

UN ENLACE CON EL MUNDO

**MÁSTER EN
DERECHOS HUMANOS**



Procuraduría de los
**Derechos
Humanos**
del Estado de Guanajuato

UN ENLACE CON EL MUNDO

MÁSTER EN
DERECHOS HUMANOS



Procuraduría de los
**Derechos
Humanos**
del Estado de Guanajuato

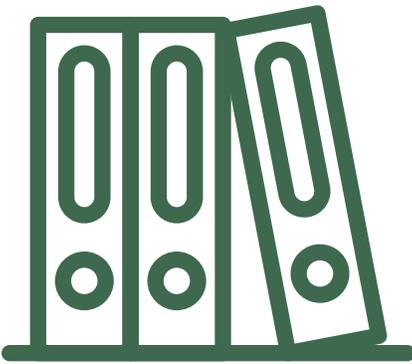
Contenido

- 8** Mensaje de Bienvenida del Procurador
José Raúl Montero de Alba
- 10** Introducción
- 12** Experiencias de Largo Aliento
- 14** Un Promotor Activo de la Justicia Universal
Esteban Pérez Alonso
- 20** Los Derechos Humanos como Factor de Cambio
Francisco Gustavo Baltasar Salgado Romero

ARTÍCULOS DE OPINIÓN

- 29** El Valor del Aprendizaje
Ma. de los Ángeles Camarena Soria
- 32** El Humanismo como Eje Central
en la Defensa de los Derechos Humanos
Eloísa Villalobos Padrón
- 36** Consideraciones Respecto al Máster Propio
en Derechos Humanos
Yari Zapata López
- 40** Perspectiva de Género y Derechos Humanos
en la Función Jurisdiccional
Francisco Javier Zamora Rocha
- 44** México y los Principales Tratados Internacionales
para la Protección de Derechos Humanos de
Carácter Universal en el Sistema de Naciones Unidas
José Rafael Marín Aís
- 50** La Ciudadanía y sus Derechos
en la Sociedad del Consumo
Augusto Aguilar Calahorra

TESINAS



- 74** El Reto de Garantizar el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en Guanajuato
María de Lourdes Cásares Espinosa
- 90** La Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Presupuesto para su Justiciabilidad
María Elena Esparza López
- 100** Sobre la Violencia Obstétrica
Luis Christian Ortiz Andrade
- 110** Trata de Personas
Verónica Aguilar Cuéllar
- 130** Retroceso de los Derechos Sociales como Consecuencia de la Delincuencia Organizada
Eloísa Villalobos Padrón
- 150** El Control de Convencionalidad como Mecanismo de Cumplimiento de las Obligaciones del Estado Derivadas de los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos
Francisco Javier Zamora Rocha
- 170** Apuntalando la Paridad en Guanajuato
Yari Zapata López
- 186** La Desaparición Forzada de Personas: México ante los Organismos del Sistema de Naciones Unidas
Juan Carlos Páramo Vázquez
- 224** De la Internacionalización de los Derechos Humanos al Control Difuso de Convencionalidad en México
Juan Antonio Macías Pérez
- 256** Generaciones del Máster Propio

Máster Propio

Mensaje del Procurador



Como titular de la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG), es un gusto presentar este texto académico que reúne de manera muy especial los retos y perspectivas que, a raíz de la realización del Máster Propio en Derechos Humanos, se han identificado tanto por parte de las y los alumnos, como por el cuerpo de expertas y expertos que fungieron como docentes.

Nuestro Plan de Trabajo 2016-2020, está enfocado en fortalecer la defensa y protección de la dignidad de las personas a través de las 30 acciones estratégicas que se han puesto en marcha, una de ellas es la promoción de la educación.

Al día de hoy, son dos generaciones conformadas por 113 profesionistas de distintas disciplinas quienes han culminado este programa y otras 60 personas cursan la tercera edición.

Estos estudiantes se embarcaron en la misión de convertirse en especialistas de los derechos humanos a través del abordaje de las aristas más importantes de este amplio campo de acción y estudio.



Las comunidades de aprendizaje partieron de la fundamentación de la idea de la dignidad humana, así como el origen y evolución de los derechos humanos y su carácter múltiple, complejo y diverso.

A su vez, fue necesario estudiar su reconocimiento, garantía constitucional e internacionalización; los contextos de diversos grupos sociales entre los que se encuentran las personas con discapacidad y migrantes; además de problemáticas específicas como la violencia de género, la delincuencia organizada y las formas contemporáneas de esclavitud.

Por ello, la Procuraduría busca dejar constancia de este logro, y lo hacemos a través de esta selección de trabajos finales, artículos y testimonios, los cuales estamos seguros que contribuirán a que la información en la materia se mantenga cerca de las y los guanajuatenses.

Por último, quiero agradecer a la Universidad de Granada (UGR), al equipo de colaboradores de la PDHEG que se han encargado de la logística y desarrollo de las distintas ediciones y, por supuesto, a las personas que han confiado una nueva etapa en su formación educativa a este organismo. No cabe duda de que el éxito de este Máster reafirma el propósito de luchar porque la cultura de los derechos humanos sea una realidad para todas y todos.

JOSÉ RAÚL MONTERO DE ALBA

PROCURADOR DE LOS
DERECHOS HUMANOS DEL
ESTADO DE GUANAJUATO



Procuraduría de los
**Derechos
Humanos**
del Estado de Guanajuato

Introducción

La Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG), como organismo encargado de la protección, defensa, promoción, estudio y divulgación de la dignidad de las personas, tiene particular interés en la formación especializada tanto de sus colaboradores, como de servidores de otras instituciones públicas y de la sociedad civil.

Es por ello que, retomando el Convenio de Colaboración Interinstitucional y Técnico suscrito por la Procuraduría y la Universidad de Granada (UGR), en octubre del 2012, se formalizó el acuerdo específico para la realización conjunta e impartición del Máster Propio en Derechos Humanos.

Este programa ofrece conocimientos teóricos, distribuidos en siete módulos presenciales y uno a través de prácticas externas que se deben desarrollar en las oficinas de la PDHEG, conformando en total ocho bloques.

El enfoque del programa es multidisciplinario y pluridimensional. El primero, porque recoge el conocimiento de las diversas ramas del derecho, por ejemplo: penal, constitucional, civil, internacional público, así como la filosofía del derecho. El segundo, por su análisis en cada módulo de los diferentes planos y esferas de aplicación de los derechos humanos.

Por ejemplo, el nivel nacional con un enfoque comparado especialmente entre México y España, el internacional que analiza los sistemas tanto regionales como universal de reconocimiento y protección, y el supranacional con referencias a los sistemas de los derechos fundamentales tanto en Europa como en América Latina.

Con base en lo anterior se estructuró el programa de este Máster Propio en Derechos Humanos de tal forma que la Universidad de Granada aporta el cuerpo docente para su desarrollo y se estableció como sede las oficinas centrales de la PDHEG.

Al haberse concluido dos ediciones de este programa, el presente documento ha recopilado una selección de trabajos finales de Máster, elaborados por alumnas y alumnos de ambas generaciones que corresponden a temas novedosos e innovadores, así como artículos de opinión escritos por profesoras y profesores en temas de su ámbito.

Finalmente, se incluye una serie de testimonios que tienen como objetivo brindarle al lector diferentes perspectivas de temas coyunturales desde la óptica de las y los profesionales de los derechos humanos.



Experiencias de Largo Aliento





Un Promotor Activo de la Justicia Universal

Esteban Pérez Alonso es un hombre afable, pelo y barba entrecana, de buen porte, inteligente y sobre todo comprometido con las causas sociales.



Este abogado español es una eminencia internacional en materia de derecho y derechos humanos, algo que le ha llevado a escribir 7 libros y a participar como colaborador en otros 13. Todos, invariablemente, abordan una de sus preocupaciones fundamentales: la justicia universal.

Cuando niño quedó marcado por la dictadura de Francisco Franco, y aunque apenas le tocaron los últimos estertores del régimen autoritario que se derrumbó con la muerte de Franco en 1975, para Esteban esa imagen de abusos, de gente viviendo en una lucha permanente por la democracia, por los derechos humanos, le cambiaría la vida.

Ya como universitario, en los años 80 inició su incursión en el Derecho, una carrera que a lo largo de su vida le ha dado muchas satisfacciones, conocimiento y especialmente herramientas para poder entender y ayudar en la resolución de problemáticas delicadas, como la esclavitud moderna que se representa en el tráfico de personas.

El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud, derecho, globalización, riesgo y medio ambiente, El error sobre las circunstancias del delito (todos bajo el sello de la Editorial Tirant lo Blanch), Teoría general de las circunstancias (por Editoriales de Derecho Reunidas) son parte de los libros escritos por este especialista donde expone parte de su conocimiento para abonar al debate público, desde la perspectiva internacionalista, sobre los nuevos problemas globales.

“Es a la aplicación de la Ley a la que se le puede llamar Justicia. Después de la Segunda Guerra Mundial se toma conciencia de lo que significó el exterminio, la matanza, el genocidio nazi, se buscan mecanismos para que no se pueda volver a repetir. Nace la ONU, los convenios contra la tortura y el genocidio, aunque es hasta 1998 cuando nace la Corte Penal Internacional de La Haya.

“Nace el principio de justicia universal, el enjuiciar las violaciones humanas cometidas por el Estado, y aunque da la impresión de que la Corte Internacional actúa en muy pocos casos la verdad es que son complejos, son muchos requisitos, por eso tiene un carácter último supletorio.

“Y en ese acceso universal a la justicia contra los abusos podemos decir que España ha sido un país muy activo, recordemos el caso del juez Baltasar Garzón que dictó una orden internacional para enjuiciar a Augusto Pinochet, por los crímenes cometidos durante su dictadura en Chile”, refiere el doctor Esteban Pérez Alonso, para quien este contexto histórico habría de resignificarle la importancia de la justicia universal.

Cuando se introduce la legislación procesal en España, hacia 1985, se instaura un principio de justicia puro y absoluto, una competencia para que se pueda actuar en cualquier parte del mundo donde hubiese una violación a los derechos humanos. Y de ahí se deriva entonces el papel protagonista de España en los casos de justicia universal contra las dictaduras de Chile, Argentina, Guatemala, los abusos de Israel contra los palestinos, o los de China en el Tíbet, e incluso contra Estados Unidos en la guerra de Irak por el asesinato de dos periodistas españoles, por ejemplo.

El caso Guatemala sin embargo es para Pérez Alonso un ejemplo de la ruptura de la justicia universal por intereses políticos, pues en 2003 el Tribunal Supremo de España creó de forma ilegal Derecho para no atender los abusos del dictador Efraín Ríos Mont, acusado por Rigoberta Menchú de la masacre sistemática del pueblo maya.

Grosso modo se hizo un cambio unilateral de criterios en la ley para evitar la intervención y la aplicación de la justicia universal, y aunque se logró anular esa trampa por el Tribunal Constitucional en 2005, a la larga España terminó, bajo los mandatos del José Luis Rodríguez Zapatero y Mariano Rajoy, por quebrantar el principio de justicia universal.

“

Nace el principio de justicia universal, el enjuiciar las violaciones humanas cometidas por el Estado, y aunque da la impresión de que la Corte Internacional actúa en muy pocos casos la verdad es que son complejos, son muchos requisitos, por eso tiene un carácter último supletorio”.

Bajo ese contexto, se dedicó durante 10 años a explorar los problemas internacionales y su impacto en la vida cotidiana, hasta convertirse en un experto en la defensa contra el tráfico de personas. Algo que le llevaría a ocupar un lugar destacado en el debate internacional sobre la migración y la protección de los derechos humanos. Y eventualmente a ser nombrado Coordinador de la Red Iberoamericana de Investigación y Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos

“El origen de cómo llegamos a la red, es curioso pero significativo. Tiene que ver con los graves problemas que se producen en la actualidad por la migración internacional.

“Desde los años 90 la migración se ha incrementado -en Europa-, lo que ha llevado a diversas reformas, como las modificaciones al código penal ante el nuevo delito de tráfico de personas.



“Durante una década estuve inmerso en ello, desde la perspectiva del derecho penal, hasta publicar una monografía -de 450 páginas- en el año de 2008 titulada ‘Tráfico de personas e inmigración clandestina’, con prólogo de Federico Mayor Zaragoza, rector de la Universidad de Granada entre finales de los años 60 y principios de 70, y director general de la UNESCO por 12 años.

“El estudio expone la trata de seres humanos, el traslado de personas para ser explotadas sexual y laboralmente, para extracción de órganos, descubro que detrás de la trata se genera la moderna esclavitud, la esclavitud del siglo XXI”, recuerda.

Es ahí, tras el trabajo de investigación y las conclusiones desalentadoras sobre la falta de respeto a los tratados internacionales, a los protocolos, y la constatación de la violación permanente de derechos humanos de los migrantes, de una falsa política de inclusión y protección ficticia, que ingresa a una batalla en la que no ha dejado de pelear.

El estudio derivó, tras generar un proyecto de largo aliento, en un Congreso Internacional de Derechos Humanos en la Universidad de Granada (UGR), durante 2014, en el cual participaron prestigiosos especialistas del mundo para abordar la problemática de las modernas formas de esclavitud; y gracias a la nueva tecnología se pudo vincular, inicialmente, a la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en una participación con profesores y alumnos vía *streaming*.

La experiencia dio origen a una nueva organización internacional avalada por la Asociación de Universidades de Iberoamérica de Posgrados, desde donde se genera la cooperación académica y la investigación, con 33 universidades de 12 países y más de 150 investigadores.

Con la creación de la Red Iberoamericana de Investigación y Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos el trabajo y la visión emprendidos por Pérez Alonso se convertirían posteriormente en un nuevo derrotero para la defensa de los derechos humanos desde la perspectiva internacional.

Aunque los alcances de su visión tuvieron eco previamente en México, y concretamente en Guanajuato, desde el año de 2002, pues a través de su experiencia en el Máster de la Universidad de Granada impulsó la creación de un doctorado en Derecho con la Universidad de Guanajuato (UG), bajo la rectoría de Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez.

El programa del doctorado le permitió tutelar las tesis de destacados expertos guanajuatenses en derecho como Gilberto Martiñón o Pablo González Sierra, por ejemplo. Y acercarse, por mediación de la subprocuradora Margarita Camacho, a la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG) donde ofrecía charlas y conferencias. Derivado de ello planteó la posibilidad de realizar un Máster Propio en Derechos Humanos. Algo que llevaría aún varios años más para concretarse.

“Nos llevó tiempo, pero finalmente concretamos la primera edición en 2016 y ya estamos en la tercera generación. En la importancia de este Máster distinguiría dos partes. Una parte es la universitaria, que toma conciencia de los derechos humanos a partir del trabajo que hace la Universidad, y la otra la que hace la institución, la Procuraduría que instaura el Máster Propio.

“Este Máster para la formación en derechos humanos es para transmitir cultura, reconocimiento y respeto, y en ese aspecto me siento satisfecho de seguir esa línea, trasladar ese mensaje de formación a nivel latinoamericano.



“Hay una institución que esta al día, que cuida la aplicación, pero hay que llegar a la calle, a los estudiantes, a las universidades, a los formadores, a los servidores públicos y, como se está haciendo en Guanajuato con el Máster, transmitir esa cultura de respeto y reconocimiento de los derechos humanos como algo muy importante.

“La trascendencia práctica que se ha tenido es que se ha asumido, desde Guanajuato y México, el compromiso de aplicar los convenios internacionales, de asumir esos compromisos internacionales que obligan a los políticos a aceptar el tratar asuntos delicados, y quizá el ejemplo más paradigmático es el Protocolo de Palermo, creado en el año 2000, que utiliza el mismo lenguaje penal para todos los países, desde España a Perú o Paraguay, que reconoce la persecución del delito en todos los países que han firmado el acuerdo”

La creación del Máster Propio en Derechos Humanos, con la alianza de la Universidad de Granada (UGR) y la Procuraduría Estatal de los Derechos Humanos (PDHEG), es un modelo pionero en México sobre la formación de profesionistas con reconocimiento internacional.

Y para crear la currícula, recuerda que se dio a la tarea de convocar y convencer de participar, como docentes, a los mejores en cada área de estudios; todos con nivel de doctorado.

Así se fueron integrando expertos de España, México, Italia y Colombia, en una primera etapa, para abordar desde la historia de los Derechos Humanos, hasta la Filosofía del Derecho, Derecho Público Internacional, Violencia de Género, Violencia Intrafamiliar e Infantil, Dependencia y Discapacidad, Formas Contemporáneas de Esclavitud, Delincuencia Organizada, entre otras áreas.

La ruta se fue ampliando y para la segunda generación se integraron nuevos elementos en la currícula como Inmigración, y Derechos Sociales, Civiles y Políticos de Migrantes, ampliando también la base docente con más participación de especialistas mexicanos.

A la par del avance en el Máster, enfatiza que los congresos internacionales de la Red se han convertido en algo instaurado y ya suman cuatro, desde su nacimiento en 2014, que se han realizado en España, Perú y se espera que el quinto se desarrolle en breve en Italia.

Para este experto internacionalista la gran carencia que observó en España cuando niño, la falta de respeto a las garantías, el atropello a los derechos humanos, las fallas en el sistema, todos los efectos negativos trasladados a las calles, a los ciudadanos de a pie, y el seguir observando a lo largo de su desarrollo como profesionista que había muchas omisiones y lagunas en la aplicación de las leyes, en los problemas que acarrió la globalización para el respeto a los derechos humanos, el reto aún no ha terminado.

“Es obligación de todas las instituciones públicas consolidar una cultura de protección a los derechos humanos, participar de la formación, para que vaya permeando, poco a poco, en las escuelas, en las propias instituciones, y lógicamente en las universidades.

“Es de reconocer a los oengés que si están llevando a cabo su labor muy importante pues están en calle, a pie de obra, trabajando, viendo problemas reales, vulneraciones a diario de derechos humanos, exigiendo mejores políticas públicas.

“La labor que hace la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado, y que vengo observando desde hace una década, ha sido fundamental para ese traslado, para fortalecer esa cultura en derechos humanos, en formación y especialización. Ese es el camino.

Quiero ser optimista y pensar que algún día se logre esa meta ideal que es conseguir que se respeten los derechos humanos, pues si somos consientes de ello podemos reclamar, si no, estamos abandonados al fracaso y al olvido”.

“Quiero ser optimista y pensar que algún día se logre esa meta ideal que es conseguir que se respeten los derechos humanos, pues si somos consientes de ello podemos reclamar, si no estamos abandonados al fracaso y al olvido”, reflexiona.

Esa visión de largo aliento que ha venido desarrollando y concretando se traduce en el Máster Propio de Derechos Humanos como una formación de conocimiento profundo, que propicia la crítica, la reflexión, que se concentra en el problema social para buscar soluciones, y además alienta a la investigación, al aporte de ideas renovadoras.

“Los derechos humanos son fundamentales para el desarrollo de la persona, en su vida, salud, dignidad, por tanto son la propia esencia del ser humano”, resume el doctor Esteban Pérez Alonso sobre la importancia de exigir y garantizar el respeto de esos derechos en todo individuo sobre la tierra.



CURRÍCULUM

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada (UGR), desde que se incorpora como profesor a la universidad (1987) ha estado marcada por alcanzar una sólida formación en las materias troncales de la disciplina, especialmente, en la parte general del Derecho Penal, como se pone de manifiesto en su tesis doctoral (1992), donde lleva a cabo un estudio de las principales cuestiones dogmáticas de las circunstancias del delito. A partir de ahí consolida una línea de investigación sobre la teoría del delito, abordando cuestiones como la imputación objetiva, la prueba del dolo, la causa de justificación de cumplimiento de un deber, la duda sobre la prohibición, la autoría y la participación, que quedan plasmados en 10 artículos, 3 libros (1995, 1998 y 2013) y 6 capítulos de libro, además de ser coautor y coordinador de un Manual de Derecho Penal, Parte General (2002, 2004), y participar en 2 proyectos de investigación sobre esta temática.

Con la tesis inicia también una línea de investigación sobre los delitos contra la propiedad y el patrimonio, en particular sobre las circunstancias agravantes en el hurto, robo y estafa, que avanza en un estudio sobre la tutela penal del patrimonio histórico, cultural y artístico, concretada en 2 artículos, 1 libro (1996) y 1 capítulo de libro, así como en 1 capítulo de libro sobre la estafa de seguro.

Con posterioridad inicia una nueva línea de investigación sobre inmigración clandestina y trata de personas, con 5 artículos, 1 libro (2008) y 12 capítulos de libro, además de la coordinación de 1 libro que fue el principal resultado del proyecto de investigación: El Derecho Penal ante el Fenómeno de la Inmigración (2007). Ha participado en 5 proyectos más sobre esta materia, siendo investigador responsable de los dos últimos (2020). Ha coordinado la publicación de 2 libros más (2019). Ha sido profesor del Máster en Derecho de Extranjería de la UGR (1999-2018) y ha dirigido una tesis doctoral (2019). Ha formado parte del grupo de expertos de la Dirección General de Violencia de Género de la Junta de Andalucía para la elaboración de una Estrategia andaluza contra la trata de personas.

Dicha línea se ha ampliado a las formas contemporáneas de esclavitud, a través de la dirección de 2 proyectos de investigación (2011 y 2015), el último coordinado. Como principal resultado de la investigación del primer proyecto Tirant lo Blanch ha publicado el libro El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud (2017), y del 2 segundo proyecto el libro Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas (2020), ambos dirigidos por el profesor. Sobre este tema ha escrito 1 artículo y 3 capítulos de libro, ha organizado 4 congresos internacionales, ha dirigido 1 tesis doctoral (2020), es director y profesor del Máster de Derechos Humanos de la UGR y la Procuraduría de Derechos Humanos de Guanajuato -PDHEG - (2015-2020) y es el director de la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos aprobada por la AUIP (2014), integrada por más de 130 investigadores de 35 universidades de 12 países iberoamericanos.

Las tres principales líneas de investigación descritas se han desarrollado con la realización de 3 estancias largas y 19 cortas en centros de investigación extranjeros, la impartición de 70 conferencias, la dirección/coordinación de 11 libros y la dirección/coordinación de 17 congresos y seminarios nacionales e internacionales. Destacar también que es socio fundador de la Spin-off CADOJ de la UGR (desde 2013).





Los Derechos Humanos como Factor de Cambio

Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero es hoy un referente en la defensoría de los derechos humanos en Guanajuato. La perspectiva le cambió en el año 2016 cuando se desempeñaba como catedrático de la Universidad de León. Y su visión se amplificó.



Abogado de profesión, ha sabido entender los alcances jurídicos de los derechos humanos, su valor en el contexto social y sobretodo la importancia de exigir a las autoridades el cumplimiento cabal de los mismos, pues México es un país rico en tratados y convenios internacionales que abogan por la persona y sus derechos humanos.

En 2016, Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero se desempeñaba como Director General de Posgrados de la Universidad de León y junto con otros compañeros catedráticos tuvo la oportunidad de acercarse al primer Máster en Derechos Humanos que ofrecía la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG), por conducto de Gabriela Hernández Valdés (q.e.p.d), quien fuera coordinadora de cursos de la institución.

En ese contexto el ombudsperson Gustavo Rodríguez Junquera había concretado un convenio con la Universidad de Granada, en España, una institución fundada desde el año de 1531, que vio en Guanajuato y especialmente en la PDHEG a un aliado para concretar el primer Máster en tierras mexicanas.

“Con el apoyo del Rector de la Universidad de León (UDL) -el doctor Fernando Arturo Calderón Gama- ingresamos tres personas a este Máster, a efecto de poder bajar todo lo relacionado con los derechos humanos para la universidad.

“Y el Rector me asignó, en virtud de la experiencia que pudiera tomar, el generar dentro de la universidad un área de atención interna. Quería tener un Ombudsperson para la universidad. Eso es lo que me lleva a tomar ese Máster y a diseñar el proyecto de garantizar los derechos humanos de los alumnos, pero también de los profesores. Algo adelantado en ese tiempo”, recuerda Francisco Salgado sobre el momento en que aceptó tomar el reto.

Aunque en México existía un contexto jurídico importante, pues se había generado la reforma del año 2011 a la Constitución para garantizar la forma de proteger todos los derechos humanos de los mexicanos equiparando los tratados internacionales a la par de la Constitución, estos alcances eran poco visibles o entendidos.

“Teníamos que tomar conciencia, pues las universidades nos tomábamos a la ligera el paradigma de los derechos humanos. A esa gran reforma (del año 2011) no le habíamos dado el interés correspondiente. Desconocíamos, en un momento dado, todos los derechos que se pudieran tener para no ser violentados.

“Por eso fue una gran experiencia entrar al Máster, pues nos llevó a conocer todo el sistema interamericano, el sistema europeo, cómo se manejaba la ONU, todos los protocolos de intervención -que, la verdad, se desconocían, pues no obstante que eres abogado desconoces los protocolos de intervención-.

“Y fue precisamente a través de conocerlos, por medio del Máster, lo que nos ayudó a mejorar la difusión de los derechos humanos, a entender mejor el papel de la Procuraduría de los Derechos Humanos en Guanajuato, y además de compartir y enriquecer la experiencia por la diversidad de compañeros que tuvimos esa experiencia”, extiende sobre su pericia, la que le llevaría a la promoción de los derechos humanos más allá de las aulas universitarias.

En su desarrollo profesional tenía ya la convicción de la defensa de las personas, pero ante el nuevo escenario se le presentaba una interrogante a resolver ¿Garantías individuales o derechos humanos? Una pregunta que obligaba a saber dónde estaba el parteaguas.

“

Fue una gran experiencia entrar al Máster, pues nos llevó a la experiencia a conocer todo el sistema interamericano, el sistema europeo, cómo se manejaba la ONU”.

Bajo esa premisa, la del saber de dónde se tenía que partir, dónde quedaban los derechos individuales, las garantías y los derechos humanos, el saber cuál era la diferencia entre unos y otros, Francisco Salgado amplificó su visión, pues desterró de su mente lo que por metodología previa y conocimiento inmediato tenía siempre en mente como abogado.

“Yo creo que el Máster te abre la posibilidad de conocer toda esa generalidad, y todos esos derechos humanos otorgados por la Constitución. Como abogado dices ‘son los primeros 29 artículos de la Constitución y sanseacabó’, pero finalmente el Máster te abre eso.

“Que no son nada más los primeros 29 artículos en la Constitución, que los derechos son inherentes al ser humano, que los debemos proteger, que por eso tenemos tantos protocolos de intervención -que muchos desconocíamos, o bien sólo conocías los de la materia en la que estabas inmerso-.

“El haber tenido ponentes españoles, estadounidenses, mexicanos, pues te abre el panorama. Te abre ese esquema de la universalidad de los derechos humanos, en donde México ha sido parte importante para la firma de convenios y tratados internacionales, desde la protección de las niñas, niños y adolescentes, el protocolo de Estambul, el de San José, etc”.



Antes de acudir al Máster, tenía un desafío particular. El Rector General de la Universidad de León era muy escéptico con respecto al papel de la PDHEG. Su percepción, como la del grueso de la población, era que la Procuraduría defendía más a los victimarios que a las víctimas. Por ello, hacerle ver que era una percepción equivocada se convirtió en un reto personal. Y logró hacer el cambio hacia un círculo virtuoso.

Salgado se ocupó de integrar el proyecto que el Rector le había encomendado. Y tras vincularlo al Ombudsperson y a la coordinadora de los cursos de la PDHEG, explicarle los alcances de los derechos humanos -gracias a la experiencia en el Máster- y ponerse a trabajar en la oficina de la defensoría estudiantil y académica, logró cambiar la perspectiva del Rector.

“Primero entendí que quien sabe cuáles son sus derechos, quien sabe que no se le tienen que violentar es quien acude a la Procuraduría. Y si salimos en defensa de los derechos humanos estamos del otro lado. Por eso los protocolos de atención, de no revictimizar.

“Eso fue lo que llevamos a la Universidad de León. Se generó la oficina que pedía el Rector, he hicimos un trabajo de permear en todos los planteles -Celaya, Dolores Hidalgo, Guanajuato, Irapuato, San Francisco del Rincón, San Miguel de Allende, etc.- la importancia de los derechos humanos. Generamos un protocolo de intervención, escuchábamos a las personas, les dábamos la atención correspondiente. Creo que fue algo muy padre porque eso no se veía en la comunidad universitaria. Prevenimos muchas conductas que hoy están señaladas.

“Toda la comunidad universitaria, alumnos y docentes, todos se sensibilizaron. Empezamos a trabajar en capacitaciones sobre temas de bullying, acoso laboral, acoso sexual, trabajamos muy fuerte para que no existiesen confusiones, cómo ir dimensionando esas líneas delgadas que separan el acoso, por ejemplo, cuidamos determinadas conductas a efecto de no generar violaciones a las normas. La comunidad lo aceptó de buena

manera e incluso hasta llegamos a firmar un acuerdo con la PDHEG para que su personal de la Coordinación de Educación nos ayudara a socializar mejor este proceso”, recuerda aún con emoción Francisco, quien llevó incluso el proyecto hacia una práctica en la currícula magisterial, para que todas las licenciaturas tuvieran una materia adicional relativa a los derechos humanos, lo mismo abogados que psicólogos o comunicólogos.

Ser impulsor de un cambio de cultura y generacional le llevó a trazar nuevas rutas de actuación. Su labor en el tema no pasó desapercibida y recibió la invitación de la Presidencia Municipal de León para integrarse como Consejero de Seguridad Ciudadana durante el trienio 2012-2015.

El trabajo no era menor. Y especialmente nada sencillo, pues le tocó trabajar en el área más sensible en el trato con los ciudadanos: la Seguridad Pública.

Una ventaja que tenía, junto con el resto de los consejeros que le acompañaron en esa etapa, fue la voluntad del gobierno municipal en turno para apoyar el enfoque sugerido: la cultura de la denuncia y la prevención de la violación a los derechos humanos.

Junto a líderes como René Solano, Francisco Ríos, Gustavo Gurayeb, entre otros, Salgado



sostuvo que el enfoque más asertivo para cambiar las cosas debía ser la prevención. Un área que no tiene reflectores mediáticos o reconocimientos espectaculares, pero sí un impacto contundente para cambiar de raíz el origen de los problemas.

Al ser invitado al Consejo de Honor y Justicia, responsable de las sanciones o premios a los elementos de la Secretaría de Seguridad de León, debía aportar su experticia para resolver conflictos. Muchos casos eran denuncias contra elementos por abuso de autoridad, pero también había una contraparte poco observada que le permitió promover sanciones más justas, por ejemplo.

“Un caso por ejemplo frecuente era que al arrestar a los policías -por alguna falta- también los multaban, es decir les bajaban el sueldo, y había quejas de ellos, con justa razón, pues decían ‘oye, ya me arrestaste, por qué me bajas el sueldo. Me estas sancionando doble, violentas mis derechos’.

“Apoyamos esos reclamos, e incluso tuvimos que esperar a que el Tribunal Contencioso de lo Administrativo -en ese entonces así se llamaba- nos diera la razón al señalar que efectivamente había un doble castigo. Eso nos ayudó para ayudar a cambiar la perspectiva, en favor de los elementos. Hubo mucha conciencia de la autoridad, apoyaron nuestros consejos, principalmente porque tenían el compromiso de respetar los derechos humanos.

“En otros casos teníamos también las denuncias contra los elementos policiacos, porque eran llamados, por ejemplo, para atender una situación de violencia familiar y luego los agredían. Al actuar en consecuencia ellos aplicaban los protocolos y no había nada que perseguir.

“O casos donde se demostraba que alguien (de los elementos) había pedido dinero, pero el compañero no hizo nada. El compañero también era responsable por omisión.

“Nuestra labor fue ayudar a que se garantizará el respeto a la legalidad. Además nosotros no nos quedábamos callados. Si algo me enseñó el Máster es que todos los que participamos en ese momento éramos defensores y luchadores de los derechos humanos. Y estábamos convencidos que no se podía permitir que se violentara a las personas”, recuerda, a quien le tocó trabajar con dos Secretarios de Seguridad, una Alcaldesa y un Alcalde, en su gestión como Consejero Ciudadano.

La experiencia de aprendizaje en el primer Máster de Derechos Humanos, la dimensiona como un parteaguas en la vida pública de Guanajuato, pues ayudó a que profesionistas de diversas áreas pudieran ampliar sus conocimientos y, sobretudo, tener una conciencia social más despierta en la defensa de los derechos y la dignidad humana.

Ese aprendizaje, derivado de los conocimientos aportados por especialistas norteamericanos, españoles y mexicanos con un amplio reconocimiento académico y social, fue gratificante para Francisco Salgado en su participación como alumno.

Un primer apartado fue el descubrimiento de protocolos y tratados internacionales, el manejo jurídico internacional en temas diversos, como el tráfico de menores, que pueden llegar incluso a plantearse en el Tribunal de La Haya, que es la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.

“La curricula fue muy amplia, nunca espere que se me diera la oportunidad de estudiar con ese tipo de programa, un programa que me llevó a estudiar la Constitución española, estudiar todo el bagaje en México, las resoluciones de la Corte Interamericana, de la ONU o los tribunales europeos, toda esa mezcla de conocimientos.

“En México ya teníamos muchos tratados y acuerdos internacionales,

“

Me marca el recuerdo del maestro Pedro Mercado, un gran ponente español, al que podía buscar en cualquier momento hasta España. Y siempre me respondía muy amablemente”.

pero no sabíamos cómo se echaban para andar. Fue un aprendizaje muy rico no sólo por los maestros, sino por la pluralidad de los compañeros pues había médicos, psicólogos, comunicólogos, ingenieros, abogados, eso ayudó a una retroalimentación más amplia.

“Recuerdo, por ejemplo, a una compañera abogada de San Felipe que hablaba de los derechos vulnerados de las mujeres en su municipio, pese a que ellas llevaban el mando -porque los hombres eran migrantes en Estados Unidos- no les respetaba en sus derechos porque eran mujeres, y mi compañera hablada entonces de la equidad de género y su importancia.

“O cuando otro compañero, comunicólogo que venía de Salamanca, reclamaba que cómo no se les permitía dar determinada información, y se le explicó entonces sobre el protocolo de audiencias que eran públicas, y algunas cerradas, a identificar, a saber cuáles son las pautas, que se podía publicar y que no, en base a la ley.

“Cada uno tenía una versión desde su área de especialidad, y eso enriquecía mucho el diálogo, la discusión. Además nuestros maestros fueron personas muy preparadas que, aunque nos tenían trabajando toda la semana porque había que entregar trabajos a veces a la clase siguiente, o resolver exámenes muy pesados, siempre estuvieron muy atentos.



“Me marca el recuerdo del maestro Pedro Mercado, un gran ponente español, al que podía buscar en cualquier momento hasta España. Y siempre me respondía muy amablemente aunque tenía muchas obligaciones por ser administrativo en la universidad. Cualquier duda se la consultaba y siempre me respondía.

“O el maestro Raymundo Gama, un académico con gran formación que me ayudo a entender mejor la aplicación de la teoría en campo. Lo mismo que el doctor Gumersindo García Morelos, una eminencia que nos dio cátedra sobre litigio estratégico diverso apegado a los derechos humanos. Le aprendí mucho. Por ejemplo que al Estado mexicano se le puede demandar ante la falta de medicinas para un paciente enfermo, por ejemplo.

“Y aunque terminamos en 2017 el Máster, aún sigo conservando el contacto con muchos de ellos”, dice Salgado mientras esboza una sonrisa de orgullo. En sus manos descansa una de las últimas tesis que el Doctor García Morelos le ha enviado el día de la entrevista en su despacho.

Tras su experiencia como catedrático y consejero ciudadano, le llegó un nuevo cambio en su vida. Fue invitado a formar parte del Poder Judicial. Y desde el año 2018 trabaja como Director de la Escuela de Estudios e Investigación Judicial.

Desde que se tituló como Maestro en Derechos Humanos ha llevado el conocimiento a más personas con una visión específica, la de hacer entrega de herramientas para que se pueda combatir la injusticia. Como docente e investigador tiene claro que el conocimiento debe crear una cadena virtuosa, pues de nada sirve tenerlo y guardarlo para sí.

Hoy en su nuevo papel dentro del Poder Judicial, tiene claro que su experiencia puede aportar nuevos modelos de interacción, más transversales, para que jueces y magistrados tengan un papel determinante para la defensa y el respeto de los derechos humanos.

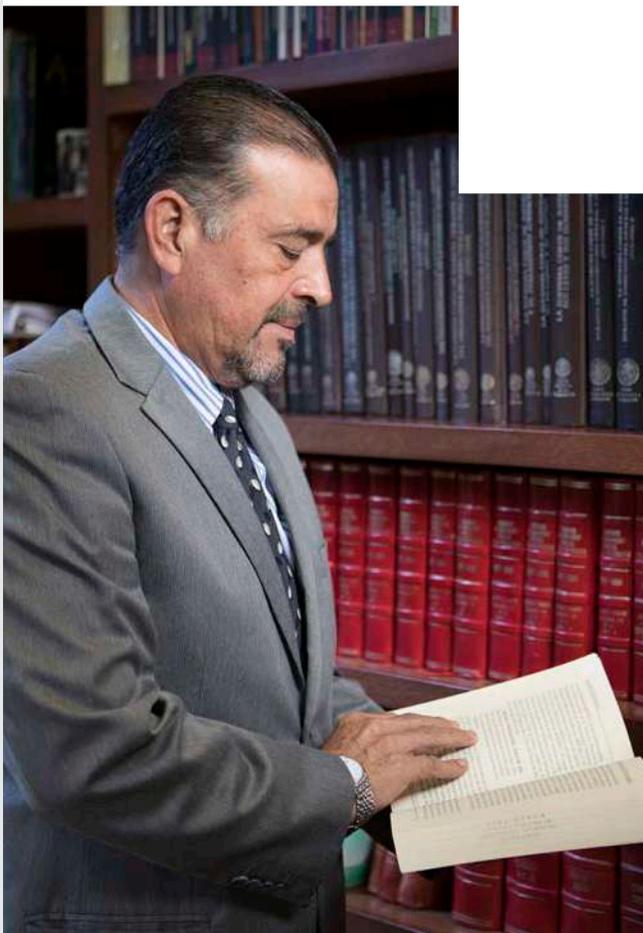
La Escuela de Estudios e Investigación del Poder Judicial elabora cada año un programa operativo de trabajo donde se plantean necesidades de capacitación y, en colaboración con la PDHEG, se generan en consecuencia cursos relacionados con las tendencias o problemas. Como ha ocurrido para abordar el acoso laboral, la perspectiva de equidad de género, las resoluciones y jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Protocolo de Estambul, los derechos de niñas, niños y adolescentes, entre otros apartados que inciden en la impartición de justicia.

“A partir de los juicios de oralidad veo un sistema judicial con menos violaciones a los derechos humanos, es un sistema legalista, defensor. Anteriormente ni siquiera se tomaba conciencia cuándo había agravios, y ahora se está respetando. Hay un cambio en la cultura judicial. Y también hay una excelente retroalimentación con la PDHEG, porque si entre instituciones trabajamos de la mano nos va mucho mejor (...)

“Todo mundo tenemos derechos que no pueden ser vulnerados por nadie, por eso es importante difundir la cultura del respeto, pero sobretodo la cultura de la denuncia porque llegaríamos muy lejos. Constantemente nos violentan los derechos humanos por ignorancia, si conociéramos un poquito más estaríamos del otro lado.

“Creo que cada día somos más las personas que tenemos nociones o estamos capacitados en el tema de los derechos humanos, y por eso levantamos la mano. Para que se nos sigan reconociendo esos derechos y no se nos vulneren”, resume Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero sobre su experiencia como alumno en el primer Máster de Derechos Humanos.

Ser pionero le ha llevado lejos.



Artículos de Opinión





El Valor del Aprendizaje

MA. DE LOS ÁNGELES
CAMARENA SORIA



Primeramente quisiera señalar lo que debemos entender como derechos humanos, siendo aquellas condiciones instrumentales que le permiten a la persona su realización. Y que en consecuencia subsume aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Ahora bien, desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas jurídicas, identificándose consigo mismos y con los demás.

En la actualidad se habla mucho de los derechos humanos, pero en realidad existe demasiado desconocimiento a pesar de que han existido desde hace más de 50 años. Después de la Segunda Guerra Mundial en 1945, la ONU observó la necesidad de que todo el mundo gozara de los derechos y libertades fundamentales.

Es por lo anteriormente señalado, y dada mi formación como profesionalista en Derecho, que surgió en mí la necesidad de enriquecer mis conocimientos sobre el tema de derechos humanos, y decidí buscar alguna alternativa académica encontrándola en la Procuraduría de los Derechos Humanos quien en conjunto con la Universidad de Granada ofrecen un Máster Derechos Humanos.

Una vez cursando el Máster confirme que había tomado la mejor de las decisiones, pues el plan de estudios, así como los catedráticos que impartieron el curso, fueron de excelente calidad.

Al concluir el curso, me sentí satisfecha con los conocimientos adquiridos y con la retroalimentación que surgió entre los integrantes, ya que mis compañeros venían de diferentes ámbitos laborales, como la administración pública, la iniciativa privada, la docencia, y como en mi caso, el litigio y la academia.

La anterior experiencia académica, me permitió entender de una mejor manera la problemática que enfrentamos actualmente como sociedad, en un tema tan sensible como es el respeto a las personas, independientemente de su raza, género, condición social, entre otras.

Es por lo que ahora me permito señalar que desde mi perspectiva podría resumir en cinco las razones por las cuales es importante estudiar sobre el tema de derechos humanos.

CINCO RAZONES FUNDAMENTALES PARA ENTENDER LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1 Protegen a todas las personas: los derechos humanos son importantes porque reflejan los estándares mínimos necesarios para que las personas puedan vivir con dignidad. Los derechos humanos brindan a las personas el derecho de escoger cómo quieren vivir, cómo expresarse y qué clase de gobierno quieren apoyar, entre otros aspectos.

Los derechos humanos son importantes en las relaciones que existen entre los individuos y el gobierno que ejerce poder sobre ellos. El gobierno tiene el poder sobre las personas, pero los derechos humanos expresan que ese poder es limitado.



Una vez cursando el Máster confirme que había tomado la mejor de las decisiones, pues el plan de estudios, así como los catedráticos, fueron de excelente calidad”.

2 Son respetados internacionalmente: los derechos humanos están recopilados de forma específica en la Declaración Universal de Derechos Humanos y deben ser respetados por todas las naciones en el mundo. Esto es fundamental ya que permite proteger a las personas de todo tipo de abuso, trato desigual o discriminación.

También permite evitar prácticas que van en contra de la dignidad de las personas como la tortura, castigos crueles o degradantes, esclavitud o servidumbre. Estos actos son prohibidos en todas sus formas.

En el artículo 30 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos se indica que ninguno de los puntos del documento pueden ser interpretados por ningún Estado, persona o grupo, ni tampoco pueden comprometerse en ninguna actividad u acción que lleven a la destrucción de ninguno de los derechos y libertades que estén dispuestos en la declaración.

3 Entregan protección a los sectores vulnerables de la población: la Declaración Internacional de Derechos Humanos establece que ninguna persona debe ser sometida a tratos injustos o inhumanos, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, como el derecho a la vida, a la seguridad y a la libertad.



MA. DE LOS ANGELES CAMARENA SORIA
Es egresada de la licenciatura en Derecho (1979-1983) y de la maestría en Ciencias Jurídico Penales (1992-1994) por la Universidad de Guanajuato. (UG) Cuenta con especialidades en Amparo y Desarrollo Organizacional, y una maestría en Derecho Procesal Penal, ambas por la Universidad de León (UDL). En 2016 obtuvo un Máster Propio de Derechos Humanos, impartido por la Universidad de Granada España (UGE) y la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG). Así también, en 2011, obtuvo la certificación como docente de juicios orales a nivel nacional, al aprobar el examen nacional ante la Secretaría Técnica de la Coordinación de la Comisión Federal para la Implementación de la Reforma en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública en México. Actualmente, se desempeña como jurado del Concurso CPJEG-06JSPA0, de oposición libre para la asignación de 3 plazas de Juez de Partido del Sistema Penal Acusatorio y Oral, desarrollado por el Poder Judicial del Estado de Guanajuato; y se desempeña como consejera titular de la Ponencia III del Consejo del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

Esto se hace especialmente importante en lugares del mundo donde aún se viven situaciones de peligro en algunos sectores de la población, como mujeres y niños que viven constantemente sufriendo vejaciones, tráfico, abuso y violación.

Esto se logra a través de desestabilizar tácticas de represión, sectarismo y violencia en los países donde aún se realicen estas prácticas de forma habitual, como es el caso de África y zonas en conflicto de Medio Oriente.

4 Reúnen todos los valores que son fundamentales para vivir en sociedad: la Declaración de Derechos Humanos especifica valores de tolerancia, respeto e igualdad que pueden ayudar a reducir las tensiones y fricciones que ocurren regularmente en la sociedad.

Al poner los derechos humanos en práctica se comienza a construir el tipo de sociedad en la que todos queremos vivir, donde prime la fraternidad y el bienestar de todas las personas.

De hecho, la Segunda Guerra Mundial finalizó con la destrucción de miles de vidas al utilizar por primera vez las bombas atómicas en las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki. A esto se deben sumar los millones de personas que murieron a causa de la guerra, los refugiados sin hogar y los países devastados durante el conflicto.

Tras esto, la creación de las Naciones Unidas surgió para garantizar la paz y la seguridad, promover el desarrollo económico, apoyar una ley internacional y asegurar el respeto y acatamiento de los derechos humanos.

Desde ese entonces se considera que la protección de los derechos humanos ayuda a asegurar la libertad, justicia y paz para todas las personas en el futuro, evitando que ocurran abusos, daños y atropellos a grupos o individuos como los mencionados anteriormente.

5 Los derechos humanos no pueden ser retirados: a ninguna persona, independientemente de su condición o acciones. Ninguna persona, estado o grupo tiene la facultad de realizar esto.

Esto sin embargo, no significa que los abusos y violaciones a los derechos humanos no ocurran; lamentablemente vemos todos los días en periódicos y televisión historias trágicas de violencia, racismo, asesinato, pobreza, abusos y discriminación.

Pero no significa que los derechos humanos sean solo nobles aspiraciones, sino principios legales que incluso han sido incorporados a los sistemas legales de muchos gobiernos.

Esto brinda a las personas la oportunidad de ser tratados de acuerdo a los preceptos que dictan los derechos humanos en sus propios países. Las leyes deben proteger siempre a las personas.

De esta manera podría concluir que el aprendizaje y experiencia vivida durante mi estadía en el Máster de Derecho Humanos me ha ayudado a tener mayores conocimientos sobre la materia y aplicarlos en vida cotidiana y laboral, pues actualmente me encuentro desempeñando el cargo como Consejera del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, en donde formo parte del Comité de Igualdad de Género y Derechos Humanos de dicha institución, lo que me ha permitido poner en práctica el acervo de conocimientos adquiridos, y no me resta más que darle las gracias a la Procuraduría de Derechos Humanos (PDHEG) por brindar espacios para un mejor desarrollo personal y laboral, en un tema tan importante y relevante hoy en día en nuestra vida cotidiana.



El Humanismo como Eje Central en la Defensa de los Derechos Humanos

ELOÍSA
VILLALOBOS PADRÓN



El Máster propio de Derechos Humanos impartido por la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG) y la Universidad de Granada (UGR), me permitió tener varias satisfacciones, siendo una de ellas el corroborar que el tema de derechos humanos no es exclusivo de autoridades o de abogados si no que es algo de interés a toda la sociedad.

Lo anterior tuve la oportunidad de confirmarlo por la inclusión en el programa de diferentes profesionistas, pues fue un honor el compartir aula con licenciados en medicina, enfermería, comunicación, docencia, psicología y trabajo social y por supuesto de abogados, siendo a través de sus enfoques y aportaciones las que me permitieron conocer otra cara en este rubro, tema que sin lugar a dudas se puede apreciar desde diferentes perspectivas.

Y para ilustrar tal riqueza, viene a mi mente una actividad desarrollada en uno de los módulos la cual consistía en exponer la violación de los derechos humanos con imágenes que evidenciaran dicha transgresión. El resultado de dicha dinámica fue magistral, principalmente por parte de los comunicadores, máxime cuando en mi práctica profesional impera la palabra escrita o bien la verbal; tal actividad me permitió apreciar cómo una imagen puede decir más que un conjunto de palabras, incluso pude constatar, que se consigue mayor y más rápida empatía, pues sin lugar a dudas se lograba llevar el mensaje para aquellos receptores visuales, patentizando con mayor énfasis la violación que se pretendía exhibir.

Por otro lado, también resultó gratificante contar con catedráticos, peritos en esta área, pero no sólo por los estudios que tenían acumulados, sino también, por la experiencia, pues recuerdo con gran satisfacción la impartición de clases por parte de catedráticos no sólo con estudios de doctorado sino además, con publicaciones en los temas que impartían, siendo una excelente combinación contar con profesorado nacional e internacional, ya que los temas lo merecen.

Para ilustrar de mejor manera los estudios realizados, enuncio las materias impartidas, siendo algunas de éstas: Teoría General de los Derechos Humanos. Reconocimiento Constitucional, Garantías y Protección de los Derechos Humanos. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Además de Violencia de Género, Doméstica e Infantil. Dependencia y Discapacidad. Los Derechos Humanos y la Delincuencia Organizada. Y Formas Contemporáneas de Esclavitud.

Sesiones en las cuales ahora me permiten ya no ver más esclavos, inmigrantes, personas con discapacidad, niños, trabajadoras domésticas, procesados, condenados, sino sólo y exclusivamente seres humanos con todos los derechos que ello implica como desde el inicio y desde siempre ha sido.

Además, algunos ponentes contaban en sus currículos de vida con experiencia en los Comités de Derechos Humanos en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), quienes platicaban casos reales, lo cual me permitió tener la seguridad de que los casos compartidos en clase eran fidedignos en el mundo práctico de esta área.

También es de comentar la forma de valuación final, el cual implicó la defensa de una tesis de investigación ante un tribunal académico, lo que obligó en forma satisfactoria a investigar, reflexionar, deducir y concluir respecto del planteamiento formulado, el que surgió una vez conocidos los módulos impartidos, reiterando que no vuelve uno a ser el mismo, pues nos permite ser humanistas o quienes ya lo eran, hacerlo ahora más



Los derechos humanos es la única ideología que merece sobrevivir”.

Simón Wiesenthal



ELOÍSA VILLALOBOS PADRÓN

Es licenciada en Derecho, con estudios de doctorado en Estatutos jurídicos del ciudadano en sus relaciones con la sociedad y con el poder público. Cuenta con maestría en Derechos Humanos y Fiscal, y es especialista en Justicia Administrativa, Notaría Pública y de Amparo. Ha realizado diplomados en diversas materias de derecho como Oralidad Civil, Mercantil, además de Derecho Corporativo. Cuenta, así también, con experiencia laboral en unidades jurídicas del Gobierno del Estado de Guanajuato y de la Secretaría de Desarrollo Social, en el corporativo jurídico Kynesys (Notaría Pública número 24). Ha sido catedrática de prestigias universidades y ponente en diferentes foros jurídicos. Ex-miembro del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guanajuato, (UG) y ex-auxiliar en actuario del Poder Judicial de la Federación, es miembro numerario de la Academia de Derecho Fiscal del Estado de Guanajuato, A.C. Es autora y colaboradora de diferentes publicaciones y ediciones. Con más de 25 años de experiencia, actualmente es responsable de la Alianza Corporativa Abogados & Consultores Especializados del Centro.

y con bases reales, pues pasa de ser un conocimiento tal vez para algunos improvisado a tener ahora fundamento por conocer causas y efectos reales, lo cual permitió tomar una postura, como lo decía, humanista, contando con un punto justo ante este mundo contemporáneo y de nuevas corrientes ideológicas.

En otro orden de ideas, comento el tema de mi parte investigado, el cual titulé “La delincuencia organizada como factor de represión de los derechos sociales”. Como puede apreciarse me implicó tener tres elementos de estudio.

El primero de ellos fue la delincuencia organizada, el segundo, los derechos sociales y el último versó en el nexo causal entre los dos primeros, todos estos elementos estuvieron enfocados a establecer si la delincuencia organizada constituye un factor de regresión de algunos de los derechos sociales. Al respecto, es conveniente tener presente que México no es un país único en cuanto a la presencia de grupos que, por su naturaleza, objeto, finalidad y características, dejaron de ser un problema exclusivo de la materia penal para trascender en otros ámbitos del derecho y con graves estragos en la sociedad en general.

En cuanto a los derechos sociales, fue conveniente dejar establecido cuáles son, cómo pueden hacerse efectivos e incluso precisar su judicabilidad de estos derechos, resultando en la medida que desarrollé la investigación, el establecimiento de cómo este fenómeno se convirtió en un problema mundial y que por sus características actuales y ámbito de desarrollo, está afectando tanto en forma directa como indirecta la vigencia y efectividad de algunos derechos sociales, como la seguridad, salud, educación, trabajo, etcétera.

Finalmente, puse en evidencia que el Estado tiene la obligación de atender la delincuencia organizada en todos sus aspectos, para con ello, además, de otros beneficios, contribuir a otorgar a los gobernados las condiciones adecuadas para así disfrutar plenamente de los derechos sociales afectados por este fenómeno.

Por último, quiero comentar que la perseverancia del programa y el interés por cursarla, constata la preocupación y atención por parte de la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG) en seguir divulgando y ofrecer el Máster en esta área, ya que las dos generaciones anteriores y la actual han tenido cupo lleno, pues es alto el interés que tiene la sociedad de contar con estudiosos en este tema, los cuales le permitirán sensibilizarlos e instruirlos en su identificación y como consecuencia lógica en su respecto y defensa.

Aprovecho la oportunidad para instar a esta honorable institución a seguir cumpliendo con esta obligación y deber a la vez, de divulgar el conocimiento y respeto por los derechos humanos, procurando, además de conservar y mejorar el programa actualmente impartido, seguir buscando nuevos horizontes para brindarlo a nosotros los egresados de dichos estudios, a quien ya tenemos inyectado ese deseo de seguir conociendo más de esta rama del conocimiento, pues nos permitió tener en claro que “Un derecho no es algo que alguien te da; sino es algo que nadie te puede quitar”, decía Ramsey Clark.



Consideraciones Respecto al Máster Propio en Derechos Humanos

YARI
ZAPATA LÓPEZ



La evolución histórica de los derechos humanos nos refiere a la opinión del hombre por el hombre y a pesar de que en el mayor de los casos, estos derechos se cristalizaron bajo una visión pesimista sobre los temas que se convirtieron en fundamentales para las personas, por mencionar algunos, la libertad, igualdad, no discriminación o la participación política que a través del tiempo mantuvieron al margen a la comunidad, traducido en la necesidad de una sociedad bien regulada y controlada mediante una autoridad impuesta, en nuestros días se puede afirmar que estos derechos van más allá de las propias cartas magnas y normas.

El hecho de haber cursado el Máster propio en Derechos Humanos que ofrece la Universidad de Granada (UGR) en acuerdo con la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG), me da la pauta para plantear las consideraciones que a continuación resuelvo de manera breve, comienzo en el entendido de que existen dos generaciones que demuestran la calidad docente que tiene el profesorado, aunado a su compromiso profesional y social para lograr que el alumnado, ya sea conformado por funcionariado público de diferentes dependencias o integrantes de la sociedad civil, con variados perfiles y experiencias, contribuyen a la capacitación, al conocimiento y a la difusión en materia de derechos humanos, lo cual, es de gran importancia para lograr una democracia representativa con un sistema constitucional invaluable.

Esto, contado desde mi trinchera, como marco normativo insoslayable en la defensa y protección de aquellos derechos político-electorales de la ciudadanía, que además de definirlos, establece el marco de actuación que representa el imperativo ético-político para alcanzar la igualdad sustantiva que veo fortalecida fruto de mi paso por esta institución, contribuyendo así, al ejercicio y garantía de los derechos humanos que mediante los ya mencionados antecedentes históricos, sentencias y recomendaciones generales abordadas en las sesiones de clases, no fallaron en la intuición que en un momento anterior a la inscripción, me llevó a tomar la decisión para estar en este Máster propio, mismo que declaro como la búsqueda por enriquecer mi conocimiento para mejorar mi desempeño en un cargo con trascendencia social y que a su vez, me diera una formación estrictamente imparcial en los procesos democráticos así como una perspectiva que contribuyera a la finalidad primordial del Estado que es lograr garantizar la vida y la seguridad de todos los integrantes de la sociedad a través del ejercicio de estos derechos, haciéndolos tangibles para la vida de las personas.

De ahí que es indispensable entender y dar a conocer las implicaciones y alcances en relación con los derechos humanos frente a la participación de la ciudadanía en la vida política y pública del país, mismas que asegurarán el avance de su implementación en favor de la democracia paritaria, la igualdad sustantiva y el acceso a la justicia electoral.

Como servidora pública, puedo señalar que esto me lleva a reiterar mi compromiso social, ético y profesional en materia de derechos humanos y concretamente, para garantizar el ejercicio de los derechos político-electorales en nuestro estado; siendo a través de herramientas y conocimientos adquiridos en este Máster las y los que me hacen buscar acciones afirmativas que me conduzcan a fundamentar mediante un análisis crítico, la participación ciudadana de manera igualitaria y sin discriminación que nos permita alcanzar un momento histórico de plenitud o equilibrio social, económico y cultural para la dignidad humana.

“

Puedo señalar que esto me lleva a reiterar mi compromiso social, ético y profesional en materia de derechos humanos y concretamente, para garantizar el ejercicio de los derechos político-electorales en nuestro estado; siendo a través de herramientas y conocimientos adquiridos en este Máster”.

La pregunta sigue siendo tajante y fuerte ¿qué significan los derechos humanos en la actualidad? Y esta nos plantea a su vez un paradigma para el desarrollo de la convivencia social, así como de las instituciones públicas y políticas en todo el país, es decir, en los diversos ámbitos del quehacer de las personas que conformamos el Estado, recordando que los derechos humanos son planteados como criterios de legitimidad y elementos de legitimación del ejercicio del poder político. Todo lo anterior, como ya sabemos, lo seguimos investigando y de ahí la necesidad del programa que desarrolla este Máster propio.



YARI ZAPATA LÓPEZ

Es licenciada en Derecho por la Universidad del Bajío. Realizó estudios de maestría en Administración en la Universidad de La Salle-Bajío y el Máster Propio en Derechos Humanos que ofrece la Universidad de Granada (UGR) en acuerdo con la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG). Ha sido consejera electoral del Consejo General, donde presidió las comisiones de Fiscalización, del Voto de los Guanajuatenses Residentes en el Extranjero, de Desarrollo Institucional y Servicio Profesional Electoral, de Organización Electoral y de Órganos Regionales, Distritales y Municipales, así como del Comité de Igualdad de Género, No Discriminación y Cultura Laboral. Ha ocupado el cargo de directora de Desarrollo Institucional y Servicio Profesional Electoral. Actualmente es magistrada en la Segunda Ponencia del Tribunal Estatal Electoral de Guanajuato (TEEG).

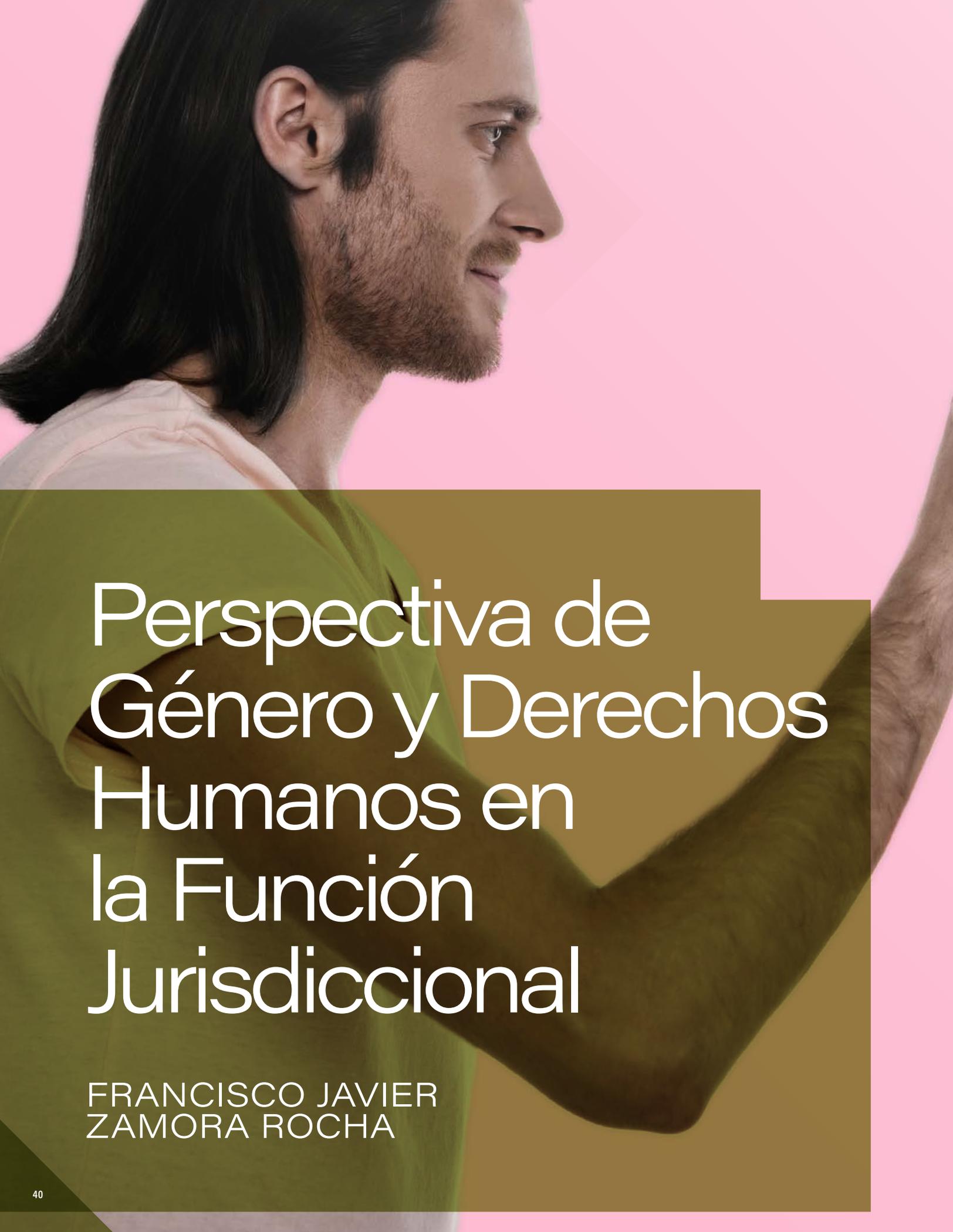
Sigue siendo necesario preguntarse e indagar metodológicamente sobre los elementos que legitiman el ejercicio del poder político y ello se resuelve a través del respeto hacia los derechos humanos; su importancia recae entonces, en el ejercicio de éstos en la vida social cotidiana, en su permeabilidad en la sociedad que permita crear una conciencia en cada persona acerca de la necesidad imperante de desarrollar una cultura de los derechos humanos que nos permita ir más allá de conceptos o pretensiones meramente fugaces y sin sentido sino comprender y visualizar a través de nuestra fusión de horizontes, que en verdad es necesario alcanzar esta cultura por medio del conocimiento de qué y cuáles son los derechos que tenemos, cuál es su naturaleza jurídica y cómo deben ser reconocidos, concretados y monitoreados, esto con el fin de erradicar la ignorancia que ha prevalecido sobre el tema.

Sin embargo, tenemos que reconocer que las violaciones al respecto de estos derechos son exponencialmente graves, más frecuentes, más dramáticas y generalizadas dentro de los países menos desarrollados, invitándonos pues a ratificar la importancia que tienen en el desarrollo de una sociedad democrática. Habrá que resaltar nuestro compromiso y obligación no solamente como personas servidoras públicas sino como piezas de la ciudadanía que supone nuestro deber frente a la vocación de servir de manera justa para lograr un país habitable para nosotros y nosotras y para las futuras generaciones.

Es un reto necesario y difícil, pero no imposible.

Bibliografía

- Guerra, Daniel, Los derechos humanos: situación actual y perspectivas, encuentros multidisciplinarios, E.M No.46, enero-abril 2014.
- Martínez, Victor, revista de la Universidad de México, enero, 1994, p. 9-10.
- Ramírez, Gloria, Los derechos político-electorales de las mujeres en México ante la CEDAW, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México, 2019, p. 7-10.



Perspectiva de Género y Derechos Humanos en la Función Jurisdiccional

FRANCISCO JAVIER
ZAMORA ROCHA



A partir de la reforma a la Constitución federal de 2011, con base en el texto del artículo 1 de la Constitución, los jueces y las juezas de nuestro país estamos obligados a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Sin desconocer que no podemos graduar por su importancia a los derechos humanos, en virtud de su interdependencia, considero que uno de los derechos humanos de mayor trascendencia es el derecho a la igualdad y a la no discriminación, que se encuentra explícitamente reconocido en los artículos 1 y 4 de la CPEUM, en los artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Debemos distinguir entre la igualdad formal y la igualdad sustantiva, muy probablemente podamos afirmar que en la actualidad es difícil encontrar normas jurídicas que desde el punto de vista formal no sean respetuosas de este derecho humano; sin embargo, en un análisis de mayor profundidad podemos advertir que esa igualdad formal, que nos ofrece la ley, resulta insuficiente para lograr la efectivización del derecho de igualdad y no discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló en la opinión consultiva 4/84 que la noción de igualdad “[...] es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”.

Vivimos en un mundo androcéntrico, del que nuestro país no es la excepción, en el cual la visión predominante es la del hombre, heterosexual, adulto, blanco y sin discapacidades, desconociendo la diversidad de las personas y con ello, atentando contra aspectos esenciales de la persona humana como su individualidad y su diferenciación respecto a otros, lo que forma parte de su dignidad.

El androcentrismo es una de las formas más generalizadas de sexismo, y a veces degenera en misoginia, es decir, en el desprecio a lo femenino o en ginopia que es un neologismo para nombrar la imposibilidad de ver lo femenino o de aceptar la existencia autónoma de las personas del sexo femenino.

Esta visión predominante, que sin duda ha privilegiado al hombre en perjuicio de la mujer y que por ende, ha provocado que sea víctima de discriminación, ha cobrado ya facturas al Estado Mexicano; para hablar de este tema es indispensable evocar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Campo Algodonero” contra México, en la que se destacó la situación de violencia y discriminación contra las mujeres, se le calificó incluso de “discriminación estructural” y se menciona que se encontró la existencia de una “cultura de discriminación”. La indiferencia con la que actuó la autoridad en los homicidios ocurridos en Ciudad Juárez, reprodujo la violencia al constituir una discriminación en el acceso a la justicia, enviando el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, perpetuando el fenómeno y provocando una desconfianza en el sistema de administración de justicia.

Otras sentencias de la Corte Interamericana en las que se hace patente esta situación de violencia de género y discriminación, son las relativas a los casos Fernández Ortega contra México y Rosendo Cantú contra México.

Estos casos mencionados hicieron visible un fenómeno que existe en nuestro país quizás desde siempre, me refiero a relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, la existencia de diferencias arbitrarias, injustas y desproporcionadas entre mujeres y hombres en razón de su sexo o género.

De este modo, la pretensión de hacer efectivo el derecho a la igualdad y no discriminación, en aras de cumplir con el artículo 1 de nuestra Carta Magna, exige contar con herramientas para lograrlo. Para esto se cuenta con dos instrumentos poderosísimos, el control de convencionalidad y el método para juzgar con perspectiva de género.

Con el control de convencionalidad, los jueces y las juezas de nuestro país podemos revisar la convencionalidad y por tanto, constitucionalidad de cualquier norma, y ese análisis, previo descarte de interpretación conforme, puede llevar a la inaplicación de una norma por inconvencional.

La Corte Interamericana ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos.

Así, la obligación de juzgar con perspectiva de género deriva del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y no discriminación, y cuenta con un método que ha sido elevado a Jurisprudencia por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la tesis identificada como: 1a./J. 22/2016 (10a.), con número de registro: 2011430.

Juzgar con perspectiva de género es entonces una obligación para todos los jueces, consiste en el deber de impartir justicia, fundamentalmente, sobre la base del



FRANCISCO JAVIER ZAMORA ROCHA

Es licenciado en Derecho con estudios de especialización en Notaría Pública por la Universidad de Guanajuato (UG). Maestro en Impartición de Justicia Civil por la Universidad Iberoamericana (Plantel León), con un máster en Derechos humanos, es egresado del programa organizado por la Procuraduría de Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG) y la Escuela Internacional de Postgrado de la Universidad de Granada (UGR). Ha sido docente de diversas asignaturas en la “División de derecho, política y gobierno” de la Universidad de Guanajuato, institución a la que actualmente se encuentra adscrito como profesor de tiempo parcial. En el Poder Judicial del estado se ha desempeñado como oficial judicial, actuario, secretario de juzgado, secretario de sala, juez de partido, secretario general del Consejo y magistrado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado (STJE). Fue además magistrado del Tribunal Estatal Electoral (TEEG). Actualmente ostenta el cargo de secretario general del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato.

reconocimiento de la particular desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres, como consecuencia de la construcción que socioculturalmente se ha desarrollado en torno a la posición y al rol que supuestamente debieran asumir.

Este método no está enfocado únicamente a las mujeres, pues es una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía.

El control de convencionalidad sumado al método de juzgar con perspectiva de género, hacen posible remediar potenciales efectos discriminatorios de los ordenamientos jurídicos e incluso de prácticas institucionales en detrimento de los derechos de las personas, en mayor parte, de las mujeres.

Los pasos para juzgar con perspectiva de género se podrían resumir en lo siguiente: es necesario detectar posibles situaciones de desequilibrio de poder entre las partes como consecuencia de su género; cuestionar la neutralidad de las pruebas y el marco normativo aplicable; recopilar las pruebas necesarias para visibilizar la discriminación y resolver prescindiendo de estereotipos.

No quiero desperdiciar la oportunidad de hacer una reflexión sobre un tema vinculado a la obligación de juzgar con perspectiva de género, me refiero al uso del lenguaje incluyente, que es uno de los puntos que se deben cumplir por las juezas y jueces de acuerdo con la jurisprudencia que establece los elementos que se deben observar para lograr el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

El lenguaje incluyente es una herramienta que nos permite evitar que mediante nuestro vocabulario construyamos o reforzemos estereotipos de género, que contribuyen en gran medida a la violencia simbólica contra las mujeres.

El lenguaje si bien, es un instrumento cuyo fin es comunicar, también es un vehículo para construir realidades.

En nuestro vocabulario abundan las expresiones sexistas que construyen estereotipos de género, las cuales encasillan a las personas en roles y expectativas sociales, lo que provoca formas sutiles de desvalorización de la mujer en el lenguaje que están inmersas en el inconsciente colectivo, lo que fomenta la desigualdad y justifica la violencia de género.

He leído en la prensa y en las redes sociales como, hasta personas que realizan estudios sobre gramática y lingüística, se mofan y critican el uso del lenguaje incluyente refiriendo que se destruye el lenguaje o que se violentan normas gramaticales al emplearlo; no soy un experto en lingüística, pero creo que la óptica desde la que se hacen esas críticas desconocen el poder que tiene la palabra para construir realidades, a partir de lo que se dice es posible crear desigualdad, pero también a partir de lo que se dice se pueden generar condiciones de igualdad, ojalá el lenguaje por sí solo lo lograra, definitivamente no es así, pero estoy convencido de que en algo ayuda, al menos para visibilizar a quienes han sido relegadas a un segundo plano de manera injusta.

Es a los jueces y a las juezas a quienes nos toca la delicada tarea de hacer efectiva la igualdad y la no discriminación, y ahí es donde, en su función de decir el derecho, los operadores judiciales deben echar mano de herramientas hermenéuticas, tales como el control de convencionalidad, el método para juzgar con perspectiva de género y el uso del lenguaje incluyente, para interpretar y aplicar las normas de manera que se logre la efectivización del derecho a la igualdad y no discriminación.



México y los Principales Tratados Internacionales para la Protección de Derechos Humanos de Carácter Universal en el Sistema de Naciones Unidas

JOSÉ RAFAEL
MARÍN AÍS



La ambiciosa reforma constitucional que llevó a cabo México en 2011 situó en el centro del bloque de constitucionalidad, como parámetro de regularidad constitucional, los tratados de derechos humanos en que México es parte, otorgando a toda persona bajo su jurisdicción la protección de los derechos en ellos recogidos. Una lectura conjunta de los artículos 1º y 133 de la Constitución mexicana llevaría a pensar a priori que las personas pueden invocar directamente los derechos recogidos en los tratados internacionales en que México es parte interpretados además con arreglo a los pronunciamientos de sus respectivos órganos de control.

Sin embargo, en la llamada contradicción de tesis 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se introducen importantes matizaciones que pueden jugar como un as en la manga limitando el potencial de los tratados de derechos humanos en cuanto al control de constitucionalidad y de convencionalidad de normas internas: la Suprema Corte de Justicia proclama la prevalencia de los tratados de derechos humanos en tanto que parámetros de regularidad constitucional pero mantiene la supremacía constitucional frente a ellos de eventuales restricciones a los derechos humanos insertadas en la propia Constitución. Bajo esta aparentemente generosa recepción del derecho internacional de los derechos humanos se esconde una peligrosa figura para la restricción arbitraria de algunos derechos humanos, cuyas reglas de limitación, suspensión y derogación en una visión puramente monista de la recepción de los tratados de derechos humanos también quedarían disciplinadas por los propios tratados internacionales.

No en vano, figuras como la prisión preventiva oficiosa o el arraigo en materia penal consagradas en la propia Constitución han sido profusamente cuestionadas por los órganos de control de distintos tratados internacionales del sistema de Naciones Unidas en que México es parte (Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, Comité para la Protección de todas las Personas frente a las Desapariciones Forzadas...). La contradicción de tesis 293/2011 arroja además otras zonas de penumbra: señala que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en que México es parte son vinculantes como no podía ser de otro modo; asimismo considera vinculante la jurisprudencia de la Corte Interamericana siempre que sea más protectora de la personas. Sin embargo, no se pronuncia acerca del valor jurídico que cabe otorgar a las opiniones que emiten los comités de expertos independientes de Naciones Unidas en el ejercicio de las diferentes funciones de control que tienen atribuidas respecto de los 9 principales tratados de derechos humanos en que México es parte (examen de informes periódicos, comunicaciones individuales, visitas, acciones urgentes...).

Desde luego puede defenderse que los tratados internacionales de derechos humanos deben interpretarse y aplicarse en el plano interno con arreglo a la interpretación autorizada y "jurisprudencia" de estos órganos cuasi jurisdiccionales, reconociendo diferente valor jurídico a sus pronunciamientos dependiendo de cuál es la función que ejercen: más próximo al valor jurídico vinculante cuando resuelven comunicaciones individuales, en las que declaran si el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales y establecen medidas de reparación específica para el Estado parte en relación con el autor de la comunicación agraviado.

Con independencia de su valor jurídico internacional a la luz de la suprallegalidad e integración en el bloque de regularidad constitucional que se desprende de los artículos 1 y 133 de la Constitución mexicana nada debería ser óbice para la invocabilidad de los tratados de derechos humanos interpretados con arreglo al acervo de sus respectivos comités

“

México es parte en los considerados como nueve tratados principales de derechos humanos de Naciones Unidas y en todos ellos está sujeto a la obligación de presentar informes periódicos”.

en todo tipo de procesos, para el control de constitucionalidad y convencionalidad desde luego, con la salvedad de que la Constitución fijara restricciones expresas a dichos derechos (muy discutible desde el punto de vista iusinternacional).

En la práctica los órganos judiciales suelen ser reacios a dejar de aplicar normas internas en favor de los tratados internacionales y aún más a los pronunciamientos de órganos convencionales de expertos de Naciones Unidas, ignorados, desconocidos o percibidos como arcanos, pese a la proclamación constitucional y pese al deber del Estado parte de dar difusión y publicidad a sus pronunciamientos; es por ello que el presente artículo busca contribuir en dicha dirección. Los órganos cuasi jurisdiccionales del sistema de Naciones Unidas además de las recomendaciones exhaustivas que plantean al Estado parte, permiten en la función de examen de comunicaciones individuales ventajas para la admisibilidad en litigios estratégicos que son menos conocidas y utilizadas frente al sistema interamericano de derechos humanos ante la creencia que tiende a soslayar estos órganos convencionales por carecer de carácter judicial y vinculante ab initio.

México es parte en los considerados como nueve tratados principales de derechos humanos



JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍS

Es licenciado en Derecho, Administración, y Dirección de Empresas por la Universidad de Granada (UGR), donde obtuvo en ambas titulaciones el mejor expediente de su promoción. Ha realizado estudios de posgrado relacionados con el Derecho de la Unión Europea. En 2009, obtuvo el título de máster universitario en Derecho Constitucional Europeo por la Universidad de Granada, y en 2011 el título de máster (LLM) European Legal Studies en el prestigioso Colegio de Europa, con sede en Brujas (Bélgica). Doctor en Derecho por la Universidad de Granada desde 2013 con la defensa de la tesis doctoral titulada *La Unión Europea y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, bajo la dirección de Javier Roldán Barbero. Así también ha realizado estudios en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, la Academia de Derechos Humanos de Venecia, la Comisión de Justicia, Libertades Civiles y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (con sede en Bruselas, Bélgica), y en la Academia de Derecho Internacional y Biblioteca del Palacio de la Paz, situadas en La Haya (Países Bajos).

de Naciones Unidas y en todos ellos está sujeto a la obligación de presentar informes periódicos habiendo otorgado además competencia a todos los comités de expertos independientes la competencia para recibir y examinar comunicaciones individuales, exceptuando los casos del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del Comité de Derechos del Niño y del Comité para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. México tampoco ha conferido al Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares la competencia para examinar y recibir comunicaciones interestatales.

México presenta problemas estructurales que exceden a la capacidad de influencia de los mecanismos convencionales y que son potenciadores y agravantes de numerosas violaciones de derechos humanos: pobreza, narcotráfico, delincuencia organizada, corrupción, debilidad y carencias institucionales, su condición de país de origen y tránsito de migrantes hacia Estados Unidos. Muchos de estos problemas requieren del orden internacional, de la cooperación regional y desbordan al Estado, que no puede ante ellos sacrificar los derechos humanos.

En su función de observación de los informes periódicos presentados por México los diferentes comités han identificado problemas recurrentes y formulado recomendaciones bastante precisas en algunos casos para hacerles frente: el abuso de la prisión preventiva y la prisión preventiva oficiosa, la militarización de las funciones de seguridad y orden público, la institución del arraigo, la perpetuación de estereotipos nocivos que potencian la discriminación a la mujer y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, la violencia contra la mujer y el feminicidio, los elevados niveles de impunidad y la escasa tasa de denuncias que se formulan en los supuestos de violencia contra la mujer y de ellas la escasa proporción que se judicializa y se resuelve¹. La estructura federal en algunos supuestos resulta problemática, por ejemplo, en relación con la despenalización del aborto para evitar prácticas clandestinas que pongan en riesgo la integridad, salud y vida de la mujer; así como en relación con la tipificación del delito de feminicidio. Asimismo, se muestra preocupación por la persistencia del matrimonio infantil o del matrimonio precoz, los embarazos en adolescentes y su derecho a la educación, la esterilización forzosa a mujeres con discapacidad. El Estado debe investigar de oficio las alegaciones razonables de tortura y malos tratos durante los detenciones, capacitar a los agentes estatales, excluir la admisibilidad en procedimientos judiciales de declaraciones obtenidas bajo tortura... Minimizar la detención administrativa de migrantes y solicitantes de asilo, respetar el principio de reunificación familiar. México debe aplicar políticas públicas que eviten la discriminación a poblaciones indígenas (respetando sus derechos en relación con la tierra y los recursos naturales), afrodescendientes, personas que viven alejadas y en zonas rurales. Debe garantizarse que los menores vivan libres de toda forma de violencia y preocupan en ese sentido graves problemas como su reclutamiento en autodefensas, o la criminalización de los "niños de la calle". La libertad de expresión y la protección a los defensores de derechos humanos son también campos que necesitan mejorar². Puede pensarse en otro orden de ideas en el deber de establecer un marco legal que exija responsabilidad a aquellas empresas que causen daño a los derechos humanos o al medio ambiente.

¹ Véase el Dictamen de 21 de julio de 2017 del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Pilar Arguello Trujillo c. México, CEDAW/C/67/D/75/2014.

² Dictamen de 17 de julio de 2018 del Comité de Derechos Humanos, Lydia Cacho Ribeiro c. México, CCPR/C/123/D/2767/2016.

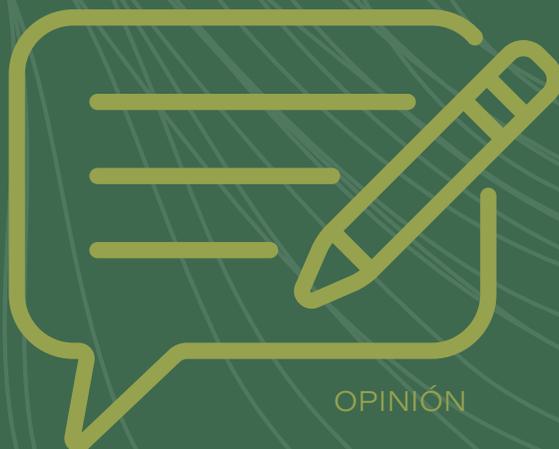
En cuanto a la desaparición forzada, sigue existiendo en México un contexto de violencia y desapariciones generalizadas en muchas partes de su territorio, gran parte sin resolver y con una tónica general de impunidad e ineficacia de los procedimientos judiciales: la buena noticia sería que pese a que México no ha aceptado la competencia del Comité sobre Desaparición Forzada para recibir comunicaciones individuales, sí lo ha hecho en cambio con respecto al Comité de Derechos Humanos y este ha emitido en 2019 tres dictámenes importantes contra México³. En ellos, además de flexibilizar el requisito del agotamiento de los recursos internos dimanante del principio de subsidiariedad al estimar que un procedimiento judicial es ineficaz si tras seis años no ofrece perspectivas de revelar el paradero de la persona desaparecida, también ha establecido el Comité de Derechos Humanos la doctrina de las obligaciones procesales positivas declarando la responsabilidad internacional incluso en aquellos supuestos en que la desaparición forzada no sea directamente atribuible al Estado y a sus agentes por haber sido perpetrada a manos de grupos privados. México ha dado algunos pasos legislativos requeridos por los tratados de derechos humanos en tiempos recientes, aunque está por ver si su aplicación será plenamente respetuosa con las exigencias de los tratados de derechos humanos, así encontramos: la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2019); la Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de noviembre de 2017); o la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 2017).

Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el asunto Arturo Medina Vela ha declarado que el procedimiento penal especial para inimputables discrimina a personas con discapacidad intelectual y psicosocial al no procurar los ajustes razonables para permitirles el acceso a la justicia con todas las garantías procesales. En este supuesto México fue condenado por internar al autor de la comunicación exclusivamente por razón de su discapacidad⁴. Este dictamen unido a la Convención de 2006 obliga a México a dar un giro copernicano a la forma de concebir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Para concluir, pese a las limitaciones de un enfoque puramente normativo y centrado en exclusiva en este subsistema del derecho internacional público debe recalcar que no es desdeñable el corpus jurídico expuesto que ofrecen a México (también al resto de Estados de la Tierra) así como a todos sus operadores jurídicos los nueve comités de expertos independientes encargados de los tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas a la hora de dotar de efectividad al principio pro persona recogido en el artículo 1º de su Constitución así como a la hora de incrementar la justiciabilidad de cualesquiera derechos humanos, como los derechos económicos, sociales y culturales. La educación es una herramienta central en este proceso. De ser atendidas por el Estado estas exigencias en grado razonable podríamos pensar que la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en México con arreglo al artículo 1 de su Constitución no es un engañoso espejismo.

³ Dictamen de 15 de julio de 2019 del Comité de Derechos Humanos, Christian Téllez Padilla c. México, CCPR/C/126/D/2750/2016; Dictamen de 24 de octubre de 2019 del Comité de Derechos Humanos, Víctor Manuel Guajardo Rivas c. México, CCPR/C/127/D/2766/2016; Dictamen de 5 de noviembre de 2019 del Comité de Derechos Humanos, Jesús Israel Moreno Pérez c. México, CCPR/C/127/D/2760/2016.

⁴ Dictamen de 6 de septiembre de 2019 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Arturo Medina Vela c. México, CRPD/C/22/D/32/2015.



A wooden house model is the central focus, resting on a desk. The house is made of light-colored wood and has a gabled roof. In front of it is a small white ceramic house figurine. The desk is cluttered with papers, some of which have text and numbers, and a blue pen. The background is a blurred green and blue, suggesting an outdoor setting. A dark green semi-transparent rectangle is overlaid on the left side of the image, containing the title text.

La Ciudadanía y sus Derechos en la Sociedad del Consumo

AUGUSTO
AGUILAR CALAHORRO



CONFLICTO, SUJETO Y SOBERANÍA

El derecho tiene en su origen una dimensión conflictual innegable. Su función principal es resolver conflictos sociales. Pero la resolución de conflictos no significa su eliminación. La evolución histórica racional de las instituciones jurídicas en occidente ha demostrado todo lo contrario. La doctrina jurídica ha observado que en ocasiones el derecho ha resuelto el conflicto social negándolo, o simplemente enmascarándolo, y ello ha conllevado ulteriores conflictos de tipo social que han terminado por desestabilizar al propio derecho, por negarle toda efectividad para cumplir con sus propios fines. Se ha revelado en tales ocasiones que el derecho ha funcionado como instrumento de dominación por parte de las clases dominantes para eliminar o reprimir toda conducta contraria a sus intereses¹.

Por ello, el conflicto, no puede ser tratado en el derecho como un mero fin, sino también como elemento principal de su desarrollo y transformación. El desarrollo del conflicto, la “dialéctica” que entraña, como señala magistralmente Carlos de Cabo, representa una parte fundamental de la evolución del derecho, y especialmente del Derecho del Estado Constitucional². Si observamos la evolución del constitucionalismo llegamos a la conclusión de que los conceptos utilizados tradicionalmente en la teoría constitucional surgieron en periodos históricos determinados, con la finalidad de identificar e institucionalizar conflictos concretos de carácter político, económico y social³. Especialmente se ha reconocido la utilidad de la teoría constitucional para identificar los intereses de las clases sociales emergentes frente a aquellas que ostentaban monolíticamente el poder: primero a la burguesía frente a un sistema estamental inamovible (impulsando la aparición de conceptos como la división de poderes, la soberanía nacional, o el propio concepto de ley como voluntad general y de igualdad formal de los ciudadanos), después al proletariado frente a la burguesía en el desarrollo de la dialéctica capital-trabajo (con las primeras conquistas en el ámbito del sufragio universal y el desarrollo del Estado social, el concepto de supremacía constitucional y la positivización de derechos de contenido social), más tarde a minorías territoriales o lingüísticas, reconociendo el pluralismo político frente al centralismo del Estado moderno (con el principio de competencia o el de subsidiariedad, y la dialéctica autonomía-unidad).

La teoría del derecho constitucional se ha construido sobre la identificación del conflicto entre las clases sociales emergentes y aquellas que ostentaban el poder tradicional del Estado, distinguiendo espacios de libertad, separando y limitando el poder del Estado, expresado mediante el derecho, frente a la sociedad, para más tarde articular sus relaciones a través de la Constitución normativa y el Estado social⁴.

“

Los seres humanos son personas jurídicas por el simple hecho de nacer y, a diferencia de otros entes, las personas tienen una aptitud o capacidad jurídica genérica”.

1 M. FOUCAULT, El sujeto y el poder, Edición electrónica de <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Foucault/El%20sujeto%20y%20el%20poder.pdf> , Escuela de Filosofía Universidad Arcis, Trad. Santiago Carassale y Angélica Vitale. Última consulta, 16.06.14.

2 C. DE CABO MARTÍN, Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución, cit., espec. pp. 35 y ss.

3 Me remito al ensayo de G. ZAGREBELSKY, Historia y Constitución, Trotta, Madrid, 2005, espec. pp. 29 y ss., que resume esta cuestión de manera brillante planteando una pregunta: «El presupuesto necesario para cualquier comprensión de Derecho constitucional es por tanto la respuesta a preguntas del tipo: “¿para qué sirve, aquí y ahora, una constitución?”, “¿para qué un derecho constitucional?”».

4 Todo este bagaje conceptual originado en el siglo XIX, se puede observar en la evolución de las fuentes del Derecho. F. BALAGUER CALLEJÓN, Fuentes del Derecho, Tecnos, 1991; I. DE OTTO, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Ariel, 10ª ed., 2007. Aunque el Derecho Constitucional como área científica autónoma no se consolidará hasta finales del mismo siglo con el desarrollo de la doctrina alemana del Derecho público. BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), Manual de Derecho Constitucional, Tecnos, 2009, pp. 29 y ss. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo General, Iustel, Madrid, 2006, pp. 193 y ss. También N. MATTEUCCI, Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno, Trotta, Madrid, 1998. Por todos me remito a C. DE



AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

Es doctor y profesor en Derecho Constitucional por la Universidad de Granada (UGR) desde 2008. Así también, se licenció en Derecho (2006) y obtuvo un máster en Derecho Constitucional Europeo por la misma universidad. Cuenta con un Premio Extraordinario de doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Granada (2012-2013), y ha desarrollado una larga carrera de investigación con 41 publicaciones (una monografía, dos coordinaciones de libros colectivos, 15 artículos en revistas indexadas con impacto contrastado, y 23 capítulos de libro en editoriales de reconocido prestigio). Ha participado con publicaciones presentadas y debatidas como ponente en más de 38 congresos y jornadas a nivel nacional e internacional en España, Italia, Portugal, Brasil y México.

Desde una perspectiva moderna, en el derecho el conflicto debe ser fomentado y protegido pues representa la diversidad de formas de ser o pensar, que llevan a la reafirmación e identificación del “yo” sobre los demás, la libertad y la autodeterminación individual, los conflictos positivos que llevan al “deseo de ser”⁵.

Precisamente, el reconocimiento de esta subjetividad e individualidad del ser humano, es la clave de bóveda de la sociología y el derecho moderno. El reconocimiento en la modernidad del sujeto implica el reconocimiento de la capacidad del hombre para determinarse, para ser diferente, para construir la Historia de modo racional. Por ello, los cimientos del Estado moderno se situaron en la idea del sujeto. El propio Carlos de Cabo expone precisamente cómo las categorías jurídicas modernas (derechos, Estado, libertad, propiedad, Constitución...) se construyen desde la idea central del sujeto individual, del ser humano racional, y de la dialéctica que mantiene éste con las categorías de lo objetivo, o de lo público⁶.

Por un lado, partiendo de la idea kantiana de la autodeterminación del sujeto, se reconstruye todo el sistema de derechos subjetivos de naturaleza privada entendidos como atributos jurídicos del sujeto para la realización de fines que determina mediante la autonomía de su voluntad (la disponibilidad del sujeto sobre sí mismo). La persona, en el derecho vigente, se entiende como el “ente” (físico o jurídico) con capacidad autónoma para tener derechos y contraer obligaciones, es decir, como sujeto de relaciones jurídicas. Esto es lo que se llama la personalidad jurídica. Los seres humanos son personas jurídicas por el simple hecho de nacer y, a diferencia de otros entes, las personas tienen una aptitud o capacidad jurídica genérica, esto es, son titulares de derechos y obligaciones. Pero como sabemos, junto a la personalidad y capacidad jurídica, existe en el derecho otra característica llamada la “capacidad de obrar”, que significa que los sujetos de tales derechos tienen también la capacidad de hacer valer esos derechos frente a otras personas jurídicas, ejercer tales derechos⁷. Esta idea transforma al ser humano en sujeto jurídico y será positivizada durante los siglos XVIII y XIX mediante los procesos legislativos de codificación privada en Europa⁸. Es el elemento esencial del derecho privado.

Pero por otro lado, la realidad del “sujeto” permite reconstruir la idea del propio Estado, del ámbito público. El Estado se conceptualiza a través de la filosofía moderna por su contradicción con el sujeto jurídico, el individuo.

Así ocurre en la tradición revolucionaria francesa iniciada con el iluminismo, que reconstruye los fundamentos del Estado desde la idea del sujeto individual. Desde los postulados del iusnaturalismo se configura la dialéctica Derecho/derechos privados subjetivos, en el que adopta una vital importancia la propiedad como elemento distintivo del “yo” del individuo frente a la colectividad. El derecho público y el Estado no son sino aparatos institucionales y artificiosos que tratan de proteger esa esfera natural o privada del individuo frente. Igualmente ocurre en Alemania, conforme a los esquemas de objetividad y neutralidad kantiana, entre los que se realiza la construcción de la personalidad jurídica del Estado, como fuente

CABO MARTÍN, *Teoría Histórica del Estado y el Derecho constitucional I*, PPU, Barcelona, 1988. Para un análisis de las etapas del constitucionalismo hasta llegar a la constitución normativa en J. F. BARRILAO SÁNCHEZ, “Sobre la constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 7, 2004, pp. 242-248.

5 L. MARTÍNEZ ROLDÁN y J.A. FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*, Ariel, Madrid, 1994, pp. 5 y ss.

6 C. DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del Sujeto...*, cit.

7 Ver artículos 29 a 39 del Código Civil español.

8 C. DE CABO MARTÍN, “El sujeto y sus derechos”, *Teoría y Realidad constitucional*, n.7, 2001, pp. 117 y ss.

objetiva de todo derecho, que se relaciona con sujetos individuales dando lugar a relaciones jurídicas de naturaleza pública.

El Estado, el poder público, aparece desde su contraposición con los sujetos de derechos: desde la “dialéctica sujeto-objeto”. Lo subjetivo, la voluntad individual y diferenciable del ser humano, son la nota esencial para distinguir lo objetivo, el Estado y el derecho. Como señalan Carlos de Cabo (desde la perspectiva dialéctica), y Ferrajoli (en su crítica a la propiedad como derecho fundamental⁹), en el sujeto coinciden dos elementos contradictorios: el de los intereses de cada uno (derechos individuales y autodeterminación) y el de la igualdad de todos. La igualdad de todos determina la existencia de un derecho objetivo y general¹⁰.

El proyecto racional del Estado moderno requiere de un orden también racional, y para ello es indispensable que el sujeto se encuentre definido de manera racional, objetiva y formal. Ello da lugar a la idea de la «igualdad formal» de los sujetos en y frente al derecho, es decir, a la subsunción de lo subjetivo en lo objetivo. La subsunción del particularismo subjetivo (de las diferencias de cada uno, su autodeterminación, sus preferencias, las obligaciones contraídas por cada uno) en una norma objetiva que regula las relaciones de todos los sujetos conforme al principio de la igualdad. Justifica de manera racional la existencia y pertenencia del sujeto al Estado y su vinculación al ordenamiento jurídico estatal. Desarrollaré esta idea en el siguiente punto.

Junto a la idea del sujeto y la objetivación del Estado, el derecho moderno consagra un tercer elemento fundamental, la idea de la soberanía del Estado: el Estado moderno es soberano hacia el exterior, en sus relaciones con los demás Estados en condiciones de igualdad, y hacia el interior, enarbolando la supremacía del derecho estatal en su propio territorio¹¹. El elemento de la soberanía se vincula a la aparición del sujeto jurídico. Por ejemplo, la personificación del Estado en Alemania, a la que acabamos de referirnos, responde a su vez a los debates en una sociedad monárquica sobre la idea de a quién debe pertenecer la soberanía¹² en el Estado moderno, debates surgidos como reacción a la idea de la soberanía popular de la revolución burguesa¹³. El concepto de soberanía, y sus fundamentos, quedan en la modernidad profundamente marcados por la idea del sujeto libre y su voluntad individual, que sirven de cemento racional al desarrollo de la noción moderna de Estado.

9 L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 6ª Ed., 2009, pp. 45 y ss.

10 C. DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del Sujeto... cit.*, pp. 36 y ss. “El sujeto implica la relativización a él del objeto (objeto del sujeto), pero, sin embargo, se produce en el origen moderno, con la normativización del Estado y el Derecho privado y público, una primera transformación que relativiza el derecho subjetivo al objetivo: a) la que define al sujeto como interés jurídicamente protegido; b) la que lo considera como la facultad o la capacidad de la voluntad reconocida por el ordenamiento jurídico”.

11 Me remito por todos a A. PIZZORUSSO, *Justicia, Constitución y Pluralismo*, Palestra, Perú, 2007, pp. 57 y ss.

12 Como señala García de Enterría este es el comienzo, también, del Derecho Administrativo. La Personificación jurídica del Estado y su comportamiento ante el Derecho se corresponde con el fruto de los debates alemanes del siglo XIX sobre la idea de a quién pertenece la soberanía. La conclusión, más pragmática que racional, es que ésta pertenece al Estado, ni al pueblo ni al rey, sino al Estado. El Estado es, así, la objetivación del monarca. La Administración, en cambio, es una organización instrumental de la sociedad, del pueblo. No es voluntad del Estado. Y de ahí a la aparición de la “Teoría del Fisco”, la separación de los bienes propios del rey de los bienes de la corona (con la consecuente prohibición de enajenar los bienes del reino). Junto al rey se inserta esta persona ficticia a la que se reconoce personalidad jurídica privada lo que permite imputarle relaciones de tipo patrimonial e incluso someterlo a los tribunales ordinarios. Permite el enjuiciamiento de las actividades patrimoniales del príncipe absoluto. El Estado, no tiene patrimonio, sino poder político, y el Fisco, que no tiene poder soberano sino sólo patrimonio. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª Ed., Civitas, Navarra, 2006, pp. 30 y ss.

13 Sobre las diferencias históricas entre Soberanía Nacional y Soberanía popular como el desarrollo del conflicto entre facciones burguesas me remito a A. TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid, Editorial Universitas, 4ª Ed., 2012, pp. 381 y ss.

Por tanto, sujeto, Estado y Soberanía, son elementos cuya diversa conjugación permiten la construcción de la Teoría del Derecho Moderno, de su funcionamiento y justificación.

Repetimos. La realidad del “sujeto jurídico” permite reconstruir la idea del propio Estado, y a través de la dialéctica entre uno y otro se construyen las bases del Derecho como “razón objetiva” propia del modernismo. Es en la evolución del constitucionalismo y la Dogmática del Derecho donde se sustancia la contraposición entre el Estado y el sujeto, entre lo objetivo y lo subjetivo¹⁴. Por ello el constitucionalismo no es sino la conjunción de la contraposición entre las nociones de sujeto individual y soberanía del Estado, definiéndose como: la evolución de los mecanismos para ordenar y limitar el poder soberano en garantía del ejercicio de los derechos de los ciudadanos –sujetos individuales–.

2. EL SUJETO DESDE LA IGUALDAD FORMAL Y SUSTANCIAL

2.1 Sujeto, democracia y derecho

En el primer tipo de Estado liberal el derecho se sustancia en la contradicción directa entre el sujeto y el Estado. El derecho objetivo se justifica como una autolimitación del poder público en garantía de los derechos de los ciudadanos, bien porque su existencia se justifica desde el sujeto, por la propia necesidad de garantizar la libertad del sujeto, bien porque se considere al propio Estado como una persona jurídica, como parte en las relaciones jurídicas entre sujetos públicos y privados. Esta idea representa la noción del Estado de Derecho: la constatación de que el poder estatal se encuentra limitado por el derecho. Sujetos individuales y poderes públicos, Estado y ciudadanos, quedan vinculados en el marco de sus relaciones por reglas jurídicas. El sujeto como medida o fundamento de la soberanía del Estado, permite justificar la existencia y actuación del Estado de manera racional, mediante la cláusula del «Estado de Derecho», que determina la posición de los ciudadanos frente a los poderes públicos: tanto los poderes públicos como los particulares se

14 C. DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del sujeto... cit.*



encuentran sometidos al derecho y pueden hacer valer sus pretensiones los unos frente a los otros mediante mecanismos jurídicos. Pero la filosofía moderna no sólo plantea la vinculación del sujeto al Estado por medio del derecho, sino que trata de justificar en base a esta lógica el concepto de Soberanía.

Este pensamiento moderno es el inicio del constitucionalismo, donde la ordenación del poder soberano del Estado se realiza mediante la aplicación de los principios del Estado de Derecho en unión intrínseca con el principio democrático, legitimando el poder y el derecho estatal desde el ciudadano. Y es que, ciertamente, «la legitimidad del Estado constitucional no tolera sujetos al derecho que no sean, a un tiempo, sujetos activos de su producción, sujetos del derecho¹⁵».

El supuesto legitimador del Estado constitucional y del derecho desde las primeras revoluciones hasta nuestros días se ha basado, en la teoría política estatal, en la aceptación del «principio democrático», entendido como el derecho de las personas y sujetos a establecer las reglas básicas de organización del Estado¹⁶. La cuestión central que me interesa subrayar ahora desde el principio democrático es que cada individuo, en tanto que dotado de una voluntad propia e individual tiene derecho a contribuir al establecimiento de las reglas de organización y gestión del Estado. Dado que formado por sujetos individuales racionales y libres, con capacidad para autodeterminarse, con voluntades diferenciadas, se hace necesario articular la pluralidad de voluntades de todos los sujetos que conviven en el Estado a través de normas comunes. Se hace necesario subsumir la voluntad de cada uno de los sujetos en una decisión unitaria y general, asumible por todos. El primer constitucionalismo maneja así, por un lado, la idea de “pueblo”, representada en la teoría del Poder constituyente que, siguiendo a De Vega, representa la aceptación del principio democrático como supuesto legitimador del Estado y, por otro lado, la idea de “mayoría”,

con la adopción de la democracia representativa¹⁷ como el mecanismo de gobernación del Estado¹⁸.

Respecto del primero, debemos destacar que el fundamento de toda organización político-constitucional moderna, reside en un hecho ontológico, en la “voluntad” democrática de un “pueblo”¹⁹. La segunda vertiente de la democracia, (la democracia representativa) se articula principalmente en un órgano “constituido”, el Parlamento, donde se representan los intereses de los ciudadanos a través del mandato representativo y el juego político entre mayorías y minorías. De este modo, la participación de los sujetos o personas físicas, se condensa en el momento de la producción del Derecho del Estado a través de las nociones de “pueblo” o de “mayorías” (como conjunto de voluntades), fundiendo todas las voluntades individuales en las reglas constitucionales²⁰ o la ley. La Ley, como expresión de la voluntad general unificada del conjunto de individuos libres se convierte en el medio ideal para garantizar la libertad y la voluntad subjetiva. Como señaló Carré de Malberg, la Ley “tiene el peso que le da su condición subjetiva, es decir, procede de los sujetos individuales, consiste en la «coordinación de los sujetos y de las libertades individuales que la forman»²¹”.

A partir de lo anterior Ackerman distingue dos nociones de democracia en la “doctrina dual”, diferenciando dos tipos de decisiones: las realizadas por el “pueblo” (*constitucional politics*), y las realizadas por el “Estado” (*normal politics*). En las primeras decisiones se actúa en nombre del pueblo, y es necesario una participación acusada del mismo, algo que puede ser identificable con los momentos constituyentes de institucionalización de una comunidad política, o de transformación trascendente de sus bases mediante el procedimiento de reforma de las Constituciones. En las segundas decisiones la participación ciudadana, de los sujetos, se concentra en el momento electoral, y se desarrolla posteriormente de manera representativa²². Ésta última es la situación habitual de funcionamiento de un régimen constitucional democrático donde la voluntad del pueblo se expresa a través del mandato representativo ejercido por el derecho al sufragio. Mediante el voto se termina por categorizar la voluntad individual del sujeto del derecho, del ciudadano, en una voluntad general o voluntad del pueblo²³.

Los mecanismos jurídicos de participación democrática son coherentes con el fundamento filosófico de la modernidad. La «historia» como proyecto racional realizado y dirigido por los sujetos. La «razón» como ordenación formal de la realidad mediante categorías identificables de

17 «La democracia representativa implica la distinción entre representantes y representados, entre gobernantes y gobernados. En estas circunstancias la necesidad de hacer valer, conforme al principio democrático, la superior autoridad del pueblo frente a la autoridad del gobernante, no ofrece otra posibilidad ni otra alternativa que la de establecer, por el propio pueblo, una ley suprema...en contraposición a los poderes constituidos, ordenados y limitados en la Constitución aparece de ese modo, como poder previo, ilimitado y total el poder constituyente», P. DE VEGA GARCÍA, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid, 1985, p. 25.

18 F. BALAGUER CALLEJÓN, Fuentes del Derecho, cit., p.33., describiendo las diferencias o paralelismos entre los conceptos de democracia y democracia constitucional que a continuación veremos.

19 P. DE VEGA, cit.

20 Ver nota 20.

21 Citado por C. DE CABO, Dialéctica del sujeto..., cit.

22 B. ACKERMAN, “Constitutional law/ constitutional politics”, Harvard Law Review, n. 99, 1989, pp. 453 y ss.

23 “Preguntarse a quién, a qué autoridad pertenece el poder de hacer una Constitución, es preguntarse a quién corresponde hacer el espíritu de un pueblo”. G. HEGEL, Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política, Edhasa, Barcelona, 1988, p. 1 y ss.

15 I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Dignidad de la persona y derechos fundamentales, Marcial Pons, Madrid, 2005. p. 125. Especialmente me remito a la introducción del mismo autor en E. DENNINGER, y D. GRIMM, Derecho constitucional para la sociedad multicultural, Trotta, Madrid, 2007, pp. 20-25.

16 Como recuerda L. FERRAJOLI, Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, Trotta, Madrid, 2006: «no tengo dificultad para admitir que en mi opinión, [...] democracia y constitución tienden a confundirse: a condición, sin embargo, de que constitucionalismo y democracia [...] sean entendidos uno en el sentido de “democracia constitucional” y el otro en el sentido de “constitucionalismo democrático”».

manera universal²⁴. Para que el orden sea racional es necesario, entonces, definir a los sujetos que actúan en la historia, definirlos de manera formal, categórica. De manera que el sujeto es identificable y distinguible de los demás por una voluntad propia en el ámbito privado, pero al mismo tiempo, mediante los mecanismos democráticos, su voluntad debe ser objetivable y acumulable en el ámbito público, pues de este ámbito deben surgir reglas objetivas y universales que consagren el *rule of law*. Estos son los dos elementos “contradictorios” del pensamiento y la sociología moderna. Recordemos que dijimos (con Carlos de Cabo y Ferrajoli) que en la idea del sujeto moderno coinciden dos elementos contradictorios: el de los intereses de cada uno (derechos individuales y autodeterminación) y el de la igualdad de todos (el derecho objetivo y general). Esta contradicción permite garantizar la “igualdad formal” de todos los sujetos en el momento de producción del derecho y en el de su aplicación, al tiempo que reconoce su individualidad y la subjetividad de cada uno en el espacio de libertad que permite y garantiza la ley. Este es el momento clave de subsunción de la voluntad individual de cada sujeto en una voluntad general expresada mediante el derecho. Permite vincular el concepto de libertad individual con el de igualdad a través de la justificación de la existencia del Estado moderno y del derecho estatal.

La relación entre sujeto y Estado da lugar a una comprensión del derecho desde la perspectiva democrática, y así se justifica el tercer elemento en discordia: la soberanía. La soberanía pertenece a todos los sujetos de forma colectiva: la soberanía popular.

2.2 Sujeto, Democracia constitucional y derechos

La razón expuesta es la lógica de la evolución filosófica del Estado absoluto al Estado liberal constitucional. Hablamos de algunos de los elementos predominantes del pensamiento sobre el sujeto de los siglos XVIII y XIX que condicionaron el constitucionalismo liberal²⁵. Pero frente a esta “razón” predominante no fueron pocos los movimientos de oposición.

A la razón moderna no le han faltado detractores y críticos. Críticas basadas precisamente en la idea de uniformización a la que tiende esta filosofía. La unificación de las voluntades individuales, de la libertad del individuo, a través del derecho provoca precisamente su desaparición. Como señala Foucault, a la idea de sujeto de la modernidad termina atribuyéndose la idea de uniformidad apta para convertirse en un instrumento de dominación: “el poder estatal (y esta es una de las razones de su fortaleza) es una forma de poder, al mismo tiempo individualizante y totalizante. Creo que en la historia de las sociedades humanas, -incluso en la antigua sociedad china- nunca ha habido una combinación tan tramposa en la misma estructura política de las técnicas de individualización y de los procedimientos de totalización²⁶”.

En el ámbito jurídico Bobbio expone esta crítica del siguiente modo: “Al momento de la libertad personal negativa corresponde el momento de la igualdad jurídica, que, consiste en las situaciones en las que todos los ciudadanos tienen capacidad jurídica, son sujetos jurídicamente

reconocidos por el ordenamiento jurídico, lo que implica una abstracta, pero sólo abstracta, capacidad de querer y de actuar, en los límites de las leyes, en el propio interés. Al momento de la libertad política corresponde el de la igualdad política, característica del Estado democrático fundado sobre el principio de la soberanía popular no ficticia y, por consiguiente, sobre el instituto del sufragio universal. Que los dos momentos son bien distintos puede ser probado en la historia de las doctrinas políticas, la cual nos muestra, de modo extremadamente significativo, por ejemplo, en Kant, cómo la afirmación de la igualdad jurídica puede ir unida a la clara negación de la igualdad política²⁷”.

La principal crítica reside en la contradicción existente en la noción de Estado y de Derecho como algo objetivo con fundamento en el sujeto, en lo subjetivo. Esta razón estatal y su derecho se observan como mecanismos de uniformización, sometimiento o explotación de los sujetos individuales y diferenciables, que pasan a ser dominados, mediante normas jurídicas, por las clases predominantes que controlan el momento de producción del derecho. La “igualdad formal” o la “democracia representativa” expresadas por el primer constitucionalismo pecan precisamente de terminar por desarmar la propia finalidad del derecho y la democracia. Desactivan una función histórica del derecho constitucional: la articulación del conflicto social. La igualdad formal y el imperativo de la mayoría niegan el conflicto inherente a la propia idea de sujeto, dado que personas libres, diferenciables de las demás, el Estado liberal parece cimentarse sobre una “totalización” de la voluntad de los sujetos construido sobre los conceptos de “voluntad mayoritaria” y “representación parlamentaria”.

La clave de estas críticas a la fundamentación moderna (del Estado liberal) se puede resumir en la siguiente idea: la noción de sujeto manejada por la filosofía y teoría del derecho moderna parte de un sujeto neutro, igual, idéntico; y por el contrario los sujetos actúan determinados por condiciones “materiales” y estructurales (Marx) o sociales y culturales (Weber) que influyen sobre su voluntad o la limitan.

Como expone brillantemente Carlos de Cabo, la primera concepción liberal de objetivación o abstracción del sujeto oculta el pluralismo y la desigualdad social, impide que se trasladen las desigualdades materiales

²⁴ Como analizó Weber, las instituciones evolucionaron en occidente de un modo progresivamente racional (sistemas de autoridad racional-legal) partiendo de la importancia dada a las elecciones que hacen los actores entre medios y fines, elección realizada conforme a reglas, regulaciones y leyes universalmente determinables (derivadas de grandes estructuras como la religión, la burocracia y la economía). Me remito a la obra G. RITZER, *Teoría sociológica moderna*, Mc Graw Hill, México, 5ª Ed., 2002, pp. 32 y ss.

²⁵ Obviamente me refiero a la tradición continental, consciente de que no expongo las diferencias de pensamiento en Gran Bretaña o Estados Unidos. Para ello me remito a M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 6ª Ed. Madrid, Trotta, 2009.

²⁶ M. FOUCAULT, *El sujeto y el poder*, cit.

²⁷ N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, Trad. Rafael de Asís Roig, pp. 37 y ss.



al orden jurídico político, pues éste se observa como un elemento de garantía de la igualdad formal²⁸. Es decir, la estructura del Estado liberal parecía errar en un elemento esencial, trataba de establecer condiciones para la igualdad formal donde existía una desigualdad material de partida. Por lo tanto, el Estado democrático de derecho requería de elementos e instituciones que permitiesen remover las desigualdades materiales de partida, pues sólo así tendría sentido hablar de igualdad formal en la ley y ante la ley.

Estas críticas hicieron zozobrar los fundamentos del Estado liberal y provocaron el advenimiento del Estado social democrático de derecho durante la primera y segunda mitad del siglo XX.

El nuevo tipo de Estado social se fundamenta sobre tres premisas: la igualdad material, la democracia sustancial y el reconocimiento del pluralismo

A) Igualdad material: El Estado social significa la ruptura del orden “objetivo” anterior. El reconocimiento de desigualdades materiales de partida, del conflicto material entre sujetos, significa ignorar la idea del “orden objetivo dado” y pasar a la lógica del orden “que se construye”²⁹. Por ello el Estado social supone el cambio de paradigma desde el “Estado vigilante” que garantiza relaciones jurídicas privadas entre sujetos formalmente iguales «ante la ley» (y en la producción de la ley), hacia el Estado intervencionista en el orden económico y en el social³⁰ que reconoce desigualdades y conflictos de tipo material (económico o social) e interviene para lograr el objetivo de la igualdad material. Como señala Heller “la igualdad formal de la democracia política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, produce un Derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad la democracia social”³¹.

B) La democracia sustancial: La igualdad material tiene un objetivo esencialmente democrático. Se trata del subsiguiente cambio

de paradigma desde la democracia formal a la democracia sustancial. El reconocimiento de las desigualdades materiales trata con el problema estatal de integración entre la democracia como método o procedimiento y la democracia orientada por valores de impulso dirigidos a asegurar la promoción, la efectividad de los derechos y la igualdad material³². Como señala Sadurski, un Estado democrático para ser plenamente legitimado necesita no sólo que se asuman las decisiones públicas mediante un procedimiento al efecto adecuado (democracia formal), sino que debe también asegurar el cumplimiento de ciertos valores sustantivos. La democracia no solo requiere el diseño de procedimientos sino también el cumplimiento de valores como la dignidad humana, la libertad, y la igualdad material, que permitan una completa legitimación del derecho³³.

C) El pluralismo: Pero además, el reconocimiento del conflicto material y la democracia sustantiva suponen una transformación jurídica también de los procedimientos de producción del derecho: el reconocimiento de derechos y prerrogativas a las minorías políticas. Suponen el reconocimiento de desigualdades de tipo cultural y económico, y por tanto se comprende que los conceptos a través de los cuales se fundían las diversas voluntades subjetivas en la voluntad general deben ser revisados, pues la idea de “pueblo” y “voluntad de la mayoría” deben articular el conflicto existente frente a las minorías políticas, culturales o territoriales.

El reconocimiento de la desigualdad material y la aceptación del conflicto político entre minorías y mayorías supondrá una transformación profunda en la concepción del “orden” jurídico del Estado: el reconocimiento del pluralismo de las fuentes del derecho a nivel interno. Desde esta perspectiva el valor de la ley como objetivación de las diversas voluntades subjetivas comienza a limitarse en un doble sentido. En primer lugar con el reconocimiento de eficacia jurídica de los derechos fundamentales como límites al legislador y a la voluntad de la mayoría, como una garantía de los derechos de las minorías y del pluralismo. En segundo lugar con el reconocimiento del pluralismo político dentro del Estado, el reconocimiento de hechos diferenciales entre los sujetos y los territorios dentro del Estado, y la consagración del principio de competencia³⁴.

Ya desde principios del Siglo XX, la doctrina reconocía poco a poco la importancia del pluralismo ordinamental dentro del propio Estado. Cierta doctrina comenzó a reconocer no sólo una pluralidad de ordenamientos estatales soberanos a escala internacional, sino una pluralidad de ordenamientos de muy diversos tipos que convivían con el ordenamiento estatal, desde dentro, y que irremisiblemente debían articular sus relaciones. La teoría institucionalista del Derecho tendrá la virtud de replantear la metodología positivista, permitiendo considerar la pluralidad ordinamental, identificada con la expresión de intereses de poderes “sociales” plurales, que se dotan de una capacidad autónoma para producir sus propias normas³⁵.

32 P. RIDOLA, P., “La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.3, 2005.

33 Cfr. SADURSKI, W., “Law’s legitimacy and democracy plus”, *Oxford journal of legal studies*, vol. 26, n.2, 2006, pp.337-409.

34 F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, cit.

35 Será mérito de Santi ROMANO el desarrollo de la “teoría institucionalista” que reconocerá una pluralidad de ordenamientos actuantes bajo el Estado, sobre el Estado, junto al Estado o contra el Estado. S. ROMANO, S., *L’Ordinamento Giuridico*, Sansoni Editore. Florencia, 1945. En español, trad. S. Martín-Retortillo Baquer, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963 pp. 146 y ss. Ver N. BOBBIO, *Teoría dell’Ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, pp. 185 y ss. Dirá Modugno que, siendo el positivismo jurídico la metodología que determina en la voluntad soberana la fuente suprema del derecho del Estado, existen voluntades que regulan ámbitos de la actividad humana que son ordenamientos jurídicos (plurales) en

28 Cfr. C. DE CABO, *El sujeto y sus derechos*, cit...

29 Cfr. C. DE CABO, *Dialéctica del sujeto... cit.* pp. 68 y ss.

30 Cfr. C. DE CABO, *Dialéctica del sujeto... cit.* pp. 68 y ss.

31 H. HELLER, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, p 322. En E. CARMONA CUENCA, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, 1994, pp. 265 y ss.

La lógica filosófica y jurídica de la modernidad prosigue, no obstante, como motor científico de búsqueda de nuevos criterios de “orden racional”, adecuados para reconducir de nuevo el pluralismo hacia la unidad objetiva de un ordenamiento jurídico. Las nociones clave del nuevo Estado social en la búsqueda de la unidad y de orden racional serán “principio de competencia” y “constitución normativa”.

En este momento se revitalizarán conceptos como el de sistema jurídico, frente al de ordenamiento estatal, y la noción de principio de competencia como principio estructural básico de las relaciones entre fuentes y ordenamientos, frente al principio de jerarquía. Será Crisafulli uno de los primeros autores en destacar el cambio trascendental en la búsqueda de la unidad del derecho sustituyendo el criterio principal de la jerarquía por aquel de la competencia: “hoy, en cambio, [es] la jerarquía la que llegue siempre y sin restos, a ser absorbida en la competencia³⁶”.

Tanto el reconocimiento de eficacia jurídica de los derechos fundamentales como límite a la voluntad mayoritaria, como la articulación del pluralismo jurídico, fueron posibles gracias al nuevo modelo de Constitución: la Constitución normativa.

La naturaleza normativa de la Constitución significa que la Constitución es ahora fuente del derecho, es soporte de derechos y obligaciones que inserta directamente y por sí misma en el ordenamiento jurídico, situándose en el centro, y jerárquicamente supraordenada a la propia ley³⁷. La Constitución actúa ahora como límite al Estado legal o liberal, lo configura al tiempo que limita la voluntad de las mayorías. Pero su carácter de norma suprema del ordenamiento permite también, desde la teoría del Derecho, que la Constitución establezca las condiciones de validez del resto de las fuentes del derecho, especialmente de la ley, condiciones de validez que incluyen tanto límites formales (procedimiento de producción) como límites materiales (valores, principios y derechos). De este modo se erige como principal garantía de las posiciones de las minorías frente a las mayorías parlamentarias articulando el conflicto existente entre igualdad formal y desigualdad material, y dando lugar a la democracia constitucional.

La noción de supremacía constitucional permitió, por tanto solventar las principales críticas a la razón moderna como herramienta de totalización de voluntades, pues permitía articular la desigualdad material y sustantiva de los sujetos y la necesaria unidad jurídica e igualdad ante la ley de todos

cuanto constan de reglas de conducta efectiva y eficaces reconducibles a una voluntad que la impone y la hace valer, es decir que “el pluralismo ordinamental no es más que la consecuencia rigurosa del positivismo”, p. 287. Estos ordenamientos plurales deben reconocerse para entrar en relación y este mismo autor considerará que las relaciones entre ordenamientos deben ser siempre de coordinación”, F. MODUGNO, *Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordenamenti*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 145. Los principios de estructuración constitucional de las fuentes pueden ser observados siempre como diferentes formas de resolver el conflicto y la lucha entre poderes territoriales. Poderes en competencia. Así por ejemplo, ya Alexander HAMILTON, al exponer los resultados de la supremacía constitucional de los Estados federados de América había señalado que la relación jerárquica de una fuente sobre otra depende de la fuerza política de la que es expresión (la Constitución prevalece sobre la ley puesto que aquella es expresión directa del pueblo, mientras que la ley es expresión de los representantes del pueblo), ver A. HAMILTON, *The federalist or, the new Constitution*, Nueva York, 1787-1788, n.º LXX-VIII. Vergottini advierte que la titularidad del poder es, además, una de las claves de la comparación: “la titularidad del poder soberano puede corresponder a sujetos individuales o colectivos y el poder es ejercido en la práctica por órganos siguiendo el principio de la concentración o el de la distribución del poder. Las modalidades del ejercicio del poder aluden a la formación de la decisión política y a su ejecución, siendo necesario observar que la decisión puede ser fruto de un procedimiento dialéctico-contradictorio o ser adoptada unilateralmente...” G. VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, EU, Buenos Aires, 2004, p. 43.

36 V. CRISAFULLI, “Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de fuentes”, trad. J.F. Sánchez Barrilao, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 1, 2004, p. 324: «Sin embargo, ya que al determinar las propias fuentes el ordenamiento se considera en última instancia a sí mismo como ordenamiento, es connatural a esta primera afirmación reguladora, propia de todo sistema jurídico dado, la ulterior exigencia de reconducir a unidad la múltiple diversidad de normas derivadas de las diversas fuentes en él reconocidas... y sin las que el ordenamiento no sería tal, sino una informe acumulación de normas entre ellas desconectadas e incluso contradictorias...”. Ver también G. ZANOBINI, “Gerarchia e parità tra le fonti”, en AA.VV., *Scritti in onore di Santi Romano*, vol I, Pádova, 1940, pp. 591 y ss.

37 F. BALAGUER CALLEJÓN, CÁMARA VILLAR, MONTILLA MARTOS, LÓPEZ AGUILAR, M. L. BALAGUER, *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 170 y ss.

ellos. La constitución normativa permitió pues : a) articular el pluralismo de fuentes y ordenamientos surgidos por el reconocimiento del pluralismo político³⁸; b) conceder eficacia jurídica a los derechos fundamentales como límites al legislador mayoritario en garantía de las minorías políticas; c) establecer condiciones sustantivas de validez para las normas y actos jurídicos del Estado, orientándolos hacia la consecución de los objetivos y valores del Estado social; d) finalmente, permitió, por su carácter supremo, devolver el “orden” o la unidad sistemática a un ordenamiento jurídico en un nuevo contexto de reconocimiento del conflicto y el pluralismo político y social.

Como ha indicado Häberle: “El pluralismo normativo consiste en el hecho de que tanto la Constitución como su ordenamiento jurídico subyacente ostentan un mínimo de contenido al tiempo que un grado óptimo respecto de sus procedimientos (...) Dicho marco constitucional es el que mantiene la grandeza del pueblo unido al tiempo que establece sus intereses múltiples (...) El pluralismo consiste y se nutre de contenidos y procedimientos irrenunciables que son a su vez condiciones y requisitos previamente consensuados (...) Dichos requisitos marco posibilitan que la sociedad pueda disponer de una integración social y estatal “autónoma” y una representación igualmente similar, al tiempo que de una proyección como grupo o de los grupos internos que la componen en asociaciones, partidos y sindicatos, iglesias y comunidades religiosas (...)”³⁹.

La Constitución normativa del Estado social ha permitido el desarrollo de la democracia constitucional, articulando procedimentalmente (a través del parlamentarismo actual, la configuración de la jurisdicción constitucional y los mecanismos electorales de la democracia representativa) el conflicto basado entre los intereses de la mayoría y el respeto de los derechos de las minorías, garantizando el pluralismo y articulando el conflicto⁴⁰, sin renunciar al establecimiento de un orden objetivo y racional basado en la idea

38 R. GUASTINI, “Bobbio, sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, *Analisi e Diritto*, 2005, pp. 204 y ss

39 P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 108.

40 C. DE CABO MARTÍN, “Constitucionalismo del Estado social y Unión europea en el contexto globalizador”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 11, 2009. Igualmente *Dialéctica del Sujeto y dialéctica de la Constitución*, cit.



del sujeto o ciudadano, ahora contemplándolo de manera plural y desde una dimensión no sólo formal, sino esencialmente material a través de los derechos fundamentales de contenido social.

En definitiva, podemos decir que en el tipo Estado social, el concepto de Estado como contraposición al ciudadano desaparece (o desplaza su importancia), y más que de Estado comienza a hablarse de Constitución⁴¹. La Constitución se erige en base al ciudadano. El derecho no es ya fruto de la contraposición entre Estado y ciudadano, sino que el Derecho constitucional, la Constitución, es ahora la base y fundamento del Estado (como unidad política en el pluralismo) y la sociedad. Instrumento de articulación de la sociedad y del poder público. Ciertamente, la constitución normativa y la democracia constitucional cambian el tridente fundamental sobre el que se construye el Estado moderno. Si al principio los tres elementos fundamentales fueron el sujeto, el Estado, y la soberanía, ahora se transforman en la vinculación Sujeto, Constitución, Soberanía⁴².

3. EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL SUJETO EN EL SIGLO XXI: DIGNIDAD HUMANA Y SOCIEDAD GLOBALIZADA

Comenzamos estas líneas remarcando el valor del reconocimiento del conflicto por el derecho. Reconocer el conflicto significa no sólo tender a resolverlo, sino positivizar conflictos de contenido positivo, es decir aquellos conflictos que representan la diversidad de formas de ser o pensar,

⁴¹ Me remito, para un resumen de la evolución de estas ideas en el ámbito de la dogmática alemana del siglo XX a I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, "Gestación, recepción y vigencia: la teoría de la constitución y el Derecho Constitucional de Konrad Hesse", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100, 2014, pp. 403-423.

⁴² Ver a estos efectos M. AZPITARTE SÁNCHEZ, "Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Monográfico sobre Fuentes del Derecho y Argumentación Jurídica*, n. 6, 2003, pp. 345 y ss.

que llevan a la reafirmación e identificación del “yo” sobre los demás, los conflictos positivos que llevan al “deseo de ser”⁴³. La Constitución normativa del Estado social del siglo XX ha seguido una evolución tendente a albergar los hechos diferenciales de los sujetos, la individualidad, a reconocer y articular las diferentes formas de “ser” a través del establecimiento de la democracia constitucional como democracia sustantiva y pluralista.

En mi opinión, en el cambio de paradigma del Estado social se observa también un cambio profundo en la visión del propio sujeto del derecho. Hemos pasado de concebir al sujeto individual desde la perspectiva privatista de la “personalidad jurídica y capacidad de obrar”, hacia una perspectiva basada en el concepto de “dignidad humana”. Perspectiva que se impone a través de la Constitución normativa tras la Segunda Guerra Mundial.

Siguiendo a Peter Häberle, la dignidad humana se identifica a través de la “identidad” de la persona formada en una “sociedad”, y ha encontrado su expresión político-jurídica en la democracia constitucional. El fundamento del Estado sigue residiendo en el sujeto, pero ahora no en su contradicción o dialéctica, sino en la “identidad” de éste con aquel a través de valores. Pues la dignidad humana de los sujetos se vincula ahora no con el Estado, sino con la sociedad, y se logra a través de la identificación del sujeto con el conjunto de valores, principios, tradiciones culturales... que rigen en una sociedad. Este conjunto de principios y valores quedan establecidos en la Constitución permitiendo la identidad del sujeto con la sociedad y del sujeto con el ordenamiento jurídico que regula las relaciones sociales. Como señala Häberle, la identificación del sujeto con la sociedad nos ofrecen indicios del cómo es que un ser humano llega a “ser persona”, nos ofrecen indicios del concepto de dignidad humana⁴⁴.

La dignidad humana se establece como un concepto de validez universal en relación a todo ser humano independientemente de su vinculación con otros conceptos como “capacidad jurídica” o “nacionalidad”. Por tanto, el sujeto de derecho del siglo XXI parece desprenderse de su concepción en virtud de la contradicción objeto-sujeto o ciudadano-Estado o relación jurídica. La dignidad humana identifica al sujeto del derecho en base a su adhesión con la “Sociedad” y sus valores.

Esta conceptualización del sujeto desde la sociedad nos acerca, en cierto modo, a la sociología jurídica de Duguit, para quién no hay existencia individual sino social, no hay derechos subjetivos sino situaciones jurídicas subjetivas como aplicación individual del derecho objetivo⁴⁵. La “teoría de la solidaridad”, de este autor, reconduce el derecho al hecho social y rechaza la noción de derecho subjetivo de la modernidad revolucionaria francesa. Para Duguit, el ser humano debe “acomodar su conducta a los postulados derivados de la maximización de la solidaridad entre los hombres; solidaridad, en suma, que constituye un criterio de la justicia del Derecho a la que debe adecuarse la conducta humana⁴⁶”.

La sociología jurídica de Duguit, más allá de sus implicaciones teóricas, en mi opinión, podría encontrar desarrollo jurídico en la observación

de la globalización jurídica. La realidad de la globalización ha hecho que poco a poco pierda fuerza la noción de que el derecho es expresión exclusiva del poder del Estado, para que asumamos que debe ser expresión de la sociedad⁴⁷.

Y ciertamente, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, con la eclosión del fenómeno denominado globalización socio-económica, terminado de fraguar en el año 1989 con la Caída del Muro de Berlín, la interrelación de factores sociales, económicos, medioambientales, políticos... ha dado lugar a una globalización del derecho, que va poco a poco extinguiendo la identificación entre el Derecho y el Estado⁴⁸. Paulatinamente hemos tomado conciencia de que el derecho está (o debe estar) allí donde esté la sociedad, y debe expresar por tanto las necesidades particulares de cada sociedad, donde los seres humanos pueden entrar en contacto y en conflicto. En definitiva, el pluralismo ordinamental, o los recientes fenómenos de integración supranacional, así como la proliferación de convenios y mecanismos internacionales de garantía de derechos, son expresión de la actual identificación del derecho con la sociedad, y del sujeto de derecho con la dignidad humana, en tanto que identidad forjada en la sociedad.

El fenómeno de la globalización, por tanto, vuelve a transformar el tridente del Estado moderno. Si de la dialéctica Sujeto-Estado-Soberanía, la Constitución normativa y la democracia constitucional alteraron el elemento Estado convirtiéndose en Sujeto-Constitución-Derecho, ahora, debido al fenómeno de la globalización la idea de Soberanía estatal parece también caer de este axioma, y el Estado contemporáneo parece sustituir la propia idea de sujeto por la de

⁴⁷ Ver P. GROSSI, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 24 y ss

⁴⁸ Por todos ver F. GALGANO, *La Globalizzazione nello specchio del Diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2005.

⁴³ L. MARTÍNEZ ROLDÁN y J.A. FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*, Ariel, Madrid, 1994, pp. 5 y ss.

⁴⁴ P. HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, (Trad. H. Fix-Fierro), Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N. 47, UNAM, México D.F., 2003, p. 170.

⁴⁵ Cfr. L. DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de C.G. POSADA, Analecta, Madrid, 1921 p. 21. Para un análisis de las teorías de Duguit y sus seguidores me remito a J. AGUDO GONZÁLEZ, “Evolución y negación del derecho subjetivo”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.5, 2011, pp. 9-42.

⁴⁶ Para un análisis de las teorías de Duguit y sus seguidores me remito a J. AGUDO GONZÁLEZ, “Evolución y negación del derecho subjetivo”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.5, 2011, pp. 9-42.



En la propia construcción de las bases de la integración europea el sujeto ha tenido un papel también esencial. Partiendo del papel de los ciudadanos de los Estados miembros como sujetos del derecho europeo se ha compuesto toda la doctrina política-constitucional sobre la naturaleza de la Unión Europea.

A nivel internacional, como sabemos, el ciudadano del Estado no es sujeto del derecho⁵⁰. No basta con ser destinatario de derechos o deberes para ser considerado sujeto del derecho, sino que es necesario el reconocimiento de una capacidad (conforme a los postulados modernos) para hacer valer esos derechos frente a otros sujetos⁵¹.

Sin embargo, en el derecho europeo, a través de la construcción doctrinal del principio de primacía, eficacia directa y tutela judicial efectiva, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) consintió el apareamiento de una Comunidad de Derecho, en la que los ciudadanos de los Estados miembros gozaban del status de sujetos del derecho europeo⁵². De esta manera, los ciudadanos de los Estados miembros podían hacer valer pretensiones jurídicas frente al poder público o frente a otros particulares mediante la invocación de un derecho fundado en el ordenamiento europeo. La noción de ciudadano como sujeto con capacidad jurídica ha permitido, a su vez, al TJUE construir la doctrina de la autonomía del ordenamiento europeo: el derecho europeo constituye un ordenamiento jurídico propio, con sus propias reglas de eficacia y validez, distinto al ordenamiento nacional y al internacional. Es decir, de nuevo el sujeto se convierte en el contrapunto necesario para “ordenar” el derecho europeo⁵³.

La relación entre el “sujeto” del derecho europeo y el “objeto” del derecho europeo, (lo objetivo como la autonomía del ordenamiento europeo) debía, no obstante, completarse a través de la noción de “soberanía”. Por ello el derecho europeo tuvo que enfrentarse desde los años 60 a la cuestión de ¿cómo se legitima un ordenamiento autónomo? ¿Cómo hacerlo prescindiendo de la idea de soberanía del Estado? ¿Del concepto de pueblo o voluntad general?⁵⁴

Aquí es precisamente donde falla el ordenamiento europeo.

Sociedad. De suerte que los fundamentos del Estado constitucional actual se sustentan sobre la dialéctica: Sociedad-Constitución-Derecho.

Pero si el sujeto es observado ahora desde la perspectiva de la “dignidad humana” y el derecho se fundamenta en la Sociedad y la identificación de los sujetos con la sociedad, entonces, es ahora el momento de señalar que, precisamente por el desarrollo de la globalización, los procesos de integración y cooperación internacional han hecho que el Estado constitucional contemporáneo se encuentre en crisis. Parece que se han disuelto, no sólo los elementos de la construcción del derecho moderno, sino que, junto a la paulatina desaparición del concepto de Estado, y de su vinculación al derecho, está desapareciendo la propia idea de sujeto, y se ve avocada a una nueva comprensión totalizadora o uniforme provocada por la globalización, especialmente la globalización económica.

4. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUJETO

4.1 La determinación de la UE a partir del sujeto: sujeto y autonomía del ordenamiento

Debe señalarse que el proceso de integración europea no es sino una expresión más de la paulatina desaparición del Estado. El derecho, y menos el derecho constitucional, ya no está exclusivamente vinculado con el Estado. Los retos que plantea la globalización impulsan una comprensión cada vez más plural del derecho y de los sistemas jurídicos. Por ello el proceso de integración europea debe servir de impulso para deshacer los antiguos lazos de conexión entre el Derecho y el Estado y componer la nueva relación entre la sociedad y el Derecho⁴⁹, entendida la sociedad como el lugar en el que se identifica al ser humano en la noción dignidad humana.

50 Ver F. MASTROMARTINO, “La soggettività degli individui nel diritto internazionale”, *Diritto e questioni pubbliche*, n. 10, 2010, pp. 415-437.

51 M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 55

52 Sentencias del Tribunal de Justicia (SSTJ) de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend en Loos, C-26/62; y de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra ENEL, C-6/64. En relación con la tutela judicial efectiva las posibilidades de invocación por los particulares de pretensiones subjetivas ante el juez fundadas en derecho europeo me remito a la STJ UPA. C-50/00, de 25 de julio de 2002 y sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C432/05. Igualmente a la STJ de 2 de abril de 1998, asunto Greenpeace, C-321/95 y STPI de 3 de mayo de 2002, asunto Jegó-Quéret, T-177/01.

53 Ver Dictamen del Tribunal de Justicia 1/09, de 8 de marzo de 2011, párrafos 65 y ss.: “De una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia resulta que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los tratados constitutivos de la Unión han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales (véase, en especial, las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, 26/62, Rec. p. 1 y ss., especialmente p. 3, y de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, Rec. p. 1141 y ss., especialmente p. 1149). Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos (véase el dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. 16079, apartado 21). Como resulta del artículo 19 TUE, apartado 1, el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros garantizan el respeto de ese ordenamiento jurídico y del sistema jurisdiccional de la Unión. Además, incumbe al Tribunal de Justicia garantizar la autonomía del sistema jurídico de la Unión, así creado por los Tratados (véase el dictamen 1/91, antes citado, apartado 35)”.

54 Me remito a la paradigmática Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993 traducida al español en la Revista de Instituciones Europeas, vol. 20, 3, 1993 (Ver, J. BAQUERO CRUZ, “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the pluralist movement”, *EUI Working Papers*, Robert Schuman Centre for advanced Studies, 2007/13, p. 13). Igualmente la Sentencia del TCF de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09). Se mantienen las dudas en las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, y a la cuestión prejudicial planteada por éste órgano al Tribunal de Justicia de la Unión Europea Tribunal Constitucional Federal, 2 BvR 1390/12 de 18 de marzo de 2014 y BVerfG, 2 BvR 2728/13 de 14 de enero de 2014.

49 J. H. H. WEILER, “Does Europe need a constitution? Demos, telos and the German Maastricht decision”, *European Law Journal*, 1995, p. 219 y ss. J. HABERMAS, “So, Why Europe need a Constitution?”, www.iue.it/RSC/EUReform02.pdf, última consulta 24.04.2008. Este reconocimiento no renuncia a la paradigmática búsqueda de la unidad que durante siglos ha sido premisa esencial del Derecho

4.2 Carencias democráticas en la UE

La UE comparte las dos ideas principales que permiten situar al sujeto frente al derecho en un sentido constitucional y contemporáneo: la dignidad humana desde la perspectiva de la identidad de la persona con una sociedad, y la idea de la garantía de participación de las minorías. Así lo expresan los Tratados⁵⁵. Pero pese a ello, la UE supone una regresión del Estado social democrático de derecho a los postulados iniciales del Estado liberal pues, por un lado, carece de procedimientos de producción del derecho suficientemente garantistas de la participación de las minorías, y por otro lado, no tiene elementos suficientes que permitan construir consistentemente un “orden racional” por carecer precisamente de los elementos esenciales: la soberanía, el concepto de Estado, la Constitución... esto ha conducido, en mi opinión, a que en el lenguaje de la integración europea se entienda de nuevo al sujeto desde su conceptualización privatista, desde su personalidad jurídica y su capacidad de obrar (hacer valer derechos y ser destinatario de obligaciones). Y ello, como ya sabemos, supone reconducir de nuevo los mecanismos de unificación jurídica de las voluntades individuales hacia un terreno de totalización del sujeto que niega el pluralismo político, el conflicto ideológico.

Desde una perspectiva jurídica, con Balaguer Callejón, podemos decir que el pluralismo social observado desde finales del siglo XIX, se ha ido reconociendo en la producción jurídica. Es a través de las fuentes del derecho como se manifiesta el poder social y político en las diversas instituciones con capacidad de producir normas: «el sistema de fuentes refleja la distribución del poder político y las tensiones relativas a esa distribución resultan hoy más acentuadas en las relaciones entre ordenamientos que en las relaciones entre fuentes».⁵⁶ Partiendo de esta premisa se refleja la carencia de instrumentos jurídicos de estructuración del pluralismo en el ámbito europeo.

Mientras que en los Estados plurales en los que conviven diversos ordenamientos (regionales, federales, autonómicos) la articulación del sistema y de los conflictos entre ordenamientos se realiza a través de una norma suprema, la Constitución, que le concede Unidad al sistema; es sabido que no existe este tipo de articulación a nivel supranacional. El pluralismo ordinamental europeo no se basa en normas interpuestas que resuelvan en términos de jerarquía o competencia los posibles conflictos entre normas de ordenamientos diversos, fruto de poderes plurales. Por el contrario lo que dota de existencia a la Comunidad no es el principio de unidad entendido como a nivel interno, sino la aplicación uniforme de sus normas en todos los Estados: la Uniformidad⁵⁷. La uniformidad es el fundamento de la naturaleza del ordenamiento europeo como ordenamiento autónomo, sobre la uniformidad se

construyen los principales elementos de relación del Derecho europeo derivado con los ordenamientos estatales: la primacía y la eficacia directa.

La idea de Uniformidad como fundamento del sistema supranacional puede observarse, en términos de legitimidad constitucional en sentido positivo y en sentido negativo.

a) En sentido positivo, podemos considerar que la idea de uniformidad se expresa en términos subjetivos a través del principio de no discriminación. La aplicación uniforme del derecho europeo sería el mandato formal a los poderes públicos, del que derivaría, como contrapartida la otra cara de la moneda, el principio de no discriminación como vertiente subjetiva. La no discriminación puede considerarse desde esta perspectiva como un acicate de garantía de la individualidad de los sujetos, de las diferencias de los grupos minoritarios. Pues este principio enuncia la imposibilidad de discriminar por motivos de nacionalidad, raza, sexo, religión, convicciones, edad, orientación sexual⁵⁸... Pero en su aplicación este principio significa que, independientemente de las condiciones sociales de los sujetos, las prescripciones del derecho europeo deben aplicarse siempre y en todo caso en todos los Estados miembros del mismo modo. Es decir, la no discriminación, más que una garantía de la diferencia, podría albergar un significado más cercano al de la igualdad ante la ley, pues realmente representa un principio de igualdad de trato⁵⁹.

b) La uniformidad, por tanto, también podrá ser observada desde los mismo postulados críticos posmodernos: como un elemento de unificación de los sujetos y los grupos, como un instrumento de control y dominación (Foucault) a través del derecho de las clases dominantes. Quiero decir que, si no se acompaña de mecanismos adecuados de garantía de los derechos de las minorías, la

55 Así se observa por ejemplo en sus valores expresados en el artículo 2 TUE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

56 Ver F. BALAGUER CALLEJÓN, “La Constitución y las fuentes del derecho”, en ALVAREZ CONDE, E., (coord.) *Administraciones públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998.

57 Por todas me remito a la STJ Simmenthal, C-106/77, de 9 de marzo de 1978. Las diferencias entre los conceptos de unidad y uniformidad se desarrollarían desde la diferencia entre principios de producción del Derecho (unidad) y principios de aplicación del Derecho (uniformidad). Esta diferenciación puede advertirse en J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, 2004; Igualmente, en cuanto a las diferencias entre los conceptos de pluralismo y pluralidad de ordenamientos, diferencia basada en la distinción anterior, ver E. CANNIZZARO, “Il pluralismo dell’ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità”, *Quaderni Fiorentini*, n. 31, 2002, pp. 245 y ss.

58 Queda en manos del Consejo a través de un procedimiento legislativo especial en el que el PE tendría el papel de asentir o disentir a los planteamientos de aquel. Por otro lado, la elaboración del inmenso significado que ha acogido el principio de no discriminación se debe a la jurisprudencia del TJUE, por lo que, podría decirse, que su desarrollo y sus efectos se han hecho depender, en defensa de las minorías, de la casuística y del planteamiento de cuestiones concretas. Es decir, el principio de no discriminación, permite su invocación directa frente a los poderes públicos, pero correctamente invocado ante los jueces nacionales surtiría efectos intersubjetivos, caso por caso, en relaciones jurídicas concretas: no supone ningún tipo de garantía de participación democrática de las minorías en la toma de decisiones de la Unión Europea, que es lo que aquí nos interesa.

59 Entre la amplísima jurisprudencia, a modo de ejemplo, me remito a las Sentencias del TJUE Angonese, de 6 de junio de 2000, C-281/98; Sotgiu, C-152/73, de 12 de febrero de 1974 o Allúe, C-33/88, de 30 de mayo de 1989.



aplicación uniforme del derecho europeo en cada Estado miembro, puede ser observado como un elemento de destrucción de la identidad y la dignidad humana del sujeto. Los valores y principios cuya aceptación constituyen la pertenencia del sujeto a una sociedad determinada, su identidad, no se realizan a golpe de aplicación por los poderes públicos, pues esto puede conllevar situar al sujeto como objeto del derecho (Carlos de Cabo) como mero destinatario de las normas, u objeto de intercambio (de su trabajo), o como mero elemento más del “sistema” que debe ser regulado (consumidor), y no como sujeto de derechos y sobre todo como sujeto participante en la concreción de estos valores.

Ello ocurre si, no hay mecanismos adecuados de participación de los sujetos y sus diversas condiciones en la determinación de los valores esenciales que el derecho deba proteger. Y como sabemos, en el ámbito europeo, no existen adecuados mecanismos de participación de los ciudadanos. Por ello el derecho europeo ha sido tachado de ordenamiento de naturaleza esencialmente económica.

4.3 Contralímites como fragmentación de la uniformización

Frente a esta uniformización, la aplicación uniforme del derecho europeo encuentra límites en los propios tratados. Es el caso de la positivización de la idea de los contralímites constitucionales al derecho europeo establecido en el Tratado de Lisboa en el artículo 4.2 TUE. La idea del respeto del derecho europeo a la identidad constitucional de los Estados. Pero esta positivización, en mi opinión, parece que trata de encajar de nuevo una idea diluida en la UE: el Estado. Frente a la uniformidad del derecho europeo y su naturaleza eminentemente económica se impone un límite constitucional interno que trata de evitar una quiebra de la lógica democrática constitucional a nivel interno. Las carencias democráticas de la Unión se combaten con límites constitucionales internos a la eficacia del derecho europeo a nivel nacional. Pero en mi opinión, la salvaguarda constitucional de la doctrina de los contralímites vuelve a caer sobre el mismo problema de uniformización a nivel europeo: frente a la uniformidad del derecho europeo, como garantía de la identidad constitucional de cada Estado, se impone una noción de identidad constitucional que vuelve a homogeneizar a todos los sujetos del Estado,

una nueva uniformización de los ciudadanos agrupados por identidades constitucionales homogénea, de homogeneidad cultural, erigida de nuevo sobre la idea de pueblo y los elementos modernos del Derecho que parecían, no obstante, haber desaparecido⁶⁰.

Pensemos en las conclusiones de las Sentencias Maastricht⁶¹, o Lisboa⁶², o en las recientes decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre las facilidades de financiación a Grecia, o la reciente cuestión prejudicial contra los mecanismos de financiación del TMEDE⁶³ en los que se enarbolan de nuevo, no sin razón, los conceptos de soberanía parlamentaria⁶⁴. Son, como dice Eleftheriades, utilidades recientes de un concepto democrático basado en la Teoría Colectiva, y no en la democracia sustancial propia del Estado social. Yerra el Tribunal alemán, al conjugar la identidad constitucional en su vertiente de decisión parlamentaria de la mayoría. El TCFA, como dice el autor, parece ignorar que el poder, en un mundo global, no debería residir en la soberanía estatal, sino en la sociedad, pero sobre se equivoca en estas cuestiones de carácter económico pues, “el problema no reside ya en dónde reside el poder, sino en cómo afecta a los ciudadanos”⁶⁵. En fin, se recupera la idea del Estado, del pueblo, de la voluntad general de la mayoría parlamentaria como un intento de freno a la regresión al Estado liberal, pero el efecto es el mismo.

5. LA DESTRUCCIÓN DEL SUJETO DE DERECHO EUROPEO: EL CONSUMIDOR

Lo cierto es que la carencia de procedimientos propios de la democracia constitucional ha significado en la doctrina la crítica recurrente de que el proceso de integración política en Europa se ha desarrollado de manera dispar al proceso de integración económica; la idea de que realmente han sido las necesidades económicas y el ritmo de la construcción del mercado interior el que realmente ha marcado las pautas del proceso de integración. La comunidad de derecho, bajo este prisma, habría respondido a la necesidad exclusiva de una estructura jurisdiccional tendente a la regulación de la economía de mercado abierta y la libre competencia en el territorio de la UE⁶⁶.

El modelo de integración europeo ha prosperado a partir de la consagración de los intercambios como objeto de la reconstrucción y la expansión económica europea⁶⁷. Su fundamento se encuentra en la

60 Sobre la teoría de los contralímites me remito a F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europizzazione dei controlimiti*, Giapiccheli Editore, Turin, 2012.

61 La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán puede encontrarse traducida al español en la Revista de Instituciones Europeas, vol. 20, 3, 1993.

62 Sentencia del TCFA de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09)

63 Tribunal Constitucional Federal, 2 BvR 1390/12 de 18 de marzo de 2014. E ID. BVerfG, 2 BvR 2728/13 de 14 de enero de 2014

64 Permitase la cita a A. AGUILAR CALAHORRO, “La decisión Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 101, 2014, en prensa.

65 Sobre la idea de uniformidad o de utilización de una errónea “Teoría colectiva de la democracia” en las últimas decisiones de Tribunales constitucionales como el Alemán en decisiones como la 2 BvR 1390/12 de 18 de marzo de 2014 me remito a P. ELEFTHERIADES, “Democracy in the Eurozone”, en W. G. Ringe y P. Huber, (eds.), *Legal Challenges arising out of the Global Financial Crisis: Bail-outs, The Euro, and Regulation*; Hart Publishing, Oxford, 2013.

66 C. DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del sujeto...*, cit., p. 106 y ss.

67 El art. 2 TCEE establece que «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un

garantía de las cuatro libertades fundamentales económicas⁶⁸ (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales) que sientan las bases de un espacio económico “conducido” por el principio de la libre competencia. El principal desarrollo del derecho derivado europeo, pero su contenido se ha visto continuamente dirigido por la idea capital de la libre competencia y la construcción del Mercado interior. La preeminencia de un derecho derivado económico⁶⁹.

La reforma continua de los tratados hacia el objetivo del mercado, y la proliferación de derecho derivado de contenido económico ha conllevado que los derechos resultantes para los ciudadanos de este ordenamiento jurídico tengan un carácter predominantemente económico, y que por lo tanto, las pretensiones subjetivas fundadas en derecho europeo hayan sido invocadas en el ámbito de relaciones intersubjetivas (o con los Estados) económicas. El TJ, en base a estas pretensiones, ha deducido derechos de contenido político y social, sin duda, (véase por ejemplo la deriva del principio de no discriminación en las relaciones laborales en el ámbito del derecho a la libertad religiosa o ideológica), pero más que un Tribunal de garantías de derechos de los ciudadanos ha ejercido, siguiendo a Carlos de Cabo, como tribunal objetivo (no subjetivo) de garantía de los principios del sistema de libre competencia⁷⁰.

Como señala de Cabo, puede decirse que el sujeto se ha convertido en un elemento más del sistema, objetivándose (en las relaciones de trabajo o de circulación), de modo que principios como el principio de no discriminación, junto al de libre competencia, han contribuido a un entendimiento del sujeto desde parámetros de “mercado” (capitalismo): desde la perspectiva de las relaciones de intercambio que se deben realizar entre sujetos neutros (libres e iguales)⁷¹, entre sujetos uniformes independientemente de sus condiciones sociales o materiales, pues ¿acaso no queda prohibido discriminar en la aplicación del derecho europeo por motivos sociales?

El ciudadano, como sujeto del derecho europeo ha sido sustituido por la idea de sistema o mercado interno como fin del derecho. Los propios derechos de los ciudadanos atribuidos por el ordenamiento europeo como clave de la comunidad de derecho se observan ahora de nuevo desde la dialéctica a partir de la relación entre sujeto-objeto, propia del ámbito del derecho privado en las construcciones de la modernidad, observándose al sujeto (conforme a la teoría kantiana) como base sobre la que se construye un sistema de derecho subjetivos entendidos como atributos jurídicos que expresan la disponibilidad del sujeto sobre sí mismo (sobre su trabajo en el

marco de la libre circulación de trabajadores de un mercado interno)⁷².

Esta concepción de objetivación o abstracción del sujeto vuelve a ocultar el pluralismo y la desigualdad social, y junto a las carencias democráticas de la Unión, impide que se trasladen las desigualdades no sólo ya al orden jurídico político en formas de mecanismos de participación democrática (mediante su establecimiento en los Tratados como reconocimiento de las desigualdades), sino a la propia comunidad de derecho, a la propia sede judicial, pues ésta se observa como un elemento de garantía de la igualdad formal en la aplicación uniforme del derecho europeo.

La desaparición del ciudadano europeo como sujeto del derecho europeo y su conversión en un elemento objetivo más del sistema, del mercado interno, supone la eliminación del primer y último elemento sobre el que se construía el orden racional moderno en torno al derecho: el sujeto.

5.1 Fundamentos de esta idea

Podría argumentarse en contra de esta simplificación teórica que el ciudadano ha sido revalorizado en el reciente Tratado de Lisboa a través de la concesión del estatus de ciudadano (Segunda parte del TFUE) y la entrada en vigor de la CDFUE, que le devuelven el protagonismo en la escena política europea.

Pero lo cierto es que, por lo general, cuando el ciudadano trata de defender derechos fundamentales en sede europea frente a disposiciones europeas o nacionales lo hace en términos de consumidor. Piénsese, por ejemplo, en el asunto Aziz, Sentencia del TJ de 14 de marzo de 2013 (C-415/11), en la que el conflicto social resultante del drama de los desahucios de los ciudadanos españoles en el marco de la crisis financiera se reconduce en el lenguaje jurisdiccional del Tribunal de Luxemburgo hacia un conflicto entre consumidores de productos financieros hipotecarios, y no asoma por ningún lado el derecho fundamental a una vivienda digna o a la vida privada y familiar⁷³. Observemos también la Sentencia del TJ Pringle de 27 de noviembre de 2012 (C-370/12), sobre la

mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros».

68 Este modelo se instaura sobre la misión de promover un Mercado Común, una Unión aduanera, y el desarrollo de políticas comunes promovidas mediante la armonización de las legislaciones estatales desde el Consejo por un procedimiento basado en la unanimidad. Algunas políticas están previstas formalmente por el Tratado, como la política agrícola común (artículo 38 a 47), la política comercial común (artículos 110 a 116) y la política común de transportes (artículo 74 a 84). Otras pueden lanzarse en función de las necesidades, como precisa el artículo 235 que estipula que: « Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

69 D. CHALMERS, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 510 y ss.

70 C. DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del sujeto...*, cit., p. 106 y ss

71 *Ibidem*.

72 *Ibidem*.

73 Me remito a mi trabajo A. AGUILAR CALAHORRO, “La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda (la eficacia de la directiva 93/13/CE y la tutela de los derechos de los ciudadanos por el TJ”, en I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y M. OLMEDO CARDENETE (Dir.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 509 y ss.



validez de la reforma del artículo 136 TFUE y el Mecanismo Europeo de Estabilidad, donde el TJ resuelve de un plumazo la cuestión de derechos inherente a la creación del mecanismo de financiación afirmando que la CDFUE no se aplica en el ámbito del MEDE, ni frente a los recortes impuestos por los Memorándums de entendimiento derivados del Tratado MEDE, es decir, que cuando están en juego los derechos sociales, las Instituciones europeas que dirigen los mecanismos de rescate del Euro se desvinculan de la Carta de Derechos de la Unión⁷⁴.

En conclusión, el sujeto de los derechos desaparece por obra y gracia del sistema. Su conversión en mero objeto del derecho y de las decisiones políticas mayoritarias o europeas confrontan, actualmente, con la mínima idea de la democracia constitucional.

Por tanto, asistimos ahora mismo a una desintegración de todos los elementos sobre los que se ha construido la teoría del Estado y de la Constitución. A todos los elementos sobre los que se ha construido la ordenación constitucional del poder. En primer lugar asistimos a la desaparición del Estado, sustituido por la idea de la Constitución. Igualmente a la noción de soberanía, labrada desde el principio democrático, en el marco europeo. Finalmente a la idea de sujeto, sustituida por la idea de sociedad en el marco global, y por último, la desaparición de unos y otros ha conllevado ahora la desaparición de los derechos propios del individuo jurídico, de la persona jurídica.

⁷⁴ De nuevo A. AGUILAR CALAHORRO, "La decisión Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 101, 2014, pp. 337 y ss..

No es de extrañar que cada vez más cobren fuerza las teorías sociológicas y filosóficas que preconizan el final de los postulados modernos, del orden racional establecido por la modernidad, y auguran un futuro “posmoderno” sin orden racional alguno, repleto de elementos disgregados autónomos y sin más vinculación concreta que la que le otorga el informal concepto de “globalización” o “sociedad postindustrial”⁷⁵. Estos elementos auguran ahora una nueva “guerra contra la uniformidad”, provocada por la conversión del sujeto de derecho en sujeto de consumo, que caracteriza al posmodernismo⁷⁶.

6. REORDENAR EL CONFLICTO DE LA SOCIEDAD DE CONSUMO

6.1 El fin del metarrelato moderno y el triunfo del capitalismo global

El posmodernismo, comprende que la globalización ha disgregado todos los elementos sobre los que se ha construido tradicionalmente la teoría del Estado y la teoría de la Constitución. Sin duda, acierta Jean François Lyotard⁷⁷ cuando identifica el “agotamiento de los metarrelatos de la racionalidad histórica moderna”. Como señala el autor, la crítica posmoderna ha servido para repensar las formas de organización compacta de lo social que instauró la modernidad (las naciones, las clases, las libertades, etc.), la lucha contra la uniformidad de la modernidad.

Ciertamente en el centro de los planteamientos posmodernos se encuentra una realidad innegable: el triunfo del capitalismo a nivel global. El final del modernismo no puede significar la inexistencia de orden alguno. El orden imperante actualmente es el del capitalismo.

El conflicto en torno al capitalismo, es esencial para explicar el intento de unificación de lo subjetivo en lo objetivo. Y es especialmente importante para comprender la aparición del Estado social. La Constitución democrática y social, desde esta perspectiva sería el momento de articulación definitiva del conflicto fundamental del capitalismo: la dialéctica entre el capital y el trabajo⁷⁸. El capitalismo es la otra cara de la moneda del pensamiento político moderno, y conjuntamente propusieron un sistema que prometía el progreso bajo una racionalidad científica, objetiva, verdadera, de aplicación universal. La idea de la autonomía de la voluntad y la preeminencia del sujeto se encontraba presente tanto en la construcción de la unidad política como en la de los mercados modernos⁷⁹.

Ahora, en un momento global, hemos observado cómo se ponen en entredicho todos los elementos políticos de la modernidad. En cambio, el capitalismo ha encontrado su máxima expresión. Los elementos políticos de la modernidad y del constitucionalismo han sido completamente absorbidos por el mercado y el capitalismo. Por primera vez en su historia, el capitalismo aparece como una “abstracción auténticamente global, divorciado de sus orígenes específicos en Europa⁸⁰”. Su éxito ha sido

75 Me remito a E. GUILLÉN LÓPEZ, “Derecho constitucional y posmodernidad (sobre el fundamento del derecho según Derrida)”, en F. BALAGUER CALLEJÓN (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 301 y ss.

76 M. FEATHERSTONE, *Consumer Culture and Postmodernism*. Sage, Londres, 1991, pp. 83 y ss.

77 J. F. LYOTARD, *La condición posmoderna*, Cátedra, Madrid, 1998, p. 37 y ss.

78 C. DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del sujeto...*, cit.,

79 L. ROBBINS, *Ensayo sobre la naturaleza y significación*, The London School of Economics, mayo 1935 disponible en <http://www.eumed.net/coursecon/textos/robbins/c3.html>.

80 A. DIRLIK, “The Global in the Local”, en R. WILSON y W. DISSANAYAKE (Eds.), *Global/Local. Cultural Production and the Transnational Imaginary*. Londres, Duke University Press, 1998, pp. 30 y ss.

quizás ese, ser eminentemente expansivo, su “comprensión del tiempo y del espacio⁸¹”. Es decir, el de llevar inserta la noción de globalización.

Pero pese a que los “metarrelatos” modernos han desaparecido, y sus elementos han perdido significado, debemos tener claras algunas ideas si pretendemos teorizar en torno a cuestiones globales.

Primero, el concepto de interrelación. Si la globalización nos enseña algo es que sujetos y objetos que no tienen ningún vínculo político en común, que no conviven en el mundo real, sin embargo se encuentran obligatoriamente interrelacionados, sus actos repercuten inevitablemente en unos y otros. Por lo tanto debemos abandonar cualquier perspectiva posmoderna que no se base en la constatación del desorden para posteriormente tratar de reorganizarlo. Pues lo global significa también la interconexión total entre factores múltiples, y todo lo interconectado tiene un inicio aunque su final sea imprevisible⁸².

Segundo, la globalización es un acto del ser humano. Entre estos diversos espacios en los que se advierte el fenómeno nos interesa resaltar que la globalización es básicamente un hecho social, dependiente de decisiones del hombre, un proceso complejo de interacciones humanas⁸³. Por lo tanto el sujeto, como tal,

81 L. HUBER, *Consumo, cultura e identidad en un mundo globalizado. Un estudio de caso en los Andes*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, Perú, 2002, pp. 57 y ss.

82 Desde mediados de la década de 1970 según J. R. CAPELLA, *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 1997, p. 238, este fenómeno advierte una interrelación total entre elementos y factores a escala global: la sociedad, la economía, la cultura, la política, la naturaleza... etc. Todo interfiere en todo y todo depende de todo con un sentido ideológico, añade M. I. GARRIDO GÓMEZ, *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*, Aranzadi, Madrid, 2010. Este aumento de la complejidad relacional, articulada y sustentada a escala planetaria in fluye en todos los ámbitos, de manera que algunos autores han hablado de que no existe un fenómeno de globalización, sino “muchas globalizaciones”, en muy diversos ámbitos y con velocidades diversas. S. PÉREZ GONZÁLEZ, *El Derecho en la Sociedad Global del Riesgo*, REDUR, n.6, 2008, p. 96. M. CARBONEL, “Globalización y Derecho”, consultado en: www.bibliojuridica.org/libros/3/1086/3.pdf Así, por globalización comprendemos una “intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo, por las que se enlazan lugares lejanos de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia”. Así, la globalización explicaría conceptualmente que la quema de un Corán por un telepredicador ultracatólico en Florida en apenas 12 días desemboque en el asesinato de 12 personas en Afganistán.

83 Al ser un fenómeno del hombre la globalización se encuentra vinculada a todas las esferas del ser humano, encontrando como paradigma el ámbito económico y jurídico, que curiosamente interrelacionan y se confunden en exceso. Así la globalización explicaría, por ejemplo, que la escasa calidad de algunos productos vendidos por una empresa americana no sólo pueda tener repercusiones negativas para esa empresa (pongamos su quiebra) sino que desencadene rápidamente una crisis económica mundial, y suponga inmediatamente el endeudamiento de sujetos, e incluso de Estados enteros, muy alejados, aun cuando nunca hayan comprado directamente tales productos. Si el producto es un producto financiero, llamado hipoteca subprimes y una de las empresas que lo comercializaban se llama Lehman Brothers



el ser humano como centro de relaciones y elemento esencial desde el que se reconstruye la modernidad, no ha desaparecido, quizás sí aquel sujeto determinado por su contraposición al Estado, a lo objetivo, al derecho, pero no el ser humano.

Por tanto la búsqueda u observación del sujeto en la globalización, del ser humano, puede servirnos de punto inicial para buscar elementos de construcción de nuevos "metarrelatos" o para tratar de rescatar lo que queda de los antiguos elementos de la modernidad. Asumir la crisis del sujeto del Derecho del Estado constitucional no significa otra cosa que asumir que sus fundamentos no se pueden sostener ya discursivamente a través de la lógica moderna en un mundo globalizado, y que quizás sea interesante introducir en el discurso elementos nuevos y reales para reconstruir al sujeto de la sociedad posindustrial, de la Sociedad de consumo.

Carlos de Cabo nos ofrece un punto de partida, para "deconstruir" el discurso de la modernidad. Pensemos que hemos errado al entender al sujeto como lo privado, y lo público con la función ordenadora-organizativa del Estado. Ahora podríamos: "configurar lo privado [no en términos de propiedad o libertad sino] a partir de las «singularidades sociales» y sustituir lo público por algo bien distinto que se designa como lo común. Lo común se transformaría a través de la cada vez más intensa «intercomunicación entre las singularidades sociales», y este ámbito de singularidades sociales estaría soportado por ese conjunto de singularidades sociales que forman el nuevo sujeto histórico: la «multitud» como algo distinto al pueblo y que se autoorganiza y decide en y a través de la práctica intecomunicativa o interrelacional"⁸⁴.

Pensemos pues en el sujeto global desde las «singularidades sociales». Pesemos en lo público, no como Estado o Constitución, sino como «intercomunicación entre las singularidades sociales».

Holdings Inc rápidamente comprendemos que en este ejemplo, a priori exagerado, ha dejado de señalarse que la calidad de aquel producto ha desembocado en el rescate financiero de estos Estados (Grecia, Portugal, Irlanda, España, Chipre), rescate en el que se implican muchos otros Estados (y las Instituciones Europeas), y que ello trasciende el ámbito puramente económico y ha provocado, además, el cambio de las políticas de esos Estados hacia el recorte generalizado de los derechos sociales, y en algún que otro lugar, desemboque en una revuelta ciudadana, en la dimisión en bloque del gobierno de turno y en la reforma de la propia constitución nacional (Islandia o España). A. GIDDENS, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1993, pp. 67-68.

84 C. DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del sujeto...*, cit., p. 136. Igualmente, M. HARDT Y A. NEGRI, *Multitud*, Debate, Barcelona, 2004.

6.2 El sujeto en la sociedad de consumo

Desde una perspectiva sociológica, las singularidades sociales deben partir de un nuevo tipo de sociedad global. Algunos sociólogos consideran que aquello que identifica hoy al hombre de manera singular en la sociedad son "los mensajes que transmiten hacia otros con el uso de bienes y prácticas"⁸⁵. Esta idea asume las tesis sobre la Teoría del signo cuya base esencial se encuentra en la idea posmoderna de que las sociedades no se encuentran hoy día marcadas o configuradas por la producción capitalista (como argumentaba Marx) sino por el consumo⁸⁶.

Por tanto, utilizando los postulados de los que parte Carlos de Cabo (la noción de Negri y Hardt), las "singularidades sociales" que pueden servirnos para construir una idea de sujeto, o una noción sobre lo privado, podrían expresarse perfectamente hoy mediante la simbología de los objetos que se compran o consumen. Como señaló Giddens, la modernidad ha "desanclado" a los individuos de su contexto tradicional, de modo que se sitúan en la sociedad ya no de acuerdo a su linaje, casta o clase sino a una identidad personal que ellos mismos deben inventar y crear⁸⁷. Es decir, los individuos, en un mundo global y capitalizado, están cada vez más obligados a elegir su identidad, que de esta manera se convierte en una cuestión de selección personal, y los principales canales para la comunicación de la identidad, en un mundo posmoderno marcado por el capitalismo, son los bienes materiales y simbólicos que cada sujeto elige consumir⁸⁸.

La Teoría del Signo en la modernidad cambia por completo el modo de reflexión socio-económico sobre el capitalismo contemporáneo, pues esto significa que el conflicto actual no se representaría ya en términos de capital-trabajo en términos de producción, como en los esquemas marxistas modernos⁸⁹, sino desde la dialéctica producción-consumo. Así, como señala Bauman la "ética del trabajo" se reemplaza ahora por una "ética de consumo"⁹⁰. Es a través del consumo como se expresa la autonomía y libertad del sujeto jurídico, y también mediante el consumo se establecen vínculos que permiten subsumir lo subjetivo (lo individual) en colectivo u objetivo. Como determina Huber, ahora encontramos "comunidades interpretativas de consumidores". Los individuos se identifican mutuamente a través de estilos de vida compartidos y forman su auto imagen a través de la permanencia temporal en grupos que comparten las mismas preferencias y gustos⁹¹ mediante el consumo, la inversión de su tiempo libre, sus lecturas, sus ropas...

Lo cierto es que esta perspectiva en un primer momento encajaría en los esquemas de la deconstrucción de los conceptos modernos antes

85 L. HUBER, *Consumo, cultura...*, cit. p. 14 y ss.

86 J. BAUDRILLARD, *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2009

87 A. GIDDENS, *Consecuencias de la modernidad*, 1ª Ed., Madrid, Alianza, 1993.

88 L. HUBER, *Consumo, cultura e identidad en el mundo globalizado. Estudios de caso en los Andes*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2002, p. 14.

89 "Merced al rápido perfeccionamiento de los instrumentos de producción y al constante progreso de los medios de comunicación, la burguesía arrastra a la corriente de la civilización a todas las naciones, hasta a las más bárbaras. Los bajos precios de sus mercancías constituyen la artillería pesada que derrumba todas las murallas de China y hace capitular a los bárbaros más fanáticamente hostiles a los extranjeros. Obliga a todas las naciones, si no quieren sucumbir, a adoptar el modo burgués de producción, las constriñe a introducir la llamada civilización, es decir, a hacerse burgueses. En una palabra: se forja un mundo a su imagen y semejanza" C. Marx y F. Engels, *Manifiesto del Partido Comunista*.

90 Z. BAUMMAN, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona. Gedisa. 2000. "El mismo papel central que jugaban el trabajo, el empleo, la ocupación, la profesión, en la sociedad moderna, ahora en la sociedad contemporánea lo asume la elección del consumidor". ID. *Libertad*. Madrid. Alianza. 1992.

91 L. HUBER, *Consumo, cultura e identidad...* cit.

expuesta (con todo mi respeto al Profesor Carlos de Cabo, pues sé que no debería ser esa su concepción cuando escribió aquellas líneas, y menos aún de autores como Toni Negri). Lo privado se identificaría con las elecciones del sujeto sobre qué o cómo consumir, qué ropa vestir, qué bebidas tomar, qué música escuchar o qué canal de televisión ver. Estas elecciones personales identificarían automáticamente al sujeto dentro de unas determinadas «singularidades sociales» entre la multitud, intercomunicándose a un tiempo con otros sujetos o grupos, y dando un paso más, teniendo su elección personal una automática expresión sobre las decisiones del mercado y las decisiones de producción, como qué producir, para quién producir... Pues el consumo marca la producción en el mundo capitalista global.

Desde esta perspectiva podríamos considerar que el derecho de ser ciudadano, desde una perspectiva posmoderna, se podría condensar en el derecho a decidir cómo se producen, se distribuyen y se usan los bienes que se producen en el espacio global: el derecho a consumir y a decidir qué se consume.

Una perspectiva democrática de este tipo de ciudadano consumidor debería tender a evitar que ese derecho quedase restringido otra vez a las élites. En otros términos, con García Canclini, podemos decir que “debemos preguntarnos si al consumir no estamos haciendo algo que sustenta, nutre y hasta cierto punto constituye un nuevo modo de ser ciudadanos. Si la respuesta es positiva, será preciso aceptar que el espacio público desborda ahora la esfera de las interacciones políticas clásicas. Lo público es «el marco mediático» gracias al cual el dispositivo institucional y tecnológico propio de las sociedades posindustriales es capaz de presentar a un «público» los múltiples aspectos de la vida social⁹²”.

El sujeto se podría identificar ahora en torno a las singularidades sociales expresadas mediante sus posibilidades y elecciones de consumo.

Aunque esta idea, desde una perspectiva constitucional sobre el sujeto del derecho, puede parecer un disparate (y quizás lo sea), lo cierto es que globalización y capitalismo han coadyuvando al desarrollo de un nuevo tipo de sistema social innegable: el sistema de consumo de la sociedad moderna. La sociedad de consumo es definida por Bauman como “una cultura de hombres y mujeres integrados a la sociedad más que nada como consumidores. Aspectos de la cultura del consumidor, explicables solamente en términos de la lógica del mercado, se imponen sobre todos los otros aspectos de la vida contemporánea -si es que queda algún otro aspecto no afectado por los mecanismos del mercado. Por lo tanto, cada componente de la cultura se convierte en una mercancía y queda subordinado a la lógica del mercado, fuese a través de mecanismos directos y económicos o indirectos y psicológicos. Todas las percepciones y expectativas... están moldeados dentro de una nueva institución “fundacional” -el mercado⁹³”.

Así que debemos lidiar con que vincular hoy día al sujeto histórico al concepto de consumidor sería relegar el espacio público al ámbito del mercado. Pero, ¿por qué no asumirlo por un momento en esta pequeña reflexión si es de facto asumido en el ámbito político y jurídico? Véase la reforma del artículo 135 CE que dispone sin tapujos que el Estado y todos los sujetos deben someterse políticamente a la lógica acreedor-deudor (la

regla de oro del equilibrio presupuestario y el compromiso constitucional de preeminencia del pago de la deuda soberana sobre cualquier otra)⁹⁴.

6.3 ¿Porqué asumir el consumo en perspectiva constitucional?

Asumir al sujeto de derecho del siglo XXI como ciudadano consumidor identificable a través de “singularidades sociales” marcadas por sus pautas de consumo podría tener su sentido desde una perspectiva constitucional.

El derecho constitucional requiere de la identificación del poder, para cumplir con su primera función: ordenarlo y legitimarlo. El problema esencial es que en una sociedad globalizada la determinación del poder se hace prácticamente imposible, pues todo interfiere en todo. Podríamos asumir que como señala Arif Dirlik, la sociedad actual es globalocéntrica y globalitaria: “Es globalocéntrica porque asume a priori, sin cuestionamiento, la existencia de una estructura de poder en la cual lo global necesariamente domina lo local. Es globalitaria porque asume que flujos y procesos transnacionales determinan las iniciativas locales para el cambio⁹⁵”. Si el poder en la globalización se entiende ahora como la dominación de lo global sobre lo local, las elecciones de los consumidores locales no sólo darían lugar a la identificación de «singularidades sociales» (entendido ahora como una identificación de lo privado o subjetivo) sino que esas pautas identitarias locales podrían influir e imponerse en el nivel global, por tanto cabrían posibilidades de limitación del poder o simplemente de alteración de las pautas globales de comportamiento por la interacción con pautas locales.

Explicemos lo anterior. Pensemos, que el fenómeno de la globalización es un fenómeno social. En tanto que social, del producto de la globalización se desprende

92 N. GARCÍA CANCLINI, “Consumidores y ciudadanos”, *Diálogos de la Comunicación*, n. 30, 1991, <http://www.dialogosfefafacs.net/>

93 Z. BAUMAN, *Legisladores e intérpretes: sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*, Ediciones de la Universidad nacional de Quilmes, Buenos Aires, 1997, pp. 116 y ss.

94 Por todos me remito a J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, “La crisis de deuda soberana y la reforma de artículo 135 de la Constitución española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 137, 2013, pp. 679-712

95 A. DIRLIK, “Chinese History and the Question of Orientalism”, *History and Theory*, n. 4, 1996, pp. 96 y ss.



una interrelación de formas culturales que han dado lugar al fenómeno conocido como “glocalización”, fenómeno con el que Robertson entiende la globalización de un modo dinámico y dialéctico por el que se produce una paulatina institucionalización global en la construcción de los particularismos locales⁹⁶. La “glocalización” supone un modo de interrelación cultural que De Sousa Santos divide en un “localismo globalizado” y un “glocalismo localizado” proceso por el que un fenómeno local se globaliza y, por el contrario, una práctica transnacional influye de manera determinante en las condiciones locales⁹⁷. La “glocalización” podría entenderse como un pseudo-mecanismo de legitimación, en tanto que el sujeto (las singularidades sociales identificadas mediante pautas de consumo o comportamiento) tendría posibilidades de influir en el “globalocentrismo” (en el poder dominante).

Pese a todo podría argumentarse que la idea que manejamos parte también de un error material. ¿Qué ocurre con los ciudadanos que no tienen acceso a determinados bienes de consumo? ¿Qué ocurre con los nuevos ricos y pobres globalizados desde la perspectiva de su acceso al consumo? Quizás este sea el problema real que encuentre la utilización del consumo como mecanismo de vertebración del nuevo sujeto histórico o del sistema político.

Como señala Bauman: “... el conflicto entre ricos y pobres significaba estar amarrados por toda la vida en una dependencia mutua [capital/trabajo], y esta dependencia significaba la necesidad de conversar y buscar compromisos y acuerdos. Eso se da cada vez menos. No queda muy claro acerca de qué los nuevos ricos “globalizados” y los nuevos pobres “globalizados” podrían conversar, por qué deberían sentir la necesidad de llegar a compromisos y qué tipo de modus coexistendi mutuamente acordado podrían buscarg⁹⁸”. En este caso, sin embargo, los nuevos ricos y pobres tienen aún una dependencia fundamental

si se observa en términos de consumo. Los productores necesitan de consumidores y, especialmente, prestarán atención a las preferencias de los consumidores. La lógica del mercado de consumo supone que cuantas más personas tengan acceso al consumo mayores beneficios obtendrán los productores, mayor demanda, mayor valor de los productos...

Y el problema del posible acceso inmediato al consumo o a aquellos bienes de valor superior también ha planteado en la sociología la investigación sobre las “Instituciones de facilitación del consumo”: instituciones de crédito que favorecen la masificación del consumo en clases medias y bajas. Tomás Moulián ha investigado este tipo de acceso al crédito como una posible “democratización del crédito”⁹⁹. Las instituciones de financiación y facilitación del consumo pueden observarse, como hace este autor, como una forma de facilitación de la participación de la ciudadanía mediante el consumo. Ciertamente, como señala Tomás Moulián, estas instituciones permiten, por un lado, aminorar la rigidez de los ingresos y permiten igualmente aminorar la carencia de políticas sociales por parte del Estado; y por otro lado repercuten positivamente directamente en el ámbito político: en el Estado de bienestar.

Frente a esta idea podría argumentarse, con razón, que el acceso al crédito ha supuesto precisamente el origen del desastre económico y financiero en el que se encuentra ahora Europa. Pero, ciertamente este desastre del abuso de las entidades de crédito no ha sido provocado por los consumidores o deudores, sino por las propias entidades de crédito. Como señala Moulián, la vigilancia de las condiciones sociales, laborales, económicas que dan lugar al crédito, realmente son auto-vigiladas por los consumidores, pues, “consumado el deseo hedonista el consumidor crediticio debe transformarse en un cliente austero, que cumple para permanecer en la cadena del placer adquisitivo”¹⁰⁰. Moulián no es un ingenuo, pues comprende que el crédito y el consumo dependen de otros factores externos: “la necesidad de vigilancia no proviene sólo de la prudencia que siempre tienen los prestamistas. También es la resultante de un problema estructural de las economías neo-liberales que incitan al consumo pero proveen de trabajos precarios”. Aquí sitúa precisamente el núcleo del nuevo conflicto neoliberal: la tensión entre las necesidades de funcionamiento del mercado crediticio y las de los mercados laborales. Este conflicto es el conflicto actual existente en las “recetas” de austeridad y reformas impuestas desde instancias internacionales y europeas a los países del sur de Europa. El problema derivado de la disminución de la inversión pública que disminuye el consumo al tiempo que se flexibilizan los mercados de trabajo y se impide el poder adquisitivo. Estas recetas no comprenden la dialéctica que plantea Moulián, sino que consideran ambos elementos propios de una misma ideología y actuación gubernamental.

Pero quizás, en la reflexión sobre qué tipos de objetos o bienes son de consumo imprescindible en cada sociedad singular, puedan poco a poco, distinguirse y adaptarse diferentes tipos de crédito (tanto público

96 R. ROBERTSON, *Glocalización: tiempo-espacio y heterogeneidad-homogeneidad*, Zona Abierta, 2000, pp. 92-93.

97 B. DESOUSASANTOS, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2002, pp. 56 y ss. Ver una exposición más amplia de las diversas definiciones de Globalización en M. I. GARRIDO GÓMEZ, *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*, cit., pp. 17-23.

98 Cfr. Z. BAUMAN, *Globalization: The Human Consequences*, Nueva York, Columbia University Press, 1998, p. 44.

99 T. MOULIÁN, *El Consumo me consume*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1998, pp. 38 y ss.

100 *Ibidem*, p. 41

como privado) y diversos mercados de trabajo. Como observa García Canclini, “además de ser útiles para expandir el mercado y reproducir la fuerza de trabajo, para distinguimos de los demás y comunicarnos con ellos, «las mercancías sirven para pensar». Es en este juego entre deseos y estructuras que las mercancías y el consumo sirven también para ordenar políticamente cada sociedad. El consumo es un proceso en el que los deseos se convierten en demandas y en actos socialmente regulados¹⁰¹”.

Otra cuestión que enlaza el consumo directamente con una materia constitucional es que entender ahora las elecciones de los consumidores como un elemento político de estructuración de la sociedad actual permitiría recomponer diferentes facetas de un posible ciudadano cosmopolita.

Aquí podemos enlazar con las diferentes nociones de pueblo o identidad que se barajan en la UE por Häbermas o Grimm. La identidad del ciudadano con la sociedad se realiza mediante su participación en el espacio público en el que se decantan poco a poco los valores que mueven tal sociedad¹⁰². Esta es una imagen paralela a la de las “singularidades sociales” y las “interrelaciones”.

García Canclini considera, concretamente en el ámbito del consumo, que “ser ciudadano no tiene que ver sólo con los derechos reconocidos por los aparatos estatales a quienes nacieron en un territorio, sino también con las prácticas sociales y culturales que dan sentido de pertenencia y hacen sentir diferentes a quienes poseen una misma lengua, semejantes formas de organizarse y satisfacer sus necesidades”. La idea central es que ahora los derechos importan como algo que se construye y cambia en relación con prácticas y discursos: “Los derechos son reconceptualizados como principios reguladores de las prácticas sociales, definiendo las reglas de las reciprocidades esperadas en la vida en sociedad a través de la atribución mutuamente acordada (y negociada) de las obligaciones y responsabilidades, garantías y prerrogativas de cada uno¹⁰³”.

6.4 Finalmente, cómo asumir el consumo desde la Constitución

En este punto puede el lector comprender que el concepto de consumo como momento de elección y de producción de una identidad social se enlaza con dos premisas háberlianas: por un lado la idea de dignidad humana, concepto que se construye desde la identidad del sujeto con una sociedad; por otro lado, con el concepto de “cultura constitucional”, definida como la suma de actitudes subjetivas, ideológicas, experiencias, expectativas y acciones que los ciudadanos, grupos y órganos estatales despliegan en su comprensión de la Constitución. Desde estas dos ideas Häberle marca el acento sobre la idea de la Constitución como fundamento del Estado y la sociedad, donde el núcleo duro de la misma se encuentra en la idea de la sociedad plural que emerge en el espacio público, por tanto

la Constitución debe ser un marco que fomente ese pluralismo¹⁰⁴.

Desde esta perspectiva, quizás, si las elecciones de consumo tienen algo que decir sobre las “singularidades sociales” quizás la Constitución debería tomar nota de tales elecciones e incluir un mayor número de disposiciones en los que se afiancen determinados bienes o usos. ¿Por qué no especificar el qué producir, o cómo producir en términos constitucionales? Pensemos en el ecologismo. ¿Por qué no constitucionalizar directamente derechos de los consumidores en la Constitución en lugar de dejárselos al legislador? ¿Por qué no valorar límites o mínimos de consumo de determinados bienes? Pensemos en la pobreza energética. ¿Por qué no democratizar ciertamente el crédito y el acceso al consumo crediticio a través de mínimos y máximos establecidos? Y asumo también las cuestiones críticas, ¿Qué es lo útil para la vida en este planeta? Pregunta fundamental enlazada con la reflexión sobre el concepto “dignidad humana”. O también, ¿qué es lo que el ser humano debe producir para su vida y la de las demás especies vivientes? ¿Cuál es el trabajo útil y cuál es el trabajo inútil en términos de globalización que llevan a cabo los humanos? ¿Qué significaciones imaginarias sociales ha creado el humano en las llamadas sociedades modernas? ¿Qué es lo que realmente necesita el ser humano para vivir en este planeta? ¿Qué producir?, ¿Para qué producir? ¿Cómo producir? ¿Para quién producir?

La Constitución debería decir muchas cosas sobre los objetos, bienes de consumo esenciales, si éstos realmente representan el simbolismo social que la sociología actual considera, si éstos permiten identificar al sujeto con determinadas singularidades sociales y si el sujeto participa a través del consumo cada día y no a través del voto. Las cuestiones anteriores no se pueden dejar meramente a la “mano

101 N. GARCÍA CANCLINI, “Consumidores y ciudadanos”, *Diálogos de la Comunicación*, n. 30, 1991, <http://www.dialogosfelafacs.net/>

102 Ver D. GRIMM, “Does Europe need a Constitution”, en GOWAN, P., y ANDERSON, P., (eds), *The question of Europe*, Maxwell, Londres-Nueva York, 1997, pp. 254 y 255. En el mismo sentido, centrado en las posibilidades de integración de Europa a través de una constitución ver también, D. GRIMM, “Integración por medio de la constitución. Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.15, 2004, pp. 53-69. Para un análisis sobre las diversas posturas ver R. BUSTOS GISBERT, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, IVAP, Bilbao, 2005. pp. 80-87. Esencialmente ver J. HABERMAS, *Facticidad y Validez (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*, quinta edición, Trotta, Madrid, 2008, especialmente el capítulo dedicado a “Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia”, pp. 363-406. O también, J. HABERMAS, J., “Reply to Grimm”, en GOWAN, P., y ANDERSON, P., (eds) *The question of Europe*, cit., p. 264.

103 N. GARCÍA CANCLINI, “Consumidores y ciudadanos”, cit.

104 A lo citado anteriormente añadido P. HÄBERLE, “La Constitución como cultura”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 6, 2002



7. CONCLUSIONES

Por supuesto, no niego que ni siquiera yo estoy convencido de la bondad de esta idea. No faltan críticas. Como señala Fernando Panesso “El consumo no es la medida del progreso ni de la felicidad, ni es el medio de democratizar la vida. Es el medio por el cual se preserva la discriminación y el poder. Es la expresión de la esencia de la sociedad de clases. Se quiere eliminar en nuestros días el lastre que pesa sobre el objeto ocioso, sobre la concupiscencia, sobre la carga de significaciones con los cuales la mente humana lo ha revestido, quiere desinvertirlo de ese ropaje de signo de poder, de jerarquía, de status, de distinción, de ese toque aristocrático, pero no, no puede [...]. Detrás de la producción capitalista; detrás del consumo y detrás de la teoría del valor, se esconde una subjetividad del ser humano”¹⁰⁶.

Quizás sea cierto que “sólo una sociedad autónoma, de individuos autónomos, lúcida, que pueda darse para si sus propias leyes, su propia autoinstitución, su propia autogestión, su propio autogobierno puede llevar a cabo el proyecto humano en esta mansión planetaria”. Pero sólo he pretendido forzar un poco lo políticamente correcto en el pensamiento constitucional y por un momento observar las razones del posmodernismo, pues creo que ciertamente, cuando los constitucionalistas tratamos de determinar el contenido esencial de un derecho, de analizar procedimientos de decisión, de teorizar sobre el Estado y su legitimidad, sobre la democracia, la aplicación y producción del derecho... Cuando tratamos de objetivar lo subjetivo y debatimos sobre el sistema político, nos olvidamos de dos ideas esenciales: qué es lo que hace feliz al hombre en su día a día, que es lo que realmente quiere cada persona, dónde está el sujeto individual en la abstracción del derecho público, dónde quedan las esperanzas personales de cada sujeto... tan distinto...

El profesor Juan Carlos Rodríguez lo expresa de manera lúcida y penetrante respecto de los pensadores marxistas, pero creo que estas palabras que a continuación utilicé bien se podrían aplicar a los teóricos del derecho:

“(...) el capitalismo ha conseguido lo que nosotros jamás hemos planteado, ha dado en la clave de todo, es el problema de la subjetividad, la gente quiere ser feliz (...), pero nosotros nos hemos olvidado del yo, de la explotación del yo, qué tipo de subjetividad nos ha creado el capitalismo pues ¡nacemos capitalistas! (...): la gente quiere ser feliz y nosotros no hemos dado ni un solo horizonte de felicidad, de subjetividad, ni uno solo. Nos hemos preocupado de miles de cuestiones públicas, para entendernos, pero ni de una sola cuestión privada. El marxismo no ha dado ni una sola alternativa, las tiene todas para poderlo hacer, pero no hemos hecho nada, solo hablar de un «humanismo» barato, pequeño burgués, no desde la felicidad del sexo a la felicidad del cuerpo, no hemos hablado de las mujeres ni del miedo a la muerte, los sueños, las angustias personales, todas esas cosas que son la vida de cada persona y no tenemos más que la vida. Lo hemos excusado todo como con urgencia(...) Tenemos que hacer los planes quinquenales, tenemos que luchar en las guerrillas, tenemos que vencer en tal sitio; de acuerdo, todo eso ha sido muy importante, pero al llegar a tu casa luego te encuentras solo y la soledad duele”.¹⁰⁷

invisible del consumo”, pues el consumo es una facultad vital del ser humano que no depende en exclusiva de la variante coste-beneficio, sino de otras variantes auténticamente constitucionales como la “identidad” y por supuesto la “dignidad humana”.

Sería útil, en este sentido, recoger la noción de “anomia” introducida por Émile Durkheim en su obra “La división del trabajo social y El suicidio” y cuyos principios y leyes formuló posteriormente Robert K. Merton en la obra “Teoría social y estructura social”. La anomia representa una disociación entre los objetivos culturales y el acceso de ciertos sectores sociales a los medios necesarios para cumplir tales objetivos culturales. Surge cuando la relación entre los medios y los fines se debilita. En este caso Durkheim creó el concepto para explicar la idea del suicidio social. Pero también podría identificarse con otro tipo de nociones sociológicas como la de “alienación” en Marx¹⁰⁵.

La anomia es una patología social provocada por objetivos marcados por la sociedad y la diferencia con los medios del sujeto individual.

Robert K. Merton formuló las leyes que, al incumplirse, conducían a la anomia. Léanse estas leyes desde la perspectiva del consumo como lenguaje social y construcción de la identidad, pero también piénsese ahora en el papel que podría jugar la Constitución como marco de regulación de las elecciones de los consumidores y los productores.

La anomia se produce cuando se incumplen las siguientes leyes: a) Los fines culturales como deseos y esperanzas de los miembros de la sociedad. b) Unas normas que determinen los medios que permitan a las gentes acceder a esos fines. c) El reparto de estos medios. Estas “leyes” sociológicas merecen su reflexión desde la perspectiva constitucional y desde el marco de la Constitución económica, pero para ello debe identificarse claramente al sujeto de estas normas constitucionales: un sujeto legítimamente consumidor.

¹⁰⁵ En este sentido ver J. PEY IVARS, “Alienación y consumo”, Revista Internacional de Filosofía, n. 51, 2010, pp. 59-75

¹⁰⁶ F. PANESSO, “El consumo de la ideología consumista”, Tendencias, n. 1, 2009, pp. 63 y ss.

¹⁰⁷ J. C. RODRÍGUEZ, De qué hablamos cuando hablamos de Marxismo, Akal, Madrid, 2013, p. 156.

Tesinas





El Reto de Garantizar el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en Guanajuato

MARÍA DE LOURDES
CÁSARES ESPINOSA

TUTORA: DRA. ANA MARÍA RUBIO CASTRO



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar la situación actual del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de las mujeres guanajuatenses. Expone la problemática que prevalece en el estado de Guanajuato, incluye el marco jurídico con el que se cuenta y menciona los esfuerzos que ha realizado el gobierno para la erradicación de la violencia contra las mujeres en el estado. Sin embargo el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia continúa presentándose como un reto constante. Este informe pretende partir de la premisa de que el problema tiene raíces profundas que provienen de patrones socioculturales discriminatorios que han permanecido históricamente en perjuicio de las mujeres.

SITUACIÓN ACTUAL

La violencia hacia el género femenino en Guanajuato y el machismo que prevalece es un problema que se hace cada vez más visible. Entre 2013 y 2015 las violaciones a mujeres en la ciudad de León aumentaron un 59% según informó el Observatorio Ciudadano de León (OCL). El hecho de que dos agentes de la policía municipal abusaran sexualmente de unas menores de 12 y 14 años de edad y otro más a una chica de 16 años, ha causado gran escándalo e indignación en la población ya que la autoridad que debe velar por la seguridad fue la que cometió el delito y el abuso de poder. El alto índice de muertes violentas de mujeres y los feminicidios son también notorios. Una serie de datos indica lo siguiente:

El sistema de llamadas de emergencia de la ciudad de León registra la violencia familiar como la número uno.

Los casos de violencia doméstica han aumentado en un 200% en la atención que brinda el Poder Judicial en el Estado de Guanajuato en comparación con el 2010.

47% de las mujeres de 15 años y más han sufrido violencia en el ámbito familiar a lo largo de la relación de pareja (Encuesta Nacional ENDIREH, 2011).

En 2010 se registraron 2,335 defunciones femeninas con presunción de feminicidio: 6.4 al día. (ONUMJERES, INMUJERES, 2012).

La Organización Mundial de la Salud informa que el 38% de muertes de mujeres son cometidos por parte de su pareja.

80 % de las víctimas del delito de trata son mujeres, y de éstas, 43 % son menores de edad. En tanto, de más de 2 mil averiguaciones previas por este crimen, sólo en 182 de ellas se emite una sentencia.

De acuerdo al Banco Estatal de Datos e Información sobre Casos de Violencia contra las Mujeres, el municipio de León registró un total de 1,672 casos de violencia contra la mujer en el periodo del 01 de Enero al 30 de Junio del 2015 y 1,066 casos en periodo de julio a diciembre de 2015. El municipio de León es el de mayor incidencia en relación a los casos de violencia contra las mujeres en el estado de Guanajuato.

La presencia de conductas de violencia de género favorece la presencia de comportamientos delictivos como las lesiones y el homicidio.

La violencia de género representa una de las manifestaciones con mayor reproducción por parte de los menores y jóvenes expuestos directa e indirectamente a ella.

Las estadísticas y características de la violencia de género exigen una respuesta de la sociedad y una acción contundente y comprometida de

las instituciones y de la ciudadanía. Como país hay una deuda pendiente con las mujeres, urge garantizar el acceso a la justicia de quienes han sido víctimas de la violencia de género y castigar a quienes la cometen.

MARCO NORMATIVO

El estado de Guanajuato tiene un gran marco jurídico internacional, nacional y estatal que protege y defiende los derechos de las mujeres buscando su acceso a una vida libre de violencia. Específicamente se cuenta con la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia cuyo objetivo es: Fortalecer las acciones de Gobierno del Estado dirigidas a prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; La Ley para la Igualdad entre Mujeres y Hombres cuyo objetivo es establecer la responsabilidad del Estado y los municipios para generar el marco normativo, institucional y de políticas públicas para impulsar, regular, proteger, fomentar y hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, impulsando el empoderamiento de las mujeres en las esferas familiar, política, civil, laboral, económica, social y cultural, de manera enunciativa y no limitativa, a fin de fortalecer y llevar a la población guanajuatense hacia una sociedad más solidaria y justa; La Ley para Prevenir, Atender y Erradicar la Trata de Personas en Guanajuato tiene como objetivo dar las medidas de atención, asistencia y protección, beneficiar a todas las víctimas, ofendidos y testigos de la trata de personas, con independencia de si el sujeto activo ha sido identificado, aprehendido, juzgado o sentenciado, así como de la relación familiar, de dependencia, laboral o económica que pudiera existir entre éste y la víctima, ofendido o testigo. Podemos incluir el nivel Federal agregando la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura que tiene por objeto la prevención y sanción de la tortura y se aplicará en todo el territorio nacional en Materia de Fuero Federal y en el Distrito Federal en Materia de Fuero Común. Se puede decir que el punto de vista interno cumple con los derechos fundamentales constitucionales.

El marco normativo internacional comprende: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) La Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia



MARÍA DE LOURDES CÁSARES ESPINOSA

Es licenciada en Ciencias y Técnicas de la Información (UIA). Tiene un máster en Derechos Humanos por la Procuraduría Estatal de los Derechos Humanos (PDHEG) y la Universidad de Granada (UGR), y cursó un Diplomado en Perspectiva de Género y Transversalidad de Políticas de Género en la Universidad Anáhuac. Ha realizado múltiples diplomados en Teorías de Género, Normatividad Internacional, Nacional y Estatal, Derechos Humanos de las Mujeres y Prevención de la Violencia contra las Mujeres por el Instituto para las Mujeres Guanajuatenses (Imug) y la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Unidad Xochimilco. Colaboradora del periódico a.m., con la columna "Acento de Mujer", ha escrito tres libros de cuentos infantiles con valores en igualdad de género. Es presidenta ciudadana del CEPASV del estado de Guanajuato, y fundadora y directora de Más por las Mujeres A.C.

contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) La Convención y Protocolo sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención CEDAW). La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que es uno de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos contra la tortura. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y entró en vigor el 26 de junio de 1987. La Convención busca impedir absolutamente el uso de las torturas por parte de los Estados, sin admitir ninguna excusa ni situación extraordinaria, como la guerra o cualquier otra emergencia. Los órganos: sus mecanismos y procedimientos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM).

DERECHOS HUMANOS PARA TODOS Y TODAS

Equivocadamente se podría pensar que los derechos humanos están garantizados por el hecho de que existan leyes que los contengan, pero la realidad es otra. Las leyes son normas jurídicas establecidas por una autoridad competente que ordena, prohíbe o permite y a la cual se debe obediencia. ¿Es suficiente tener leyes para garantizar los derechos?

Thomas Jefferson es uno de los padres de la Declaración de Independencia de Estados Unidos, fue un luchador nato por los derechos civiles y en más de una ocasión declaró que la esclavitud era un crimen abominable y que todos los seres humanos somos iguales en derechos. Sin embargo, a lo largo de su vida tuvo a su cargo a centenares de esclavos trabajando para él.

Los serbios que violaron y torturaron salvajemente a miles de mujeres musulmanas cuando la antigua república yugoslava optó por la independencia, no se reconocen culpables de esa atrocidad y la justifican alegando que eran musulmanas. Con estos ejemplos podemos darnos cuenta que en esta cuestión de la igualdad de derechos para todos y todas existen muchas incongruencias. ¿Qué acaso los esclavos negros no eran personas? ¿Las mujeres musulmanas no eran personas? Pues tan obvio que esto resulta para algunos hay quienes tienen un concepto de ser humano restringido y adecuado a su conveniencia.

Estos ejemplos podrían ayudarnos a entender lo que acontece con los derechos de las mujeres. Aunque tengamos todas las leyes de la Constitución y del Estado que aseguran que hombres y mujeres son iguales ante la ley y que tienen los mismos derechos, es difícil garantizar esa igualdad. Aunque exista voluntad gubernamental existen factores que deben ser considerados para poder eliminar la amplia brecha que existe entre los derechos de las mujeres y sus garantías.

Cuando Hillary Clinton aspiró a la candidatura presidencial de Estados Unidos en 2008, sufrió ataques discriminatorios por su condición femenina. Cito como ejemplo el de unos hombres que le gritaron que les planchara las camisas. A lo largo de la Historia se repite con frecuencia la sentencia de que los deberes de las mujeres son cuidar a los hijos y hacerse cargo de su casa. Este pensamiento ha obstaculizado el desarrollo legítimo que las mujeres requieren.

En este punto se podría cuestionar la universalidad de los derechos humanos. Si no eres blanco o si no eres hombre ¿no se es sujeto de derechos?

En el libro “Teoría de la Justicia”, John Rawls parte de una sociedad pluralista en la que hay que elegir principios sin saber qué lugar tendrías en la sociedad. Podrías pertenecer a cualquier raza, religión, nivel económico, género. ¿Qué principios de justicia elegiríamos? ¿Cómo nos protegeríamos? Si yo fuera indígena, si yo fuera mujer, si yo fuera homosexual ¿Qué derechos elegiría? Seguramente de que si nos ponemos en la situación de alguien más nuestra postura sería más tolerante y sobre todo justa.

Organismos nacionales e internacionales han reconocido que la violencia contra las mujeres es una expresión de estructuras basadas en la desigualdad y el abuso de poder que se fundamentan en la asignación de roles según el sexo y del otorgamiento de un valor superior a los considerados como masculinos. Los estereotipos de género que consideran la supremacía del hombre y la subordinación de la mujer reproducen y multiplican la violencia de género.

Durante mucho tiempo se consideró que el derecho natural era incuestionable y era previo a la ley, pero han sido estos mismos derechos los que por “naturaleza” han subordinado a la mujer posicionándola en el ámbito doméstico e impidiendo que se educara en la universidad o que simplemente aprendiera a leer y escribir.

¿Cómo disminuir la brecha existente entre los derechos de las mujeres que se proclaman en las leyes y la garantía de que realmente se cumplan? Si la ley dicta que las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia ¿por qué siguen siendo violentadas? ¿Cómo garantizar ese derecho?

APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

La perspectiva de género se encarga de cuestionar, analizar y proponer nuevas formas de vivir y visualizar los géneros en un contexto de respeto por la diversidad y los derechos humanos. Cuando las diferencias implican inequidad y desigualdad deben ser cambiadas.

El rezago de la vivencia de derechos de las mujeres en el Estado tiene su origen en los roles socioculturales que mujeres y hombres practican en la vida cotidiana, no proviene de la naturaleza, es un aprendizaje cultural en el cual prevalece la supremacía de lo masculino al que se le otorga el poder y el control de las mujeres ya sean madre, esposa, hija, hermana, empleada o colega. Cuando las mujeres escapan a ese control, la violencia surge como castigo.

¿Cómo puede el gobierno luchar contra una forma específica de ver el mundo? ¿Cómo romper con modelos, estereotipos y patrones estructurados de miles de años? Esta ruptura implica también que la parte que ha gozado con el poder y el control pierda lo que han sido privilegios.

No se puede perder de vista que el Estado no sólo es el garante de los derechos sino también el violador como se vio en el ejemplo citado anteriormente de los agentes de policía y en el conocido caso del “Campo Algodonero” acontecido en diciembre de 2009 y llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual publicó la sentencia en la que condena al Estado mexicano por violar los derechos humanos de tres mujeres desaparecidas, torturadas y asesinadas en Ciudad Juárez, México; así como por violar derechos humanos de sus madres y familiares.

Se responsabilizó al Estado por “la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada”.

Es necesario el ejercicio de la independencia del poder judicial para la garantía de la violación de los derechos. En este caso de Campo Algodonero en el cual el Estado era violador de los derechos se tuvo que recurrir al apoyo internacional de la Corte. Recordando a Federico II de Prusia, un Rey que jamás doblegó su voluntad ante hombre alguno pero que respetaba la justicia y se hizo proverbial lo dicho por su súbdito el molinero al defender su molino cuando el derecho se impone sobre la arbitrariedad: “Menos mal que hay jueces en Berlín”.

Los mecanismos e instrumentos internacionales y regionales contribuyen a ampliar y fortalecer las estrategias de protección de los derechos de las mujeres. La jurisprudencia en materia de violaciones específicas a los derechos humanos de las mujeres en razón de su género, así como los estándares internacionales de protección para hacer efectiva la reparación del daño a las víctimas constituyen también un gran avance. Además de los sistemas jurídicos existen órganos facultados para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar estos derechos y que tengan la voluntad de ejercitar sus poderes sin discriminación de ningún tipo.

Obstáculos que se pueden presentar en la garantía de los derechos humanos de las mujeres

Así también es importante tener en cuenta los diversos obstáculos que se pueden presentar para garantizar con efectividad los derechos de las mujeres. A continuación citamos algunos de mayor relevancia:

Ignorancia y falta de conocimiento. Las titulares de estos derechos deben tener conocimiento de su existencia y deben ejercitarlos para que sean respetados y garantizados.



La renuencia, falta de sensibilidad o de capacitación por parte de quienes operan la justicia, para actuar frente a los casos de violencia o discriminación contra las mujeres son un gran obstáculo para la garantía.

El desconocimiento generalizado de la legislación estatal y de los recursos y mecanismos que ofrecen los sistemas de protección internacional para los derechos humanos de las mujeres.

La falta de formación en la materia por parte de las organizaciones de mujeres.

La falta de impulso a la creación de jurisprudencia en este ámbito.

No haber incidido lo suficiente en los órganos de protección de los derechos humanos.

No haber aprovechado lo suficiente la experiencia acumulada en otros campos de protección internacional de los derechos humanos, a la construcción creativa de alternativas de protección de los derechos de las mujeres.

Impartición de justicia sin perspectiva de género.

La deficiencia de la asistencia técnica a las organizaciones y personal involucrados en la formulación de las denuncias, en aspectos relacionados con requisitos formales y substanciales, tales como: procedimientos para la presentación de las peticiones, agotamiento de los recursos pertinentes a la jurisdicción interna o la aplicabilidad de una de las causales de excepción para su aplicación; cumplimiento de los plazos, evitación de duplicidades, saber a quién presentar las denuncias y los trámites que éstas siguen, una vez recibidas, en el ámbito de los sistemas de protección.

Los obstáculos que aún enfrenta el movimiento de mujeres para avanzar en el combate contra la discriminación y la violencia de género están vinculados a aspectos socioculturales y estructurales. Se debe enfatizar que a pesar de los esfuerzos realizados hasta ahora, debe admitirse que no se ha podido modificar la percepción de la sociedad hacia la equitativa participación de las mujeres en sus comunidades; y que la persistencia de patrones sociales que sitúan a la mujer en una posición inferior, continúan propiciando actitudes abiertamente discriminatorias. Se requiere mucho trabajo; especialmente educación, para que todas las mujeres conozcan sus derechos humanos y sepan que existe un sistema regional e internacional para promoverlos y protegerlos.

Conociendo las dificultades que existen para poder garantizar los derechos humanos de las mujeres se pueden plantear estrategias que propicien y faciliten su garantía.

ESTRATEGIAS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Las estrategias deben dirigirse contra la exclusión en el acceso a oportunidades de las mujeres a la educación, empleo, participación científica y política, así como al disfrute pleno de los derechos civiles.

Promover a favor de las mujeres las intervenciones psicosociales como una forma de apoyar el proceso de elaboración de los duelos y de reconstrucción de la autoestima, ingredientes ambos vitales, para la recuperación de concebirse a sí mismas como sujetas de derechos.

En muchos casos no se aplica la perspectiva de género la cual enriquece la manera de mirar la realidad y de actuar sobre ella. En materia de derechos humanos, permite, entre otras cosas, visualizar inequidades construidas de manera artificial, socioculturalmente; y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación. Ofrece pues grandes ventajas y posibilidades para la efectiva tutela de las personas y concretamente, de las mujeres. Por ello es lógico y necesario que el concepto género y su perspectiva, sean indispensables en la protección internacional de los derechos humanos, llegando a transversalizar por completo la tutela que se ofrece a las personas a través de sus mecanismos e instituciones.

Género es una creación social que frecuentemente se contrasta con el término “sexo”, que se refiere, más bien, a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. El género se refiere a las diferencias creadas entre unos y otras por la sociedad, así como a las percepciones construidas en los ámbitos cultural y social sobre esas diferencias.

La perspectiva de género es el enfoque o contenido conceptual que le damos al género para analizar la realidad, evaluar las políticas, la legislación y el ejercicio de derechos; diseñar estrategias y valorar acciones, entre otros. El género y la perspectiva de género informan, de manera progresiva y creciente, la protección nacional e internacional de los derechos humanos. Esto se materializa en numerosos instrumentos. El género no es un tema separado, es un enfoque que enriquece el diagnóstico de una situación, visualiza inequidades entre hombres y mujeres y abre caminos para su superación. El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, constituyen los principios que sustentan todos los derechos humanos. Sin embargo, en materia de derechos de las mujeres, aún se presentan importantes discriminaciones expresas o implícitas, por acción o por omisión.

Todavía hay quienes cuestionan el porqué de una protección específica a los derechos de las mujeres. Los derechos humanos son atributos de la persona humana por el mero hecho de serlo. A partir de ahí no habría por qué diferenciar entre los derechos de mujeres y de hombres. Sin embargo, es la especificidad de las violaciones de derechos humanos que sufren las mujeres –en función de su género, de los roles y estereotipos que la sociedad históricamente les ha atribuido– la que marca la necesidad de conferir un carácter también específico al reconocimiento y sobre todo, a la protección de sus derechos. La tendencia a la especificación de los derechos humanos, en función de sus diferentes necesidades de protección, está consolidada

en todos los sistemas. En el caso concreto de las mujeres, fenómenos mundiales como la discriminación y la violencia que sufren, han requerido de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que las identifiquen y amparen con más precisión. En la lucha por mejorar la situación de cualquier sector de la sociedad, que haya sido postergado en términos de derechos humanos, es legítimo y útil crear nuevas formulaciones para los derechos humanos existentes y adelantar acciones tendientes a combatir violaciones específicas a los derechos humanos, aun si éstas se encuentran contempladas por las normas generales. De esta forma, las mujeres podrán adquirir instrumentos útiles para lograr la finalidad que persiguen, especialmente la no discriminación en cuanto al goce de sus derechos. Por lo tanto, en este momento de la historia, se percibe la necesidad de un derecho internacional de derechos humanos más fuerte, especialmente para las mujeres, y es una necesidad urgente que las mujeres deben lograr este objetivo. Para una defensa activa y eficaz de los derechos humanos de las mujeres, hay que prestar mucha atención a la especificidad de las violaciones que sufren y utilizar con esa mentalidad, las herramientas jurídicas disponibles.

En este contexto, de desarrollo de los derechos humanos, es esencial el reconocimiento y la garantía de los derechos sexuales y reproductivos, los cuales garantizan a las mujeres el control y la autonomía sobre su propio cuerpo y sexualidad, así como el derecho a crear el modelo de familia y de hijos que estime adecuado a su proyecto vital, de forma corresponsable con el padre o compañero. Sin la garantía de estos derechos básicos, y fundamentales, la subjetividad y la ciudadanía de las mujeres quedan limitadas y subordinadas a una voluntad extraña, que convierte a las mujeres en súbditas, no en ciudadanas.

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo 1994 centra el debate en el desarrollo de los grupos sociales y de los sujetos individuales como eje de la dinámica de población. Reconoce que si bien hombres y mujeres tienen realidades y necesidades comunes, las instituciones sociales perpetúan una posición de desventaja de las mujeres con relación a los hombres. Es por ello que en la conferencia se realza el empoderamiento de la mujer y la mejora de la situación de las niñas, conjuntamente con el derecho a la salud sexual reproductiva, como estrategia importante para la reducción de la pobreza, mejora de la salud y la calidad de vida.

La salud reproductiva como la define la Organización Mundial de la Salud (OMS), es 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 satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos, y otorguen a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva.

Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos de la ONU aprobados por consenso.

Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, así como a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la igualdad y la no discriminación constituyen los principios que conforman todos los derechos humanos. Con el fin de esclarecer mejor estos términos estaremos basándonos en reflexiones de la jurista Alda Facio sobre contenidos de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y el concepto de igualdad quien nos dice que: “Las conductas discriminatorias se sustentan en valoraciones negativas hacia determinados grupos. Dicho de otro modo, la discriminación posee una naturaleza grupal, se basa en la existencia de una percepción social devaluada respecto a determinados grupos de personas. Estas percepciones negativas tienen consecuencias en el tratamiento y valoración social que las personas pertenecientes a grupos subdiscriminados reciben, limitando u obstaculizando el uso y disfrute de sus derechos y reduciendo sus recursos y oportunidades. Es importante señalar que toda discriminación encierra una jerarquización humana, y en ella está presente



la idea de superioridad-inferioridad. Aunque las formas de discriminación hayan variado a lo largo del tiempo y de los contextos históricos, sus ejes fundantes se mantienen hasta hoy, haciendo visibles en los estereotipos y actitudes discriminatorias”.

En cuanto al principio de igualdad, dice Facio, hay que señalar que la igualdad no se define a partir de un criterio de semejanza, sino de justicia: se otorga el mismo valor a personas diversas, integrantes de una sociedad. La igualdad es importante justamente entre diferentes, ya que se trata de una convención social, de un pacto, según el cual se reconoce como iguales a quienes pertenecen a distintos sexos, razas, etnias, clases sociales, etc. El principio de igualdad está estrechamente relacionado con el ejercicio de la tolerancia: el reconocimiento del otro o de la otra como igual, es decir, que siendo distinto o distinta a mí, tiene los mismos derechos y responsabilidades.

La igualdad como principio normativo y como derecho, se sustenta en el principio ético de la justicia: no es justa la convivencia en la desigualdad y tampoco la competencia en la desigualdad. En el marco de los derechos de las mujeres, hablar de igualdad no significa identidad con los hombres; significa tener las mismas oportunidades, ser reconocidas y tratadas como iguales en poder y autoridad.

Es importante citar de nuevo en este punto a la feminista Alda Facio quien explica como el desarrollo de perspectivas de género ayudó a visibilizar las relaciones desiguales de poder entre los sexos lo que a su vez llevó a entender que la igualdad entre los sexos no era un hecho consumado sino una aspiración de la humanidad. Esta realización es importantísima porque permite entender que para lograr la igualdad, hay que eliminar la discriminación y para lograrlo se deben establecer responsabilidades.

El artículo 1 de la CEDAW define la discriminación basada en el sexo como:

“A los efectos de la presente convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En referencia a este primer artículo Facio explica que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que nos alerta sobre la variedad de los comportamientos discriminatorios que se nos pueden presentar a veces hasta en forma de “derechos” o “protección”. Por ejemplo, es discriminación cuando se nos excluye de una determinada carrera aunque sea por medios indirectos y también lo es una acción que nos distinga como las únicas capaces de realizar ciertas tareas.

Otra razón de peso es que determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga “por objeto” o “por resultado” la violación de los derechos humanos de las mujeres. Esto quiere decir que se prohíben no sólo aquellos actos que tienen la intención de discriminar tales como las leyes que establecen que las mujeres casadas no pueden disponer libremente de sus propiedades, etc. sino que también se prohíben los actos que sin tener la intención de discriminar, terminan discriminándonos. Ejemplos de discriminación por resultado son las leyes que supuestamente “protegen” a las mujeres prohibiéndonos la realización de trabajos peligrosos, nocturnos, etc.

También explicita que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio. La primera etapa se refiere al momento de crear las leyes que establecen derechos. La segunda a las necesidades que se satisfacen ese derecho y la tercera, al aspecto activo del mismo. Esto quiere decir que la CEDAW obliga al Estado 1- a reconocer los derechos de las mujeres, 2- a proveer las condiciones materiales y espirituales para que podamos gozarlos y 3- a crear los mecanismos para que podamos denunciar su violación y lograr un resarcimiento.

Se define la discriminación, pues, como un acto violatorio del principio de igualdad y a la mujer como sujeto jurídico equivalente al hombre en dignidad humana, estableciéndose una concepción de igualdad no androcéntrica, sino basada en la protección de los derechos humanos de las mujeres. La igualdad que persigue la CEDAW va más allá de la igualdad formal. La igualdad reivindicada implica la conjugación con otros dos principios -el principio de no discriminación y el principio de la intervención estatal. Juntos, dan contenido y sentido a la igualdad efectiva o igualdad de resultados. El principio de no discriminación está contenido en el artículo primero CEDAW que define claramente lo que es la discriminación y el de intervención estatal está contenida en los arts. 2 a 16, al establecer que el Estado está obligado a adoptar todo tipo de medidas para eliminar la discriminación en todas las esferas. Facio explica que la igualdad que busca la CEDAW no es una de igualar a las mujeres con los hombres, sino la igualdad en el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos. Por esta razón la mera declaración de iguales ante la ley no es suficiente, ni tampoco el desarrollo de medidas cuyo objetivo es garantizar la igualdad de oportunidades. Tradicionalmente se ha interpretado como igualdad jurídica la igualdad de trato, igualdad legal, pero este reconocimiento de titularidad, no garantiza por sí mismo su ejercicio igualitario y sin discriminación. Es decir, se ha interpretado que la igualdad entre los sexos, consiste en tratarlos idénticamente, llevándose a cabo un proceso de asimilación de las mujeres a los hombres. Pero tratamos exactamente igual que a los hombres no resulta una verdadera igualdad. Cuando las mujeres se asimilan a los hombres en tanto sujetos de derechos, se adopta erróneamente el modelo o estándar masculino en las leyes, ignorándose los aportes y diferencias que poseen las mujeres.

Si los procesos judiciales, las penas, los horarios de trabajo, los arreglos institucionales, los requisitos laborales, estudiantiles, en deportes, etc. son exactos para hombres y mujeres, es obvio que quedaremos en desventaja debido a que el estándar de todos ellos es masculino o androcéntrico, al diseñarse de espaldas a las necesidades e intereses de las mujeres como grupo social. La CEDAW exige una igualdad que rediseñe las condiciones y estándares sociales, para dar entrada en ellos a las necesidades de todas y todos.

Facio sostiene que la igualdad de la que nos habla la CEDAW supone un rompimiento paradigmático en la ciencia y filosofía jurídica. En este paradigma emergente sobre la igualdad no sólo es la conjugación de tres principios: no discriminación, igualdad de resultados y obligación estatal, sino que además se sitúan estos mismos principios en el campo del deber ser, lo que presenta consecuencias relevantes para el derecho. No se parte de una declaración de igualdad como un dato fáctico ya consumado sino de la igualdad como objetivo utópico, lo que quiere decir que la igualdad ante la ley que garantizan todas nuestras constituciones debe ser interpretada como la obligación jurídica de adoptar cuantas medidas sean necesarias para que la igualdad de mujeres y hombres se haga real y efectiva.

Tampoco es posible dicotomizar entre la igualdad de facto y la de jure porque si la igualdad es una meta, ambas son necesarias para alcanzar la igualdad; ni se puede erigir a un tipo de ser humano como modelo universal. En resumen la igualdad impone a los Estados la obligación de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para erradicar la discriminación contra las mujeres, tanto a nivel normativo, como político y de programación social o intervención.

Otro principio fundamental y complementario es el de equidad. Este nos remite a la diversidad y al reconocimiento de las desigualdades. El principio de equidad parte de identificar las diferentes formas de participar en el ámbito social, evidenciando las desigualdades y discriminaciones sociales. Las situaciones discriminatorias que enfrenta la mayoría de las mujeres en el mundo, han puesto de manifiesto las limitaciones que afectan el goce y ejercicio pleno de sus derechos humanos, lo que les impide mejorar las condiciones en que viven.

Los primeros instrumentos específicos de derechos humanos destinados a las mujeres, fueron adoptados a mediados del siglo pasado y giraron en torno a la nacionalidad y al reconocimiento de derechos civiles y políticos. Posteriormente, los sistemas internacionales de derechos humanos han identificado en la discriminación y la violencia, los dos ejes temáticos principales para desarrollar una protección específica hacia las mujeres. Es por ello que finalmente, en 1979, la Organización de Naciones Unidas adopta la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y en 1993, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Tomemos como ejemplo, para demostrar la relevancia de todo el proceso anteriormente descrito, la Sentencia María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que es una denuncia por violación a los derechos a la igualdad y no-discriminación, a la protección de la familia ante distinciones de género impuestas por legislación interna y al trabajo sin discriminación en base al sexo. Es una interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. (La Resolución 19 de Naciones Unidas cuando reconoce la violencia contra la mujer como discriminación identifica la igualdad no con la igualdad de trato, sino con la igualdad efectiva, lo que amplía el ámbito

de deberes del Estado respecto a la igualdad y el contenido de dicho principio, valor y derecho subjetivo. Por este motivo se puede sancionar al Estado tanto por acción como por omisión).

RESUMEN

María Eugenia Morales de Sierra y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra el Estado guatemalteco. En la denuncia se alegaba que las normas del Código Civil de la República de Guatemala referidos al papel de cada cónyuge dentro del matrimonio establecían distinciones de género que resultaban discriminatorias y violatorias al derecho a la protección de la familia, al derecho a la igualdad ante la ley y al derecho a la protección de la honra y de la dignidad protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). La CIDH encontró al Estado responsable de la violación de los derechos a la igualdad y a la protección de la familia interpretados a la luz de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Entre otras cuestiones, la CIDH entendió que la legislación vigente en Guatemala negaba a la mujer el derecho equitativo a buscar empleo y a beneficiarse de la mayor autodeterminación que ello comporta, al establecer, entre otras cosas, que el ejercicio de una profesión u empleo en el caso de la mujer quedaba supeditado al hecho de no causar perjuicio alguno para sus funciones de madre y ama de casa. Como consecuencia, la CIDH recomendó al Estado adecuar las disposiciones pertinentes del código civil para equilibrar el reconocimiento jurídico de los deberes recíprocos de la mujer y del hombre dentro del matrimonio a fin de hacer congruente la legislación nacional con las normas de la CADH y reparar e indemnizar adecuadamente a María Eugenia Morales de Sierra.

La Corte de Constitucionalidad caracterizó la reglamentación del matrimonio por el Estado como fuente de certeza y seguridad jurídica para cada cónyuge y defendió la distinción de funciones sobre la base de que las normas establecen preferencias que no son discriminatorias, sino protectoras.

La Comisión halla que, lejos de asegurar la "igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades" dentro



del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo.

El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia de jure para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol

del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres. “Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes”.

En el caso de la Sra. Morales de Sierra, la Comisión concluye que los artículos impugnados obstaculizan el deber del Estado de proteger a la familia al imponer un régimen que impide que la víctima ejerza sus derechos y cumpla sus responsabilidades dentro del matrimonio en pie de igualdad con su esposo.

La conclusión de la Comisión propone equilibrar la autoridad de los esposos dentro del matrimonio lo cual es un derecho que tanto hombres como mujeres deben ejercer y que resulta benéfico para los hijos e hijas. Así también resalta y exige el derecho de las mujeres a un proyecto de vida propio al margen de los intereses de la familia. La Comisión pide que la legislación de Guatemala cambie y no sea familista intentando proteger a la familia a costa de los derechos de la mujer. Para garantizar la igualdad de derechos, ambos padre y madre deben comprometerse de igual forma en la responsabilidad de hijos e hijas y hogar y tener derecho a una realización individual.

El Estado, se argumenta, no ha adoptado las medidas para garantizar la igualdad de derechos y equilibrar las responsabilidades dentro del matrimonio. En consecuencia, en este caso, el régimen conyugal vigente es incompatible con las disposiciones del artículo 17(4) de la Convención Americana (4. Los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo) leído con referencia

a los requisitos del artículo 16(1) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (Art 16, 1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso).

La Comisión declara: Que el Estado cumplió a lo largo del procedimiento con parte de las recomendaciones de un informe anterior, pero respecto a los arts. 110.1 y 317.4 del CC: responsabilidad por violación del derecho a: respeto por la vida privada, por su familiar, igualdad ante la ley (arts.11,17,24 CADH) en relación con art. 1.1 CADH (obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en la CADH) y el art.2 (obligación de adoptar la legislación y demás medidas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos por la CADH).

El Sistema Interamericano recomienda al Estado que: Adecue las disposiciones del Código Civil a las normas de la CADH, e indemnice y repare adecuadamente a María Eugenia Morales de Sierra.

En esta sentencia se detecta fácilmente el estereotipo de género aplicado ya que establece distinciones entre el hombre y la mujer que son discriminatorias. Los estereotipos sexistas no sólo describen las características asignadas a cada sexo, sino que también las prescriben, o sea, que imponen cuales son los sentimientos, emociones, conductas o actividades que puede desempeñar cada sexo. Según el pensamiento sexista, a la masculinidad le corresponde la fuerza, la dominancia, el control, la inhibición de los sentimientos, la independencia, la autoridad. Las características de la femineidad son la sumisión, la debilidad, la sensibilidad, el afecto, el cuidado de los demás. La cultura, y no la naturaleza, impone a cada sexo lo que debe sentir, cómo expresar las emociones, y asigna roles.

IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA NO REPETICIÓN DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Las leyes son necesarias pero no suficientes, se ha de continuar y seguir profundizando en el proceso de reformas institucionales y estructurales,

para erradicar todos aquellos privilegios que se enfrentan a la igualdad. En este sentido, son claves: los programas de educación en las escuelas y campañas publicitarias en medios masivos de comunicación, cuya labor es sensibilizar, concienciar y promover nuevos valores.

Se observa que hubo y sigue existiendo gran resistencia a la adecuación de leyes para que cumplan con los Tratados Internacionales y se elimine el trato discriminatorio a las mujeres. Se reconoce que las Recomendaciones del Sistema Interamericano han sido indispensables para la homologación legislativa, ya que el Estado por sí mismo no adoptaba las medidas para cumplir con los derechos humanos de las mujeres y no reconocía su violación, pero ahora el compromiso y la responsabilidad hay que extenderla a todos los agentes públicos y a la ciudadanía.

El caso analizado representa un paso trascendente en la desarticulación de las visiones estereotipadas de las funciones de la mujer y el hombre en la esfera familiar y, en consecuencia, avanza significativamente en la realización del derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres en el continente americano. Ahora todo este esfuerzo ha de acompañarse de medidas de formación, de sensibilización y concienciación social, al tiempo que de cambios en el estilo de vida y en las estructuras de poder.

DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Otra sentencia importante para el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia es la Sentencia da Penha Maia Frenández Vs. Brasil. En 1983 María da Penha, brasileña, biofarmacéutica, fue víctima de doble intento de homicidio por su entonces marido y padre de sus 3 hijas, dentro de su casa, en Fortaleza, Ceará. El agresor, Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano naturalizado brasileño, economista y profesor universitario,



le disparó por la espalda mientras ella dormía causándole paraplejía irreversible, entre otros graves daños a su salud. En ocasión posterior, intentó electrocutarla en el baño. Hasta 1998, más de 15 años después del crimen, pese haber dos condenas por el Tribunal de Jurados de Ceará (1991 y 1996), aún no había una decisión definitiva en el proceso y el agresor permanecía en libertad, razón por la cual Maria da Penha, CEJIL y CLADEM enviaron el caso a la CIDH/OEA. El Estado no respondió a la petición y permaneció silencioso durante todo el procedimiento. En 2001, la CIDH responsabilizó al Estado por omisión, negligencia y tolerancia en relación con la violencia doméstica contra las mujeres brasileñas. Consideró que en este caso se daban las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y que existía responsabilidad por la falta de cumplimiento a los deberes del artículo 7(b), (d), (e) (f) y (g)

b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

d. Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

e. Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño

u otros medios de compensación justos y eficaces, y en relación con los derechos por ella protegidos, entre los cuales, a una vida libre de violencia (artículo 3. Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado), a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral y seguridad personal; dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la amparara contra actos que violaran sus derechos (artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

a. El derecho a que se respete su vida.

b. El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

c. El derecho a la libertad y a la seguridad personal.

d. El derecho a no ser sometida a torturas.

e. El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

f. El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley.

g. El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos)

Consideró violados los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de los artículos 8 de la Convención Americana (1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter) y 25 (Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales) de la Convención Americana, en conexión con la obligación de respetar y garantizar los derechos, prevista en su artículo 1. (Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social., debido a la dilación injustificada y tramitación negligente del caso). Además, estableció recomendaciones de naturaleza individual para el caso y también de políticas públicas para el país. En síntesis, las de completar el procesamiento penal del responsable; proceder a una investigación y responsabilización en relación con las irregularidades y retrasos injustificados en el proceso; proveer una reparación simbólica y

material a la víctima; promover la capacitación de funcionarios judiciales y policiales especializados; simplificar procedimientos judiciales penales; promover formas alternativas de solución de conflictos intrafamiliares; multiplicar el número de Comisarías de la Mujer con recursos especiales y brindar apoyo al Ministerio Público en sus informes judiciales; incluir en los planes pedagógicos unidades curriculares sobre el respeto a la mujer, sus derechos, la Convención de Belém do Pará y el manejo de conflictos intrafamiliares. Se trata del primer caso en que se aplicó la Convención de Belém do Pará en el sistema interamericano, con decisión en que se responsabiliza a un país en materia de violencia doméstica contra las mujeres. Solo debido al uso efectivo del sistema internacional, en acciones de litigio y de monitoreo, y por la presión política internacional y nacional, es que en marzo de 2002 el proceso penal fue concluido en ámbito interno y, en octubre del mismo año, el agresor fue arrestado. El caso fue también reportado al Comité CEDAW en 2003, el cual recomendó al Estado adoptar "sin demora una legislación sobre violencia doméstica". El 7 de agosto de 2006, como resultado de una acción conjunta de la sociedad civil y del Estado, se aprueba la Ley 11.340 (Ley Maria da Penha), que crea mecanismos para refrenar la violencia doméstica y familiar contra la mujer. Tras años de negociaciones entre la víctima, el Estado y las peticionarias, el 7 de julio de 2008, en un evento público llevado a cabo en Fortaleza, se hace efectiva la reparación a la víctima, mediante el pago de la indemnización y un pedido de disculpas a Maria da Penha, ambos llevados a cabo por el gobierno de Ceará, con reconocimiento del Estado brasileño de su responsabilidad internacional ante las violaciones ocurridas, que tuvo gran repercusión en los medios informativos. En diciembre de 2008, el Estado de Ceará se adhirió al Pacto Nacional de Enfrentamiento a la Violencia contra la Mujer, importante medida que promueve la adopción de políticas relacionadas con el cumplimiento de las Recomendaciones de la CIDH. Sigue pendiente, todavía, la investigación y responsabilidad relativas a las irregularidades y retrasos injustificados en el proceso en el ámbito de la justicia interna.

En esta sentencia se observa un estereotipo de género aplicado por el desequilibrio de poder que se plantea en la relación de pareja, y legítima el uso de la fuerza como instrumento de poder. La violencia de género se naturaliza y el Estado no toma la agresión con seriedad. Cuando un hombre siente que pierde poder o control cree que puede usar la violencia o la amenaza para mantenerlo. Este tipo de creencias mantiene una ideología de grupo lo cual se refleja en la complicidad y tolerancia de las autoridades administrativas, legislativas y judiciales.

IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA NO REPETICIÓN DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Para dar cumplimiento a las obligaciones estatales que el derecho humanitario impone a los estados en materia de igualdad de género, es preciso implementar un Programa Nacional para Prevenir la Violencia contra la Mujer. Mejorar los esfuerzos de apoyo para prevenir la violencia sexual y doméstica contra la mujer, proporcionar asistencia integrada a las mujeres en riesgo y educar al público sobre la discriminación y la violencia contra la mujer, y sobre las garantías disponibles; revocar ciertas disposiciones discriminatorias del Código Penal y del Código Civil sobre el poder paterno; fomentar el desarrollo de enfoques orientados a la condición de varón o mujer en la capacitación de los agentes del

Estado y en el establecimiento de directrices para los planes de estudios de la educación primaria y secundaria; promover estudios estadísticos sobre la situación de la mujer en el ámbito laboral. Implementar las decisiones consagradas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Valga aquí la aclaración de que se debe evitar que el perdón de las mujeres víctimas eluda la responsabilidad penal del victimario.

SITUACIÓN RESPECTO AL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN EL ESTADO DE GUANAJUATO

En Guanajuato se ha impartido capacitación para la impartición de justicia con perspectiva de género con el fin de asegurar el cumplimiento de la 'garantía de no repetición'. Las autoridades deberán conocer y saber aplicar los principios de interpretación conforme y pro-persona, las normas relativas a los derechos humanos de las mujeres, así como instrumentos internacionales, las observaciones y recomendaciones de los órganos convencionales del sistema universal, los informes y opiniones de los procedimientos especiales del mismo sistema, además de los informes temáticos y los informes de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las opiniones consultivas, resolución de medidas provisionales y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sean relevantes para el tema de violencia contra las mujeres, y utilizar los siguientes indicadores:

■ Las acciones de difusión de las sentencias internacionales en la materia.

■ La inclusión en el marco legal estatal de las recomendaciones internacionales relativas a la violencia contra las mujeres.

■ Las acciones para garantizar el cumplimiento por parte de las y los servidores públicos del estado y de los municipios.



El Instituto para las Mujeres Guanajuatenses (Imug) adquirió el compromiso para la coordinación entre los gobiernos estatal y municipal a fin de garantizar la igualdad y el acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, a través de 10 acciones siendo las siguientes: 1) Creación de las Instancias Municipales para las Mujeres y de las Comisiones de Género en los 46 Ayuntamientos; 2) Construcción de la política municipal en materia de Prevención de la Violencia contra las mujeres en el marco de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; 3) Aplicación de los Protocolos de actuación de los cuerpos de seguridad municipal con enfoque de género y de derechos humanos de las mujeres; 4) Profesionalización y certificación de servidoras y servidores públicos municipales en el tema de perspectiva de género y derechos humanos de las mujeres; 5) Programa para el empoderamiento económico de las mujeres en lo local; 6) Generación de indicadores a nivel municipal para medir la violencia en contra de las mujeres; 7) Elaboración de estudios municipales de la violencia Feminicida; 8) Implementación de acciones integrales para la prevención y atención de la violencia Feminicida; 9) Diseño y aplicación de mecanismos y procedimientos para la prestación de servicios municipales con enfoque de género; y 10) Implementación de campañas de promoción, respeto y defensa de los derechos humanos de las mujeres.

En el 2016 el Imug implementó un proyecto denominado “Acciones para Impulsar la Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres y Promover el Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia 2016”.

Durante este año 2016 el Instituto lleva a cabo los programas estratégicos siguientes:

- Programa Impulso para el Empoderamiento de las Mujeres que tiene como objetivo realizar acciones que impulsen la inserción de las mujeres jefas de familia guanajuatenses y emprendedoras en el campo laboral y la creación de proyectos productivos que generen autoempleo, apoyadas mediante la implementación de técnicas para el desarrollo económico.

- Programa de Profesionalización de Derechos Humanos y Perspectiva de Género del Estado de Guanajuato cuyo objetivo es Fortalecer competencias de servidoras y servidores públicos que prestan atención a mujeres víctimas de violencia, especializadas/os y certificadas/os que se conviertan en replicadores en perspectiva de género, igualdad y derechos humanos.
- Programa de Atención y Reeducción a Hombres Generadores de Violencia hacia las Mujeres y Modelo de Atención para Hombres Generadores de Violencia hacia las Mujeres.
- Programa de Centros de Atención Itinerante para Mujeres Víctimas de Violencia que tiene como objetivo brindar atención y seguimiento a mujeres, sus hijas e hijos en situación de violencia proporcionando servicios de manera integral y multidisciplinaria. Las metas de trabajo incluyen servicios de atención a las mujeres en situación de violencia mediante la asesoría psicológica, médica, jurídica y trabajo social en sus comunidades. La atención deriva en la canalización a las instancias pertinentes y además en los casos requeridos se realizan acompañamientos para respaldar el acceso de las mujeres a la justicia y el respeto de sus derechos humanos.
- Fortalecimiento del Sistema de Gestión para el Modelo de Equidad de Género en las Instituciones de la Administración Pública Estatal y Municipal con el objetivo de Fortalecer la cultura institucional con perspectiva de género para procurar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres en las instituciones del Gobierno del Estado de Guanajuato.
- Proyecto Incidencia sobre Tipos y Modalidades de Violencia contra las Mujeres en el Estado de Guanajuato tiene como objetivo identificar los tipos y modalidades de violencia que sufren las mujeres en el estado de Guanajuato con mayor incidencia.
- Diagnóstico sobre los resultados de las elecciones 2015 en Guanajuato en materia de paridad y participación igualitaria de las mujeres, destaca la importancia de tener este tipo de investigaciones en la entidad, la cuales pueden contribuir a la prevención y erradicación de la violencia política que es un problema latente en todo el país.
- Banco Estatal de Datos. Hace pocos años la falta de datos estadísticos y un conjunto de datos desagregados provocaban una deficiencia en el Estado en el cumplimiento de sus obligaciones de garantizar y proteger los derechos humanos de las mujeres. Hoy Guanajuato rediseñó su Banco estatal de datos e información sobre casos de violencia contra las mujeres, para administrar la información de todas las instancias involucradas en la atención y sanción de la violencia contra las mujeres de toda la entidad, con el fin de realizar estadísticas y diagnósticos periódicos que permitan conocer sistemáticamente las características y patrones de esta violencia e instrumentar políticas públicas de prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres desde la perspectiva de género y derechos humanos de las mujeres

- Sistema Integral de Atención para las Mujeres (SIAM). El Sistema interviene a través de una red de infraestructura que hace uso de procesos de prevención, atención, contención, seguimiento y canalización, mediante el uso de tecnología y software de vanguardia y recursos humanos especializados, que con solo una llamada a la línea 075 reciben servicios de contención psicológica, orientación y seguimiento.
- Guanajuato está próximo a inaugurar el Centro de Justicia para las Mujeres, las acciones que iniciaron durante 2013 y 2014 para su construcción están por concluir. Este Centro constituye una instancia de cooperación interinstitucional, entre instituciones públicas y de la sociedad civil que tiene como fin garantizar y proteger los derechos humanos de las mujeres. Tiene como objeto concentrar servicios de diversa índole en un mismo espacio, brindando atención integral, especializada, empática, coordinada y con perspectiva de género a las mujeres víctimas de violencia, para fortalecer las acciones que inciden de manera directa en su prevención, atención, investigación, sanción y erradicación de las prácticas de violencia de género.
- Los Centros Multidisciplinarios de Atención Integral a la Violencia (CEMAIV) continúan profesionalizándose en su servicio.
- Campañas permanentes de alcance estatal con perspectiva de género en las que se fortalezca la promoción de la prevención de la violencia de género y feminicida; haciendo alusión a la transformación de patrones culturales, al ciclo de la violencia, a los derechos humanos de las mujeres, a los tipos y modalidades de la violencia y a las conductas comprendidas en ellos. Asimismo, es necesario que dichas campañas muestren a la mujer como sujeta de derechos en medios como TV, radio, prensa, espectaculares, carteles, impresos y medios digitales.
- En lo que respecta a la reparación del daño de las víctimas, se han llevado a cabo todas las adecuaciones administrativas y normativas para cumplir cabalmente con lo establecido en la Ley General de Víctimas, y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia, a efecto de que la reparación del daño se realice de manera integral, bajo un enfoque de derechos humanos y con perspectiva de género.

Los programas tienen mecanismos de seguimiento y evaluación que permiten conocer el impacto real.

CONCLUSIONES

El Estado de Guanajuato ha hecho un gran esfuerzo legislativo y político por garantizar los derechos humanos de las mujeres pero sigue enfrentando grandes retos. En los últimos tres años el adelanto en la concientización y ejercicio de los derechos de las mujeres ha sido notorio en Guanajuato.

El Estado asume la obligación jurídica de asegurar que sus leyes, políticas y prácticas estatales estén en armonía con los derechos humanos y es su deber asegurar las condiciones que permitan su respeto, protección, goce y ejercicio.

El reconocimiento de los derechos humanos constituye la base fundamental para el desarrollo de la sociedad y la vigencia de un Estado democrático de derecho. El gobierno promueve educar para la autonomía; para que mujeres y hombres incorporen formas nuevas de relación en su vida cotidiana que promuevan la justicia, la tolerancia, la dignidad, la igualdad y la equidad.

La lucha contra la discriminación directa o indirecta (en la actualidad la mayor parte de las discriminaciones son indirectas) contra la mujer debe ser continua, y asegurar que las mujeres estén protegidas contra las discriminaciones que pudiesen ser cometidas por autoridades públicas, sistema judicial, organizaciones, empresas o individuos en la vida pública o en el ámbito de la vida privada.

El trabajo para lograr la igualdad efectiva de mujeres y hombres y erradicar la violencia contra la mujer debe ser continuo, para lo que deben adoptarse políticas públicas y programas de intervención integral efectivos y concretos.

El combate a los prejuicios persistentes y los estereotipos de género contra la mujer es imprescindible, pero también lo son reformas estructurales, para que a la par se modifiquen los modelos y estructuras de poder, que están en la base de la asimetría de poder y autoridad de mujeres y hombres.

La obligación de respetar y promover la igualdad y la no discriminación de las mujeres por parte del Estado implica la existencia de límites en el ejercicio del poder estatal, siendo estos límites los derechos humanos, en tanto atributos inherentes a la persona humana. Este respeto conlleva la protección, pues obliga al Estado a impedir que terceros obstaculicen u obstruyan el disfrute de derechos de una



persona o grupo de personas. Y es deber de los Estados no solo no infringir directamente los derechos, sino también asegurar las condiciones materiales de vida que permitan su respeto, protección, goce y ejercicio.

Los derechos de las mujeres tienen que contextualizarse para entender el origen y raíz de la discriminación. Los cambios sociales para que mujeres y hombres tengan un trato de igualdad verdadero y pueda estrecharse la brecha entre los derechos de las mujeres y sus garantías, exigen esfuerzos por parte del gobierno y de la sociedad. Se requiere de programas, campañas y acciones que eduquen a la sociedad en nuevos modelos de relación entre hombres y mujeres, donde prevalezca la igual valoración y respeto, así como la eliminación de estereotipos, de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad, subordinación o discriminación.

Sin la reeducación para la construcción de relaciones de igualdad entre mujeres y hombres el cumplimiento de las leyes será difícil, y garantizar los derechos de las mujeres de forma efectiva mucho más.

Recordando de nuevo a Federico II de Prusia considerado justo y defensor de los derechos humanos; se dice que no toleraba los chismes ni las intrigas palaciegas. Una vez, la mujer de un cortesano se le quejó amargamente de su marido:

—Majestad, mi esposo me maltrata.

—Eso no es problema mío—, contestó Federico II.

—Pero también habla mal de usted, Su Majestad.

—Eso no es problema suyo—, contestó Federico II.

Aunque el sentido de justicia del Rey estaba desarrollado no alcanzaba a percibir que esta mujer era víctima de la violencia de su esposo y el monarca tal y como se contemplaba en esa época, consideraba que el maltrato y la violencia de género y doméstica era un asunto privado. La mujer no tenía a quien ni a donde recurrir ya que esos eran “derechos” del marido y ni los jueces de Berlín podían auxiliara.

Afortunadamente los derechos humanos son cada vez más universales y la violencia a las mujeres se visibiliza y ya no se percibe como “normal” o “natural”.

Los Estados deben dar protección a las mujeres contra la violencia tanto en el ámbito público como en el privado y evitar que haya mujeres que digan “Mi marido me pega lo normal”. La tolerancia cero frente a cualquier tipo de violencia, es la mejor forma de promover igualdad y no discriminación.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE CONSULTA E INFORMACIÓN

- Datos de la Dirección de Prevención del Delito de León
- Datos e información del Instituto Estatal de las Mujeres Guanajuatenses
- Apuntes y notas del módulo Teoría General de los Derechos Humanos (Máster Propio) del Dr. Pedro Mercado Pacheco
- Apuntes y notas del módulo Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Máster Propio) del Dr. Vittorio Corasanitti
- Simposio: Salud sexual y reproductiva. La Conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos. Susana Galdos Silva.
- La Igualdad en la Cedaw, 30 años de desarrollo en un derecho clave para las Mujeres, Texto basado en las reflexiones de la Dra. Jurista Alda Facio sobre la Cedaw y el Concepto de igualdad. www.ucof.mx/egeneros/adim/archivos/cedaw-30 años pdf-
- La Responsabilidad Estatal frente al Derecho Humano a la Igualdad, autora Alda Facio, Comisión de Derechos Humanos del D.F. (2014)

La Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Presupuesto para su Justiciabilidad

MARÍA ELENA
ESPARZA LÓPEZ

TUTOR: DR. GUMERSINDO GARCÍA MORELOS



INTRODUCCIÓN

Varios han sido los factores para que los derechos económicos, sociales y culturales, conocidos comúnmente como DESC, se hayan considerado como derechos de “segunda clase”; no solo teóricamente, sino también en la práctica jurisdiccional.

El primero de ellos, la distinción normativa, por la que, no obstante que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se incluyen tanto derechos de índole civil y política como de índole social, económica y cultural; la comunidad de las naciones determinó hacer una distinción mediante una reglamentación contenida en dos pactos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos por una parte; y, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por la otra.

En cuanto a las razones histórico-políticas de los derechos humanos cabe señalar que, si bien es cierto, ambos pactos fueron suscritos en el año de 1966; durante esa época, la comunidad internacional se encontraba bajo las tensiones de una guerra fría, en la que los principales contendientes, los países de tendencia liberal, impulsaban, por un lado, el reconocimiento de los derechos y libertades básicas de los individuos; mientras que el bloque socialista, por el otro, hacía lo suyo respecto a los DESC; tal fue la tensión, que pese a rasgos principales de los derechos humanos como la interdependencia e indivisibilidad, fueron catalogados durante mucho tiempo, como derechos de primera y segunda generación.

Otro de los factores, en mi opinión más significativo que los anteriores y que a la postre ha incidido en mayor medida en la diferenciación entre los derechos civiles y políticos de los DESC, es el relativo a las obligaciones que el Estado debe asumir para su protección y eficacia de los derechos humanos; durante mucho tiempo se pensó que respecto a los derechos humanos de libertad, las obligaciones del Estado eran de índole negativa, es decir, estaban limitadas a la no injerencia y la abstención; así pues, el contenido de esta obligación era abstenerse de interferir en el ejercicio de las libertades de las personas.

En cambio, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, se estimaba que las obligaciones del Estado eran de tipo positivo, esto es, el Estado estaba obligado a la realización de determinadas acciones, pero con un cumplimiento limitado, como la inversión, la planeación y la proyección de políticas y estrategias públicas, supeditadas sobre todo a las cuestiones presupuestarias.

Actualmente la tendencia de clasificación de los derechos humanos se ha venido diluyendo paulatinamente, hasta considerarse un tanto estéril, tal y como lo establece la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobado en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos; ello si partimos de que una de las características de los derechos humanos es la interdependencia; característica bajo la cual, todos los derechos humanos, trátese de libertades fundamentales, de derechos sociales, o bien, de derechos comunitarios, constituyen entre sí, presupuestos de ejercicio entre unos y otros; pero no solo por eso, sino porque en la práctica judicial se ha puesto de manifiesto que, en tratándose de la protección de los derechos civiles y políticos, también se requiere de acciones positivas por parte del Estado, como en el caso de las acciones afirmativas encaminadas a proteger y garantizar el derecho de igualdad.

El abandono de la categorización generacional de los derechos humanos, así como una pretendida indeterminación de los derechos económicos, sociales y culturales, nos encara ante una nueva problemática: la posibilidad de exigir su cumplimiento en sede judicial.

La experiencia ha demostrado que, por lo que respecta a los derechos

civiles y políticos, la afirmación de que se trata de auténticos derechos subjetivos públicos no presenta mayores dificultades, pues un sinnúmero de los sistemas jurídicos del mundo, han integrado a sus constituciones, mecanismos de protección de las libertades básicas, ya sea como procesos o como recursos; entre ellos el habeas corpus, el juicio de amparo, el juicio de tutela, entre otros; en el caso de los DESC, la solución no resulta tan clara, pues en principio pareciera que las obligaciones del Estado frente al cumplimiento de este tipo de derechos es de índole legislativo, o bien, una cuestión de administración y políticas públicas, como caridad, generosidad o compasión, en la que los mecanismos de protección no son tan evidentes.

Además de que, como ya se señaló, las diferencias teóricas entre los derechos humanos han sido superadas, esto resulta más evidente en nuestro país al tenor de la reforma al artículo 1 de la Constitución que data del 2011; precepto constitucional en el que cualquier distinción entre derechos humanos ha sido superada, pues dicho precepto legal consagra a favor de todas las personas el goce de todos los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución como en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano haciendo énfasis incluso, en las características de indivisibilidad, interdependencia, progresividad y universalidad de los derechos humanos; la eliminación de los criterios clasificatorios de los derechos humanos establecida implícitamente en el artículo 1 constitucional traza un derrotero hacia la posibilidad de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin embargo, en lo que no existe aún mucha claridad es en los mecanismos jurídicos para obtener su protección y eficacia así como tampoco los límites hasta los cuales, los órganos jurisdiccionales pueden sustituir las facultades de los poderes legislativo y ejecutivo.

Bajo este espectro, este trabajo tiene como finalidad presentar las características principales de los llamados DESC que patentizan que estamos en presencia de verdaderos derechos subjetivos públicos como una condición para su justiciabilidad; los estándares de protección y las obligaciones del Estado frente a los derechos económicos, sociales y culturales; algunas de las problemáticas que presenta la justiciabilidad de los DESC; y, por último, algunas de las pautas o lineamientos esbozados hasta ahora para la justiciabilidad de los derechos económicos, civiles y políticos.



II.- LAS OBLIGACIONES ESTATALES FRENTE A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Stephan Holmes, citado por Humberto Nogueira Alcalá, señala que: “la dignidad humana y el derecho a una vida digna fundamenta tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. Todos los derechos tienen en tal perspectiva una dimensión positiva y negativa, ya que todos ellos requieren de prestaciones estatales que tienen costos económicos para su efectiva garantía”.

De la afirmación de Holmes podemos resaltar dos aspectos importantes para determinar si los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles: el primero de ellos es la atribución del carácter derechos fundamentales, tomando como base una perspectiva filosófica sustentada en la dignidad humana y una vida digna, como lo señala Nogueira Alcalá, “los derechos económicos, sociales y culturales conforman junto con los derechos individuales y políticos los soportes básicos del sistema de derechos fundamentales, como asimismo, todos ellos constituyen derivaciones de la dignidad intrínseca de la persona humana y se fundamentan en ellos”; el otro aspecto, es el carácter de derechos prestacionales.

Respecto a la calidad prestacional de los derechos fundamentales Robert Alexy, afirma que es necesario distinguir entre aquellos derechos que “están destinados, ante todo a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público” a los que denomina derechos de defensa frente al Estado, los cuales constituyen acciones negativas (omisiones) del Estado, en tanto que, en contrapartida, los derechos prestacionales son derechos a acciones positivas del Estado, es decir, los derechos que facultan a su titular a recibir prestaciones del Estado.

Para el autor alemán, uno de los temas más discutidos en la dogmática actual de los derechos fundamentales, es precisamente si los derechos sociales como los derechos a la educación, la salud, la asistencia social, al trabajo y la vivienda son derechos prestacionales; carácter que, en mi opinión, es una condición necesaria para determinar la posibilidad de obtener la eficacia y protección de este tipo de derechos ante la sede jurisdiccional.

Señala que los derechos sociales son derechos de índole positiva, es decir, derechos prestacionales que no solo conllevan prestaciones de carácter fáctico, sino también de carácter normativo. Por otra parte, también es importante señalar que otro rasgo distintivo de los derechos prestacionales es que en tanto los derechos negativos imponen límites a los fines del Estado; las acciones positivas imponen la persecución de determinados objetivos.

Atendiendo a las obligaciones positivas del Estado, los derechos prestacionales, según Alexy, pueden ser divididos en tres grupos:

1) Derechos de protección que son todos aquellos derechos que tienen los titulares para que el Estado los proteja de las injerencias de terceros; respecto de todo lo que es digno de ser protegido; las acciones del Estado para cumplir con los derechos de protección pueden ser en su caso de índole fáctico o bien, de naturaleza normativa.

2) Derechos a la organización y al procedimiento. Bajo este rubro se comprenden los derechos a que se establezcan determinadas normas procedimentales así como los derechos a cierta interpretación y/o aplicación concreta de las disposiciones adjetivas; como puede advertirse, en el primer caso, la obligación del Estado es de carácter legislativo; en



MARÍA ELENA ESPARZA LÓPEZ

Es licenciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato (UG), maestra en Derecho Civil por la Universidad de La Salle-Bajío, donde se graduó con distinción Magna Cum Laude, y Máster en Derechos Humanos por la Universidad de Granada (UGR) y la Procuraduría de Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG). Ha cursado diversas especialidades y diplomados entre los que destacan Notaría Pública y Derecho Procesal Civil y Mercantil, Argumentación Jurídica, Amparo, Derecho Administrativo, Medios de solución de conflictos alternativos, Derecho procesal constitucional, Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos, Procedimientos Orales en materia Civil, Familiar y Mercantil, Destrezas en Litigación Oral, Prospectivas Internacional del Estado Constitucional, entre otros. Actualmente forma parte del Taller de Teoría y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

tanto que en el segundo aspecto, se comprende el derecho a la tutela judicial efectiva propia de los órganos jurisdiccionales; sin embargo, los dos aspectos conllevan una obligación de naturaleza organizativa encaminada a la protección y garantía de los derechos fundamentales.

3) Derechos prestacionales en sentido estricto. Alexy considera que es en este tipo de derechos a los que pertenecen los derechos sociales fundamentales, pues implican que el Estado haga o proporcione al individuo algo que, “si tuviera los medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de los particulares”; de ahí, es dable afirmar que el derecho a la educación, a la vivienda, a la seguridad social, a la salud, etc., son derechos prestacionales en sentido estricto.

Ahora bien, aunque Alexy nos da importantes notas sobre la naturaleza de los DESC; para determinar la exigibilidad judicial de éstos, estimo importante establecer cuál es el contenido de las obligaciones a las que los Estados están sujetos frente a este tipo de derechos humanos.

Según Courtis y Abramovich, la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, -algo que resulta compatible con el concepto de derecho prestacional-; sin, embargo, Fabre, citado por los propios autores, sostiene la existencia de derechos sociales negativos, que a mi juicio tienen que ver primordialmente, con la no regresividad de los DESC pero también con obligaciones de abstención, como por ejemplo la obligación de no empeorar la educación.

Si bien es cierto, de manera genérica, se establece que el cumplimiento de las obligaciones del Estado frente a los DESC debe hacerse de manera progresiva, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que también existen obligaciones que deben cumplirse de manera inmediata; entre ellas, una que consistente en garantizar que este tipo de derechos se ejercerán sin discriminación; y la otra, consistente en el compromiso de adoptar medidas para el cumplimiento de estos derechos, sin que tal obligación quede condicionada o limitada por ninguna otra consideración.

Además de las obligaciones tradicionalmente de respeto, protección, garantía y cumplimiento, que son inherentes a los derechos humanos en general; en materia de derechos económicos, sociales y culturales existen obligaciones específicas que los Estados están obligados a cumplir.

El artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece una serie de imperativos que los Estados deben cumplir para asegurar la eficacia de los DESC; de la interpretación realizada por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de los lineamientos establecidos en los Principios de Limburgo sobre la implementación del Pacto, se pueden extraer las siguientes obligaciones:

a) Adoptar todas las medidas inmediatas para la realización de los DESC; debiendo prevalecer en este aspecto, el principio de no discriminación.

b) La utilización de todos los medios apropiados, entre las que se incluyen medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educativas concordantes con la naturaleza de los DESC; debiendo comprenderse en estos mecanismos, los recursos y remedios efectivos de protección, incluso los judiciales.

En el campo legislativo, a Courtis y Abramovich, señalan las obligaciones de carácter positivo de los Estados frente a los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser de tres tipos:

1) La obligación de establecer algún tipo de regulación que faculte o permita

el ejercicio del derecho. Esta obligación está relacionada con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada.

2) La obligación de establecer algún tipo de regulación que restrinja las facultades de personas privadas o bien imponga obligaciones de algún tipo.

c) Por último, cabe destacar que además de la inmediatez a la que hemos hecho referencia en el inciso a, existe otro tipo de obligación estatal frente a los DESC derivada del contenido de los artículos 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 26 de la Convención Americana para los Derechos Humanos y 1 del Protocolo de San Salvador; la progresiva efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; las obligaciones de los Estados a mantener una tendencia de progresividad.

Según Melish, citado por María del Pilar Gutiérrez Perilla; las obligaciones estatales frente a los DESC pueden ser de dos tipos, algunas de medios (*conduct-based*) y otras de resultado (*result-based*); si bien es cierto, de inicio los Estados tienen la obligación de garantizar la eficacia plena de los DESC, en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para la protección y garantía de los DESC; esta obligación debe ser progresiva, es decir, utilizando al máximo los recursos disponibles; únicamente en casos o situaciones muy especiales y claramente razonadas, es posible justificar algún tipo de retroceso y sólo por un periodo de tiempo excepcional; lo que lleva a concluir que en todo caso, el cumplimiento de la obligación también está sujeto a criterios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros exigibles.

III.- ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Una de los problemas más recurrentes en la protección jurisdiccional de los DESC, se refiere a que durante mucho tiempo, las obligaciones contenidas en los Tratados Internacionales de índole tanto universal como regional, adolecen



de mecanismos de obligatoriedad para el cumplimiento de las obligaciones estatales frente a los DESC; como consecuencia de ello, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desarrollado una serie de parámetros encaminados a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en sede judicial con miras a asegurar su efectividad plena; estándares de los cuales haremos una breve referencia a continuación:

A. El derecho a la tutela judicial efectiva en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

1.- El derecho a la tutela judicial efectiva. La Convención Interamericana de Derechos Humanos instituye una garantía específica para la protección efectiva de los DESC; la obligación de proveer recursos sencillos, rápidos y efectivos frente a las violaciones de derechos humanos. Esta obligación conlleva una serie de condiciones: a) la obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial (sin perjuicio de que puedan crearse otro tipo de recursos, en la medida de que sean efectivos); b) La exigencia de que el recurso sea efectivo; c) la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo (accesibilidad); d) la seguridad de que el recurso será considerado por parte del Estado; e) La posibilidad de poder dirigir el recurso aún en contra de actos cometidos por autoridades públicas o por sujetos privados; f) el compromiso del estado a desarrollar el recurso judicial; y g) la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

Conforme a la jurisprudencia del SIDH, el concepto de efectividad del recurso presenta dos aspectos: uno normativo y el otro, empírico.

En el primer caso, el recurso debe ser idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla y sancionar a los responsables.

El aspecto empírico hace alusión a las condiciones políticas e institucionales que permiten que un recurso previsto legalmente sea capaz de cumplir con su objeto u obtener el resultado para el que fue concebido.

2.- La implementación de remedios judiciales para la protección efectiva de los DESC.

a) La tutela cautelar de los derechos. La efectividad de los recursos tendientes a combatir la violación de los derechos humanos,

debe incluir medidas de índole procesal como las medidas precautorias, provisionales o cautelares; es decir, recursos sencillos y rápidos que restituyan en la medida de lo posible al afectado en el goce del derecho violado, cuando la temporalidad necesaria para la determinación de fondo haga nugatorio el ejercicio del derecho mismo y la reparación de ésta.

b) La tutela judicial efectiva ante afectaciones colectivas de derechos humanos. Uno de los componentes esenciales de la exigibilidad de los DESC es la posibilidad de contar con acciones de representación a intereses públicos o colectivos; ello si atendemos a que los DESC suelen ser generalmente derechos pertenecientes a colectividades que regularmente se ven limitadas o condicionadas por normas procesales reglamentarias o jurisprudencias restrictivas sobre legitimación activa, medios de prueba, costos del proceso y vías de ejecución de las decisiones.

c) La tutela judicial efectiva ante afectaciones individuales de los derechos económicos, sociales y culturales.

d) El derecho a un recurso judicial efectivo y el desarrollo de mecanismos adecuados para la ejecución de sentencias. La falta de un diseño adecuado de los procedimientos judiciales constituye un claro ejemplo de ineffectividad, pues la experiencia procesal demuestra que no sirve de mucho una sentencia que a la postre no puede hacerse efectiva. Aunado a lo anterior, en tratándose de los DESC, el cumplimiento de las sentencias adquiere una particular relevancia si tomamos en cuenta que el obligado a ello es el propio Estado, quien suele tener privilegios procesales como la inembargabilidad de sus bienes; lo cual, no solo es un problema de derecho interno, sino también de derecho internacional, pues un sinnúmero de informes y sentencias pronunciadas dentro del SIDH, sido incumplidas parcial e incluso totalmente.

IV.- LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ANTE SEDE JURISDICCIONAL

A continuación, abordaré algunas de las cuestiones más relevantes en relación con la exigibilidad de los DESC ante los órganos jurisdiccionales internos; en primer término, me ocuparé de algunas de las refutaciones más invocadas en contra de la posibilidad de justiciabilidad de los DESC, para después establecer algunos lineamientos que contribuyen a ésta última.

IV.1 Obstáculos a la exigibilidad judicial de los derechos sociales

En el artículo denominado “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, Curtis y Abramovich hacen un análisis de los principales obstáculos esgrimidos en contra de la judicialización de los DESC; reticencias entre las que se encuentran las siguientes:

La determinación de la conducta debida. Esta causa es atribuida principalmente a la redacción de los artículos 1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 26 de la Convención Americana para los Derechos Humanos, que utilizan vocablos que resultan oscuros a la hora de concretizar las obligaciones impuestas. Sin embargo, en opinión de Curtis y Abramovich, esto se debe principalmente a la generalidad con la que típicamente son expresadas las normas generales contenidas en los textos constitucionales y los tratados; sin que ello constituya un impedimento para la determinación del contenido de los derechos humanos y en particular los DESC; la generalidad permite mayor

flexibilidad y adaptabilidad de los instrumentos normativos a los órganos jurisdiccionales, de lo que resulta un desarrollo jurisprudencial tanto en el ámbito internacional como interno de cada Estado además que da pauta a la aplicación de nociones como la razonabilidad o el carácter adecuado o apropiado de las medidas empleadas para la protección de los DESC.

La autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas. Debido a que el cumplimiento de las obligaciones que importan los DESC involucra cuestiones de legislación y administración pública, da pauta a que cuando la reparación de una violación de derechos sociales trae como consecuencia acciones positivas del Estado relacionadas con recursos presupuestarios o con el diseño o ejecución de políticas públicas, los jueces suelen estimar que dichas cuestiones son competencias de los órganos políticos.

La inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de derechos sociales. Tradicionalmente los mecanismos establecidos en las legislaciones internas han sido diseñados para reparar las violaciones por conductas negativas de los Estados; además de las dificultades que existen en la cualificación de los DESC como derechos subjetivos.

La escasa tradición de control judicial en la materia. Existe una ausencia notoria de prácticas judiciales de exigencia de los derechos que se definen principalmente por una prestación, a través de mecanismos judiciales; ausencia provocada por concepciones conservadoras acerca del papel institucional del Poder Judicial y la separación de poderes; así como la divulgación de la idea de que el “activismo judicial” resulta contrario a los principios de las democracias liberales.

Esta causa también puede ser atribuida a las víctimas de violaciones de los DESC que, en lugar de agotar mecanismos de índole judicial, generalmente optan por estrategias de reclamo como la protesta pública, las campañas de divulgación y presión, entre otras, basta citar en nuestro país las luchas del magisterio disidente contra la Reforma Educativa implementada por el Estado Mexicano.

IV.2.- Lineamientos para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos sociales tienen que ser entendidos -dejando atrás las concepciones tradicionales de signo fuertemente conservador- como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno. La plena exigibilidad requiere de la creación de una sólida teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o de mejoramiento de los ya existentes.

El término “justiciabilidad” refiere la capacidad de reclamar una reparación ante un juez o un tribunal de justicia cuando ha ocurrido o es probable que ocurra una violación a un derecho. La justiciabilidad implica, por tanto, el acceso a mecanismos que garanticen derechos reconocidos. Los derechos reconocidos otorgan a sus titulares una vía de acción legal que les permite reclamar cuando quien debe cumplir con las obligaciones no lo hace.

Bajo este contexto, es indudable que el desarrollo internacional de los derechos humanos cumple un papel muy importante en la consolidación de los DESC como derechos plenos, con deberes esclarecidos y procedimientos de exigibilidad similares a aquellos que ya se han implementado para los derechos civiles y políticos.

En este sentido, la Comisión Internacional de Juristas, ha diseñado una serie de estrategias para la exigencia de justiciabilidad de los DESC; estrategias que se enuncian a continuación:

1) La erradicación de la categorización de los derechos humanos, así como de la idea de que los DESC no son susceptibles de tutela judicial.

2) Los DESC no pueden ser reducidos a un modelo uniforme de derecho y tampoco son identificables a través de un único rasgo o característica.

3) La judicialización no es el único medio de exigir el cumplimiento de los DESC; muchas medidas necesarias para su plena realización, dependen, en primer lugar, de la acción de los Poderes Ejecutivos y Legislativos de los Estados. Sin embargo, ello no implica el rechazo a la intervención de judicial que, al contrario, puede aportar una gama de recursos para que las víctimas obtengan reparaciones.

4) Actualmente existen diversos desarrollos conceptuales y prácticos, originados en los ámbitos internacional, regional o nacional, que demuestran que los DESC ofrecen múltiples posibilidades de justiciabilidad; entre los que se pueden citar, la distinción entre obligaciones positivas y negativas; la diferenciación entre obligaciones de efecto inmediato y de realización progresiva; la determinación de los diferentes tipos de obligaciones estatales; la prohibición de la discriminación, el principio de igualdad y las garantías procesales en materia de DESC; indivisibilidad e interdependencia entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.

5) Ninguna de las objeciones tradicionales a la justiciabilidad de los DESC, plantean impedimentos infranqueables; no obstante, es necesario la identificación de dichos obstáculos con fines de adopción de las medidas legislativas y la implementación de los mecanismos procesales tendentes a combatirlas.

6) Admitir la posibilidad de determinar el contenido de los DESC, tanto en el ámbito constitucional, en el ámbito convencional internacional, así como en las normas de derecho común y disposiciones administrativas.

7) La legislación y las reglamentaciones emanadas de los Poderes Legislativos de los estados y de la administración que definen a los titulares de los derechos, los sujetos obligados y el contenido de las obligaciones pueden constituir un medio útil para el fortalecimiento de la justiciabilidad de los DESC.

8) La aplicación de principios y estándares originados en el campo de los derechos civiles y políticos pueden ser útiles para los DESC.

9) El desarrollo de marcos conceptuales y de



jurisprudencia en los ámbitos internacional y nacional; como base para la protección de los DESC en otras jurisdicciones.

10) El equilibrio entre los poderes del Estado no es un impedimento para la intervención judicial en la toma de decisiones relativas a los DESC.

11) Fortalecer la función jurisdiccional, en la forma de cumplir con las obligaciones derivadas de los instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos, observando el respeto a la competencia de los poderes políticos.

12) El reconocimiento de que las violaciones graves, por acción u omisión cometidas por los poderes políticos pueden llegar a requerir una intervención judicial vigorosa para el restablecimiento del Estado de Derecho.

13) No menospreciar la capacidad de los jueces para resolver casos en los que se involucren los DESC y abandonar la idea de que este tipo de derechos conllevan cuestiones técnicas, complejas o polémicas; recurriendo, para el caso que así sea, la participación de peritos, expertos y amicus curiae.

14) La adecuación de los mecanismos procesales.

15) La adopción de un marco procesal adecuado para el tratamiento de casos que involucren afectaciones colectivas o requieran remedios colectivos.

16) La aplicación de las clásicas garantías del debido proceso y de un juicio justo; entre ellas, el derecho de defensa, el derecho de audiencia, el derecho a probar; la igualdad procesal, el control judicial de la actividad administrativa y el cumplimiento efectivo de las sentencias por parte de la Administración.

17) El desarrollo de la jurisprudencia nacional y la recurrencia a la jurisprudencia internacional y al derecho comparado en materia de DESC.

18) El aprovechamiento de la experiencia universal como la regional como forma de superación de los prejuicios jurisdiccionales que influyen en la limitación para exigir el cumplimiento judicial de los DESC.

Concomitante a los anterior, Laura Márquez Martínez plantea una serie de reglas de justiciabilidad de los DESC en sede judicial, aplicados específicamente al juicio de amparo, que el mecanismo procesal de nuestro país para combatir las violaciones de los derechos humanos; la autora al respecto señala las siguientes:

1.- Establecer los criterios para seleccionar la obligación a abordar. Individualizar los derechos y estudiarlos en una violación concreta (des-socialización).

Para lograr lo anterior, es necesario primero, observar el planteamiento de las partes atendiendo a la causa de pedir y limitando los argumentos persuasivos.

2.- Ceñirse a las reglas jurídicas que rigen el proceso. En materia de DESC y en medidas prestacionales se unen funciones de los tres poderes, es importante que el juzgador siga las reglas previamente establecidas por la normatividad, de manera que no se deje en indefensión a los ciudadanos ni tampoco se impongan cargas exacerbadas al Estado. Las figuras jurídicas como "interés legítimo", "causa de pedir", "carga de la prueba" y su atribución, "suplencia de la queja" y "seguridad jurídica" deben ser aplicadas e incluso reinterpretadas paulatinamente.

3.- Limitar la resolución del juzgador a los instrumentos propios de su función. La sentencia debe adecuarse a las constancias del expediente, material bibliográfico, hechos notorios, pruebas desahogadas en el proceso, limitándose a las particularidades del caso concreto y nunca en abstracto. Así mismo debe estudiar si las medidas normativas o prestacionales implementadas por el Estado son adecuadas o no y qué aspectos deben considerarse, sin que ello implique legislar ni dictar una política pública.

4.- Desde un punto de vista ideológico, el juzgador debe adoptar una posición más pasiva que la del activista, debe ser moderado tomando en cuenta los grupos en un conflicto y la composición del Estado.

En mi opinión, los lineamientos que establece la autora, son hasta cierto punto, un tanto conservadores del debido proceso y de la teoría clásica de la división de poderes; sin embargo, lo destacable de su análisis es la necesidad de un replanteamiento en la teorización procesal en materia de exigibilidad judicial de los DESC; necesaria para la resolución de los conflictos que los involucran; considerando precisamente que generalmente las víctimas de las violaciones a este tipo de derechos suelen ser los grupos vulnerables.

CONCLUSIONES

Primera: Las características de los derechos humanos como la indivisibilidad, la interdependencia, la universalidad y la progresividad son factores determinantes para afirmar que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales conllevan implícitas obligaciones positivas y negativas de los Estados.

Segunda: Además de las obligaciones de promover, proteger, respetar e incluso prevenir las violaciones de los derechos humanos; los derechos económicos, sociales y culturales requieren para su eficacia plena, no solo su reconocimiento sustantivo y el diseño de políticas públicas, sino otro tipo de acciones del Estado como la creación de mecanismos procesales sencillos, efectivos y accesibles que permitan su justiciabilidad.

Tercera: Es necesaria la participación activa de los operadores jurídicos para el impulso del litigio estratégico sobre DESC; con miras a sentar los marcos conceptuales e interpretativos tendentes a combatir obstáculos como la indeterminación del contenido de los DESC; las condiciones de su justiciabilidad así como un sistema procesal de ejecución y reparación efectiva.

Cuarto: Por último, la justiciabilidad de los DESC, requiere el compromiso del Estado en el cumplimiento de las sentencias que en esa materia se dicten; como una garantía del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

• Razón por la cual, las normas que regulan los derechos económicos, sociales y culturales se han denominado normas programáticas.

• El punto número 5 de la Declaración y Programa de Viena establece: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de la igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sea cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

• ³GARCÍA MORELOS, Gumesindo. “El proceso de habeas corpus en el derecho comparado”. Visible en bibiohistorico.juridicas.unam.mx consultado el día 5 de agosto del año 2016.

• ⁴PIOVESAN, Flavia. “Transversalidades. Los retos de la sociedad civil en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales” visible en corteidh.or.cr consultado el día 31 de julio del año 2016

• ⁵NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano” visible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-520020090002000007>, consultado el día 30 de julio del año 2016.

• ⁷ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: El Derecho y la Justicia. Madrid. 2007. pág. 383

• ⁹COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor. “Los derechos sociales como derechos exigibles” visible en

• ¹¹Observación General número 3. “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto) visible en conf-dts1.unog.ch consultada el día 6 de agosto del año 2016.

• ¹²COURTIS et alt. op. cit.

• ¹³GUTIÉRREZ PERILLA, María del Pilar. “La obligación de garantizar el desarrollo progresivo de los DESC en el Sistema Interamericano” Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina. Año 2, No. 4. Julio de 2013. Buenos Aires, Argentina; pág. 85. Visible en www.unsam.edu.ar consultado el día 6 de agosto del año 2016.

• ¹⁴Manual de directrices y buenas prácticas en derechos económicos, sociales y culturales. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2010.

• ¹⁵Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 24, entre otros.

• ¹⁶Ibidem

• ¹⁷COURTIS, Christian y AVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES” Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador 2009

• ¹⁸AMOR AMEAL, Jorge. “Artículo 26. Desarrollo Progresivo” visible en www.derecho.uba.ar consultado el día 8 de agosto del año 2016.

• ¹⁹CARBONELL, Miguel. “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales. Esbozo de algunos problemas”. La protección judicial de los derechos sociales. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador. 2009, pág. 67.

• ²⁰“Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales” Experiencias comparadas de justiciabilidad. Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, No. 2. Comisión Internacional de Juristas, pág. 7

• ²¹Ibidem, pág. 120

• ²²MARQUEZ MARTÍNEZ, Laura. “Pautas para la justiciabilidad de DESC. Aproximación desde las obligaciones del Estado” visible en iusfilosofiamundolatino.ua.es consultada el día 31 de julio del año 2016.





Sobre la Violencia Obstétrica

LUIS CHRISTIAN
ORTIZ ANDRADE

TUTORA: DRA. ANA MARÍA RUBIO CASTRO



PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es inevitable mencionar que uno de los orígenes de la violencia obstétrica es la violencia de género. Sin embargo, el escenario de la violencia obstétrica es el sistema de salud en particular, pero sus condiciones de posibilidad y operatividad exceden el ámbito institucional en el que se perpetran las violencias sobre los cuerpos de las mujeres. La construcción de subjetividad femenina como heterónoma y el disciplinamiento social de los cuerpos en materia de sexualidad, de larga data en nuestra historia occidental y cristiana, tienen en la industria actual de la obstetricia un modelado final: la maternidad se convierte en motivo para regularizar el “cuerpo de mujer”¹.

La experiencia de la maternidad conforma uno de los espacios de dominio de la biopolítica (Foucault, M. 1976. *La voluntad del saber. Historia de la sexualidad. Siglo XXI editores, Madrid.*). La negación del beneficio de prácticas y saberes tradicionales relativos al parto coloca a los profesionales de la salud como los únicos autorizados a intervenir en el cuerpo de las mujeres. La asimetría médico-paciente, entonces, se arraiga en las prácticas sociales. A su vez, la institucionalización de los procesos reproductivos desplaza a la mujer del rol protagónico en su propio embarazo, en el momento del parto e incluso durante el puerperio, lugar que pasa a ser ocupado por la autoridad del saber profesional².

La premisa de la que se parte es que las mujeres, representando al 49,5% de la población mundial³, continúan siendo consideradas un grupo vulnerable debido a la histórica situación de desventaja social, cultural, económica y política en la que se han visto inmersas; por lo que es necesario que las instituciones públicas otorguen los medios pertinentes para la defensa de sus derechos, incluidos aquellos de orden específico destinados a brindar la mayor protección, como por ejemplo el derecho a una vida libre de violencia.

Este último ha sido objeto de innumerables interpretaciones por parte de quienes se dedican a la protección de la susceptibilidad del género femenino, sumando esfuerzos para garantizar su libre desarrollo en cualquier ámbito.

El tema del caso a estudio que nos ocupa, la violencia obstétrica, tiene como punto de partida la asimetría de poder y saber entre los médicos y las mujeres, hoy en día nadie duda que la atención médica especializada reduce significativamente la mortalidad infantil, pero genera un paternalismo médico que anula a la mujer durante el proceso⁴.

Mucho se habla de la violencia física, económica, psicológica y laboral a la cual las mujeres se han visto sometidas, sin embargo, existen innumerables formas de generar un menoscabo a su esfera de derechos. Una más de estas formas que atenta contra el derecho a la salud, a la sexualidad y la reproducción, es la violencia obstétrica.

De manera particular, la maternidad en las mujeres ha sido regulada por medio de diversos mecanismos de poder planteados con el propósito

1 García Fernández, Tatiana. “Violencia obstétrica y educación sexual (sujetas, maternidad y cuerpos predicados)”. *La revista del CCC [en línea] n° 22*. Disponible: <http://www.centrocultural.coop/revista/articulo/527>. ISSN 1851-3263.

2 Citado por Laura F. Belli, en “La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos” http://www.unesco.org/uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_7/Art2-BelliR7.pdf

3 Según datos proporcionados por el Banco Mundial.- Población, mujeres (% del total): <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL.FE.ZS?end=2015&start=1960&view=chart>

4 <http://www.laprensa.com.ni/2016/03/10/opinion/1999692-violencia-obstetrica-en-nicaragua-24/03/2016-15:48> horas.

“

La violencia sexual, racial, de género y otras formas de discriminación en la cultura no pueden ser eliminadas sin cambiar la cultura”.

Charlotte Bunch

de delimitar, por una parte, los procedimientos que deben llevarse a cabo durante este proceso y, por la otra, señalar cuáles son aquellos que deben ser evitados.

La relación asimétrica que existe entre las mujeres y los profesionales de la salud revela una desigualdad, tanto simbólica como real, que dificulta el ejercicio de los derechos básicos de la mujer⁵.

A lo largo de la historia, el procedimiento que incluye la atención al embarazo, parto y puerperio ha ido evolucionando notoriamente. Las formas realizadas en el pasar de los años, en poco o nada se parecen a lo que conocemos actualmente. En sus orígenes estas cuestiones eran sujetas a la hoy denominada medicina tradicional, siendo mayormente en muchas culturas la figura de la partera y las mujeres relacionadas familiarmente con quien iba a parir, quienes imperaban en la toma de decisiones en estas etapas.

Si bien se sugiere ingenuo desconocer los innegables beneficios que los progresos tecnológicos han logrado conquistar en este campo en los años más recientes gracias a la tecnificación, las prácticas de rutina durante el momento del parto, aplicadas de forma sistemática, mecanicista y medicalizada, adquieren un carácter negativo, que muchas de las veces deriva en situaciones de violencia para las mujeres⁶.

5 Op. Cit. Laura F. Belli.

6 Ídem.



LUIS CHRISTIAN ORTIZ ANDRADE

Es Subprocurador de los Derechos Humanos (PDHEG), Zona B, en el estado de Guanajuato. Realizó un curso interdisciplinario de Alta Formación en Derechos Humanos, impartido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Diplomado en Derechos Humanos y Políticas Públicas por la Universidad de Guanajuato (UG), tiene un máster en Derechos Humanos por la Universidad de Granada (UGR), y obtuvo el reconocimiento San Francisco Javier S. J. otorgado por la Universidad Iberoamericana (UIA). Disertante en programas de especialización sobre Derechos Humanos, ha colaborado en sucesivas ocasiones con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

A lo anterior habrá de agregarse la hegemonía del saber médico con la consecuente subordinación y desvalorización de otros saberes lo que es parte de una tensión de poderes, en donde quien ha egresado de una escuela universitaria de medicina posee un conocimiento validado científicamente que desplaza de manera despectiva a otros. El conocimiento de las mujeres y sus experiencias quedan relegados como del universo de lo popular y en consecuencia carente de validez⁷.

Lo anterior pone en evidencia, la existencia de una relación desigual que existe entre las mujeres y aquellas personas que fungen como profesionales de la salud, la cual evidencia desigualdad, tanto simbólica como real, que obstaculiza el ejercicio de los derechos básicos de la mujer; aquellos derechos que los Estados parte de la comunidad internacional se han comprometido a proteger y dar vigencia al suscribir y ratificar documentos convencionales sobre derechos de las mujeres, tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para” de 1994.

Gran parte de la tarea que tiene la educación sexual para las nuevas generaciones radica en el compromiso colectivo de ir desarticulando aquellos lenguajes, símbolos y visiones del mundo que operan soterradamente al servicio del control social de los cuerpos de las mujeres⁸.

LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Al emitir el preámbulo de la Convención de CEDAW, los Estados parte de la misma se pronunciaron resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones.

Sobre el tema que nos ocupa, el artículo 12 de la Convención en cita señala, por una parte, la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia; y por la otra, el deber de garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

En 1985 la Organización Mundial de la Salud (OMS), fue enfática en advertir que el parto normal es un proceso natural y que solo hay que intervenir si es necesario.

En aquel mismo año, se emitió la Declaración de Fortaleza⁹, Brasil: “El Embarazo y Parto no es una Enfermedad”, con el auspicio de la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud. Este documento recoge el trabajo de obstetras, pediatras, parteras,

⁷ Canevari Bledel, Cecilia, *Cuerpos enajenados. Experiencias de mujeres en una maternidad pública*, Santiago del Estero, Barco Edita, 2011 [en línea] Disponible: http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/pdf_28.pdf

⁸ Op. Cit. García Fernández, Tatiana.

⁹ Sobre este punto véase: *Declaración de Fortaleza. Organización Mundial de la Salud. Tecnología apropiada para el parto* Publicada en *Lancet* 1985;2:436-437. Traducción ACPAM. Citado en: <http://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2009/11/Recomendaciones-OMS-sobre-el-parto.pdf>

epidemiólogos, sociólogos psicólogos, economistas, administradores sanitarios y madres, los cuales adoptaron una serie de veinticuatro recomendaciones sobre la “Tecnología apropiada para el parto”, mismas que la Organización Mundial de la Salud considera son aplicables a los servicios perinatales en todo el mundo.

Las recomendaciones hacen referencia al derecho de la mujer a recibir una atención prenatal adecuada y ocupar un papel central en todos los aspectos de dicha atención, incluyendo la planificación, ejecución y evaluación; reconociendo que el nacimiento es un proceso normal y natural que puede sufrir complicaciones.

En 1992, el Comité de CEDAW emitió durante su onceavo período de sesiones, la Recomendación General N° 19¹⁰, que tituló “La violencia contra la mujer”. En ella se hizo énfasis en el hecho de que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre, siendo que tales derechos comprenden, entre otros tantos, el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; por lo que se precisó que el artículo 12 de la Convención, ordenaba a los Estados Parte adoptar medidas que garanticen la igualdad en materia de servicios de salud, pues la violencia contra la mujer pone en peligro su salud y su vida. Además se observó que en algunos Estados existen prácticas perpetuadas por la cultura y la tradición que son perjudiciales para la salud de las mujeres y los niños, lo que incluía restricciones dietéticas para las mujeres embarazadas, la preferencia por los hijos varones y la circuncisión femenina o mutilación genital.

Lo anterior conllevó a recomendar a los Estados Parte asegurar que se tomen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad.

Para 1999, el Comité de CEDAW volvió a enfocar sus trabajos al tema de la salud y en esta ocasión, durante su 20 periodo de sesiones, formuló la Recomendación General N° 24¹¹ bajo el rubro “Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud”. En esta ocasión el Comité fue categórico al describir los alcances de las obligaciones de respetar, proteger y velar por el ejercicio de los derechos de la mujer en materia de atención médica:

14. La obligación de respetar los derechos exige que los Estados Parte se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Los Estados Parte han de informar sobre el modo en que los encargados de prestar servicios de atención de la salud en los sectores público y privado cumplen con su obligación de respetar el derecho de la mujer de acceder a la atención médica. Por ejemplo, los Estados Parte no deben restringir el acceso de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada o por su condición de mujer. El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.

15. La obligación de proteger los derechos relativos a la salud de la mujer exige que los Estados Parte, sus agentes y sus funcionarios adopten medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones e imponga sanciones a quienes cometan esas violaciones. Puesto que la violencia por motivos de género es una cuestión relativa a la salud de importancia crítica para la mujer, los Estados Parte deben garantizar:

a) La promulgación y aplicación eficaz de leyes y la formulación de políticas, incluidos los protocolos sanitarios y procedimientos hospitalarios, que aborden la violencia contra la mujer y los abusos deshonestos de las niñas, y la prestación de los servicios sanitarios apropiados.

b) La capacitación de los trabajadores de la salud sobre cuestiones relacionadas con el género de manera que puedan detectar y tratar las consecuencias que tiene para la salud la violencia basada en el género.

c) Los procedimientos justos y seguros para atender las denuncias e imponer las sanciones correspondientes a los profesionales de la salud culpables de haber cometido abusos sexuales contra las pacientes.

d) La promulgación y aplicación eficaz de leyes que prohíben la mutilación genital de la mujer y el matrimonio precoz.

17. El deber de velar por el ejercicio de esos derechos impone a los Estados Parte la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica. Los estudios que ponen de relieve las elevadas tasas mundiales de mortalidad y morbilidad derivadas de la maternidad y el gran número de parejas que desean limitar el número de hijos pero que no tienen acceso a ningún tipo de anticonceptivos o no los utilizan constituyen una indicación importante para los Estados Parte de la posible violación de sus obligaciones de garantizar el acceso a la atención médica de la mujer. El Comité pide a los Estados Parte que informen sobre las medidas que han adoptado para abordar en toda su magnitud el problema de la mala salud de la mujer, particularmente cuando dimana de enfermedades que pueden prevenirse, como la tuberculosis y el VIH/SIDA. Preocupa al Comité el hecho de que cada vez

¹⁰ Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.html>

¹¹ Ídem.



se da más el caso de que los Estados renuncian a cumplir esas obligaciones, ya que transfieren a organismos privados funciones estatales en materia de salud. Los Estados Parte no pueden eximirse de su responsabilidad en esos ámbitos mediante una delegación o transferencia de esas facultades a organismos del sector privado. Por ello, los Estados Parte deben informar sobre las medidas que hayan adoptado para organizar su administración y todas las estructuras de las que se sirven los poderes públicos para promover y proteger la salud de la mujer, así como sobre las medidas positivas que hayan adoptado para poner coto a las violaciones cometidas por terceros de los derechos de la mujer y sobre las medidas que hayan adoptado para asegurar la prestación de esos servicios.

La trascendencia de la Recomendación General N° 24 pretendió ser de tal magnitud que incorporó en sus resolutivos la petición a los Estados parte de situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afectaban a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas en la prestación de servicios de salud a la mujer.

En el año 2001 la Organización Mundial de la Salud, publicó una serie de Recomendaciones específicas sobre el cuidado perinatal, al considerar que el cuidado materno con apoyo tecnológico inapropiado, resultaba altamente preocupante dado que se continuaba practicando en todo el mundo, por lo recomendó que el embarazo y el parto debían, entre otros aspectos¹²:

- Ser no medicalizados.
- No sobretecnificados, optando por procedimientos simples.
- Basarse en las evidencias científicas.
- Contar con participación multidisciplinaria de parteras, personal obstetra, neonatólogo, y de enfermería.
- Tomar en cuenta las diferencias culturales.
- Poner el centro de la toma de decisiones a la mujer.
- Respeto total a la privacidad, la dignidad y la confidencialidad de la mujer.

Adicionalmente, se instó a la implementación de formas de cuidado que cuentan con evidencia sólida sobre su beneficio, como por ejemplo:

- El apoyo psicoemocional durante todo el trabajo de parto.
- El contacto inmediato piel a piel entre madre-hijo/a.
- El amamantamiento inmediato.
- La posición vertical durante el trabajo de parto.

Adicionalmente, se cuenta con un amplio marco jurídico internacional que da sustento a la protección contra la violencia relacionada con la salud reproductiva y derechos que con este última se interrelacionan.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del acceso a servicios de atención médica, de manera que se garantice el acceso a servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el puerperio.

Por su parte la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), entiende por violencia contra la mujer: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Dicha Convención impone a los Estados obligaciones positivas para erradicar todas las manifestaciones de violencia contra las mujeres, y establece que se debe prestar especial atención cuando la mujer que es objeto de violencia se encuentra embarazada (artículo 9).

A lo anterior se suma la Resolución A/HRC/21/22 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que contiene el Informe anual titulado: “Orientaciones técnicas sobre la aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos a la ejecución de las políticas y los programas destinados a reducir la mortalidad y morbilidad prevenibles asociadas a la maternidad”, que entre otros varios aspectos refiere:

“Un enfoque basado en los derechos humanos se ocupa de la salud en general y no de enfermedades aisladas; la premisa es que es necesario empoderar a la mujer para que reivindique sus derechos, y no simplemente evitar las defunciones o la morbilidad maternas. En este enfoque es esencial el reconocimiento expreso del derecho a la salud, con una comprensión completa de la salud sexual y reproductiva, en las constituciones y/o la legislación, junto con el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas para la reivindicación de esos derechos.

“En un marco de derechos humanos, las mujeres son agentes activas facultadas para participar en las decisiones que afectan a su salud sexual y reproductiva. Para ser eficaz, la participación debe permitir a las mujeres cuestionar la exclusión política y de otra índole que les impide ejercer poder sobre las decisiones y los procesos que influyen en su vida, incluida su salud sexual y reproductiva. Para ello se requiere una participación significativa en la determinación de los problemas, la concepción de las políticas y la asignación de los presupuestos, y en la evaluación de la ejecución de los programas y las políticas”.

El más reciente pronunciamiento sobre el tema que nos ocupa se hizo dentro de los trabajos de la XXII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (2013), en la que se concluyó, por un lado, la necesidad apremiante de la promoción, protección y garantía del pleno ejercicio de los derechos sexuales y los derechos reproductivos de las mujeres, de todos los grupos poblacionales y a lo largo de todo el ciclo de vida, mediante la implementación de leyes, políticas, normas, reglamentos y programas incorporados a los presupuestos nacionales y subnacionales,

¹² <http://cneqsr.salud.gob.mx/contenidos/descargas/EquidadGenero/SepDic10.pdf> 24/03/2016 15:12 horas.

por cuanto la autonomía física es una dimensión fundamental para el empoderamiento de las mujeres y su participación en la sociedad de la información y el conocimiento en igualdad de condiciones; y, por el otro, la importancia de asegurar en los servicios de salud que todas las mujeres sean atendidas sin ninguna violencia, en particular la violencia que ocurre durante los partos conocida como violencia obstétrica.

UNA MIRADA A LA SITUACIÓN LOCAL: CASO MÉXICO

México es un país cuya tradición en la esfera internacional ha sido la de promover una bandera airosa en la protección de los derechos humanos, aunque al interior la situación pinta contrastes entre el decir y el hacer.

Al margen de lo anterior, México generó un cambio de paradigma cuando en el año de 2011 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para incorporar la noción de los derechos humanos, al disponer su artículo 1 lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran 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.

Con fundamento en el artículo 1 Constitucional, los tratados internacionales con carácter vinculante y obligatorios para el gobierno y los servidores públicos, el Estado mexicano reconoce como vinculatorios a los acuerdos derivados de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que entró en vigor en 1981, y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) suscrita por México en 1998 y publicada en el DOF el 19 de enero de 1999 (acuerdos ya descritos en el capítulo anterior).

De la Constitución, se derivan las leyes generales. La Ley General de Salud, reglamenta en su artículo 1: “el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 40. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general”, y señala en su artículo 3 que en los términos de dicha Ley, es materia de salubridad general: “IV. La atención materno-infantil, a la cual se le destina el Capítulo V: Atención Materno-Infantil”. En su artículo 61 se señala: “La atención materno-infantil tiene carácter prioritario y comprende las siguientes acciones: I. La atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio”.

La Ley General de Salud reconoce la importancia de explicitar el trato de calidad, respetuoso y digno, con estricto respeto a los derechos humanos, así como a otorgar información clara. Esto se detalla en los siguientes artículos: artículos 51, 51 Bis-1, 51 Bis-2, 54 y de manera específica el artículo 61 Bis que refiere: “Toda mujer embarazada, tiene derecho a obtener servicios de salud en los términos a que se refiere el Capítulo IV del Título Tercero de esta ley y con estricto respeto de sus derechos humanos”.

El Programa Nacional de Desarrollo 2013-2018, dentro de la Estrategia Transversal Perspectiva de Género, señala que “la presente Administración considera fundamental garantizar la igualdad sustantiva

de oportunidades entre mujeres y hombres. Es inconcebible aspirar a llevar a México hacia su máximo potencial cuando más de la mitad de su población se enfrenta a brechas de género en todos los ámbitos. Éste es el primer Plan Nacional de Desarrollo que incorpora una perspectiva de género como principio esencial. Es decir, que contempla la necesidad de realizar acciones especiales orientadas a garantizar los derechos de las mujeres y evitar que las diferencias de género sean causa de desigualdad, exclusión o discriminación.

Derivado del Programa Nacional de Desarrollo 2013 – 2018, se elaboró el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres 2013-2018. En él se señala que se responde a los compromisos suscritos por el Estado Mexicano en el marco de las convenciones y los tratados internacionales: particularmente, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém Do Pará).

Dicho programa sectorial contempla objetivos transversales, de los cuales destaco los siguientes: 1) Alcanzar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y propiciar un cambio cultural respetuoso de los derechos de las mujeres, siendo una de las estrategias el “promover acciones afirmativas para garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres y evitar la discriminación de género”, mediante el desarrollo de protocolos y códigos de conducta para que los prestadores de servicios atiendan a las mujeres sin discriminación o misoginia; y 2) Fortalecer las capacidades de las mujeres para participar activamente en el desarrollo social y alcanzar el bienestar, mediante la estrategia relativa a “impulsar el acceso de las mujeres a los servicios de cuidado a la salud en todo el ciclo de vida”, mediante la reducción de la mortalidad materna y fortalecer la atención perinatal con enfoque de interculturalidad.

Bajo el rubro de la interculturalidad, a efecto de dar mayor difusión a la medicina y partería tradicional, recientemente, el 07 de abril de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016¹³, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida.

¹³ Disponible en: <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2016&month=04&day=07>



Esta nueva norma abroga a la NOM-007-SSA2-1993 de fecha 6 de enero de 2005 que buscaba disminuir los daños obstétricos y los riesgos para la salud de las mujeres y de sus hijos en el marco de la atención del embarazo, el parto y el puerperio. Esta norma ponía énfasis en la realización de actividades preventivas de riesgos durante el embarazo, así como la racionalización de ciertas prácticas que se llevan a cabo de forma rutinaria y que aumentan los riesgos o que son innecesarias. Asimismo, se planteaba la necesidad de fortalecer la calidad y calidez de los servicios de atención médica durante el embarazo, el parto y el puerperio.

Actualmente, la NOM-007-SSA2-2016 establece los criterios mínimos que debe seguir el personal del Sistema Nacional de Salud en la atención médica a mujeres embarazadas y recién nacidos, además de que contribuye a corregir desviaciones actualmente en uso que afectan la calidad de la atención en la salud, y señala pautas específicas a seguir para disminuir la mortalidad y la morbilidad materna y perinatal.

Dicha Norma es de observancia obligatoria en todo el país para el personal de los sectores público, social y privado del Sistema Nacional de Salud que brindan atención a mujeres embarazadas, durante el parto, puerperio y a personas recién nacidas, por lo que desde tales ámbitos la atención médica que reciban las mujeres en edad reproductiva debe ser universalmente con un enfoque preventivo, educativo, de orientación, consejería, integral y enfocada a considerar la reproducción humana como una expresión de los derechos reproductivos, para que sea libremente escogida y segura.

EL contenido de la norma oficial destaca, porque prevé una serie de definiciones que son un hito en el país. Por ejemplo dese precisa lo que debe entenderse por “calidad de la atención en salud”, la cual hace alusión al grado en el que se obtienen los mayores beneficios de la atención médica, acorde con las disposiciones jurídicas aplicables, con los menores riesgos para los pacientes y al trato respetuoso y de los derechos de las usuarias, considerando los recursos con los que se cuenta y los valores sociales imperantes. Incluye oportunidad de la atención, accesibilidad a los servicios, tiempo de espera, información adecuada, así como los resultados.

De igual manera, se hace referencia al “alojamiento conjunto”, que consiste en la

ubicación y convivencia de la persona recién nacida y su madre en la misma habitación para favorecer el contacto inmediato y permanente, así como la práctica de la lactancia materna exclusiva; lo que deja de lado el uso tradicional de cueros de acceso restringido y supervisión de la madre.

Una novedad más es la mención, por un lado, del “parto vertical”, entendido como la atención del parto de la mujer embarazada colocada en posición vertical: de pie, sentada, semidecúbito, o en cuclillas; y por el otro, la “pertinencia cultural”, al modo de convivencia en el que las personas, grupos e instituciones con características culturales y posiciones diversas, conviven y se relacionan de manera abierta, horizontal, incluyente, respetuosa y sinérgica en un contexto compartido.

De acuerdo con el párrafo 5.5.3 de la NOM, se establece la prohibición a toda persona que preste servicios de ginecología y obstetricia, de discriminar o ejercer algún tipo de violencia hacia la mujer en trabajo de parto.

A este respecto cabe retomar que la violencia de índole obstétrico comprende desde el maltrato verbal al llegar al hospital, la práctica de la tricotomía, enemas evacuantes, cortes quirúrgicos para agrandar la vagina durante el parto y revisiones de la cavidad uterina previamente al parto; procedimientos que se llevan a cabo generalmente sin brindar información a las mujeres para que decidan si están de acuerdo o no con ellos.

Esto constituye una afectación directa de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, los derechos de igualdad, de autonomía, derecho a la no discriminación, de salud, de integridad y a la información. Lamentablemente, se trata de prácticas tan comunes que se habían “normalizado” en las instancias del Sector Salud, que con la vigencia de la NOM-007-SSA2-2016, se busca erradicar.

Alrededor de 23,000 mujeres mueren cada año en América Latina y el Caribe por causas relacionadas con el embarazo, y específicamente en México, en el 2010, según un Censo del INEGI, ocurrieron 1,078 defunciones por complicaciones del embarazo, parto o puerperio¹⁴. Con este número de defunciones, el índice de mortalidad materna es de 56 fallecimientos por cada 100 mil nacidos vivos.

El mencionado Censo arrojó también que las tres primeras causas de muerte materna representan el 64.4% del total de estas defunciones. El 23.1% se vincula con el edema, proteinuria y trastornos hipertensivos en el embarazo, el parto y el puerperio; la segunda se asocia con las complicaciones del trabajo de parto y del parto, representando ésta un 20.3%; y la tercera son embarazos terminados en aborto, siendo este un 8.7%. Además de indicar que el 50% de los nacimientos fueron realizados por cesárea, en su mayoría innecesarias.

La violencia obstétrica es objeto de reproche en algunas entidades federativas de México, algunos de ellos, como Chiapas y Veracruz, han tomado severas medidas al respecto. Siendo que, en ambas entidades, la violencia obstétrica se encuentra tipificada en los códigos penales respectivos. Además de que otras entidades como Zacatecas y Jalisco cuentan con iniciativas en trámite dirigidas hacia su criminalización.

Dentro del Código Penal para el Estado de Chiapas, el delito se encuentra descrito y sancionado, por el artículo 183 BIS, dentro del capítulo VII BIS de la legislación sustantiva, de la siguiente forma¹⁵:

¹⁴ <http://www.cnnexpansion.com/economia/2012/05/09/madres-aportan-422-de-la-economia-24/03/2016-14:58>

¹⁵ <http://congresochiapas.gob.mx/legislativa/xvi/trabajo-legislativo/legislacion-vigente>

VIOLENCIA SOBRE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

“Artículo 183 Bis.- A quien limite o vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y voluntariamente sobre su función reproductiva, el número y espaciamiento de los hijos, acceso a métodos anticonceptivos de su elección, acceso a una maternidad segura, así como los servicios de atención prenatal y obstétricos de emergencia, se le impondrá una sanción de uno a tres años de prisión y hasta cien días multa”.

Además de encontrarse también un tipo específico en el siguiente capítulo, el VII ter, dentro del artículo 183 ter y siguientes, que señala:

VIOLENCIA OBSTÉTRICA

“Artículo 183 ter.- Comete el delito de violencia obstétrica el que se apropie del cuerpo y procesos reproductivos de una mujer, expresado en un trato deshumanizador, abuso en el suministro de medicación o patologización de los procesos naturales, generando como consecuencia la pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre su cuerpo y sexualidad. Con independencia de las lesiones causadas, al responsable del delito de violencia obstétrica, se le impondrá la sanción de uno a tres años de prisión y hasta doscientos días de multa, así como suspensión de la profesión, cargo u oficio, por un término igual al de la pena privativa de libertad impuesta, y el pago de la reparación integral del daño”.

Por otro lado, en el estado de Veracruz, el código penal respectivo recoge de la misma forma una figura delictiva desde 2010, en su artículo 363, dentro del capítulo III, que señala¹⁶:

VIOLENCIA OBSTÉTRICA

“Artículo 363.- Comete este delito el personal de salud que:

No atienda o no brinde atención oportuna y eficaz a las mujeres en el embarazo, parto, puerperio o en emergencias obstétricas.

Altere el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer.

No obstante existir condiciones para el parto natural, practique el parto por vía de cesárea, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer.

Acose o presione psicológica u ofensivamente a una parturienta, con el fin de inhibir la libre decisión de su maternidad.

Sin causa médica justificada, obstaculice el apego del niño o la niña con su madre, mediante la negación a ésta de la posibilidad de cargarle o de amamantarle inmediatamente después de nacer.

Aun cuando existan los medios necesarios para la realización del parto vertical, obligue a la mujer a parir acostada sobre su columna y con las piernas levantadas o en forma distinta a la que sea propia de sus usos, costumbres y tradiciones obstétricas.

A quien realice las conductas señaladas en las fracciones I, II, III y IV, se le impondrán de tres a seis años de prisión y multa de hasta trescientos días de salario; y quien incurra en los supuestos descritos en las fracciones IV y V será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de hasta doscientos días de salario”.

Si el sujeto activo del delito fuere servidor público, además de las penas señaladas se le impondrá destitución e inhabilitación, hasta por dos años, para ejercer otro empleo, cargo o comisión públicos.

A nivel nacional la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, al definir los tipos de violencia, es omisa en hacer referencia a la violencia obstétrica.

Por su parte en Guanajuato –lugar donde resido–, la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Guanajuato, refiere la violencia obstétrica como “todo acto u omisión intencional, por parte del personal de salud, que dañe, lastime o denigre a la mujer durante el embarazo y parto, así como la negligencia en su atención médica”; no obstante el código penal, nada menciona al respecto.

A nivel federal, la Secretaría de Salud ha creado un “Modelo de Atención”, que siguiendo principalmente las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, intenta brindar a las mujeres un enfoque humanizado, intercultural y seguro durante el embarazo, parto y puerperio. Esto es, se propone un manual para los procesos y actividades para fortalecer la sensibilización y capacitación del personal de salud, mediante la implantación del mismo en el Sistema Nacional de Salud¹⁷.

Dicho modelo además de establecer una problemática actual, plantea una serie de derechos concernientes a los pacientes, así como el concepto de parto humanizado, el cual deviene de otros términos que ya han sido utilizados en América Latina y Europa como “nacimiento humanizado”, “parto respetado” y “parto digno”; y que involucra, de manera explícita y directa, las opiniones, necesidades y valoraciones emocionales de las mujeres y sus familias en los procesos de atención del embarazo, parto y puerperio, teniendo como objetivo que las mujeres y sus familias vivan la experiencia como algo especial y placentero.

¹⁶ <http://www.legisver.gob.mx/?p=ley>

¹⁷ <http://www.dgplades.salud.gob.mx/Contenidos/Documentos/Interculturalidad/GuiaImplantacionModeloParto.pdf>



Este modelo señala además el marco normativo sobre el cual se funda, siendo estos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Salud y la Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-1993, que buscan otorgar las garantías necesarias para hacer efectivos los derechos de las mujeres anteriormente mencionados, para lo cual establece una serie de elementos operativos para facilitar condiciones de aplicación e implantación en los servicios de salud.

La mencionada guía además de establecer un objetivo genérico, desprende una serie de objetivos específicos entre los que se encuentran, promover competencias obstétricas con todo el personal de salud que participa en la atención obstétrica, tomando en cuenta las recomendaciones de la OMS, en el enfoque basado en evidencia científica y la normatividad vigente; disminuir las barreras culturales y de género responsables del alejamiento de las mujeres de los servicios de salud, lo cual favorece la mortalidad materna; integrar la promoción de la lactancia materna en el primer año de la vida del/la bebé, práctica que ha disminuido en los últimos años en nuestro país, entre otros.

Es importante mencionar que todas las consideraciones anteriores se basan en fundamentos doctrinales que aseguran cuestiones como que determinadas posiciones son más o menos favorables durante el parto, prácticas para la disminución de riesgos, efectos respiratorios en la mujer y contacto madre-hijo.

CONSIDERACIONES FINALES

Respetar los derechos humanos dentro del sistema de atención médica conlleva a erradicar los malos tratos que en muchas de las ocasiones se propician de manera sistemática hacia las mujeres que hacen uso de los servicios, así como por parte del personal de la salud.

La asimetría de poder existente entre las mujeres y los equipos de salud es típica del patriarcado y la tarea es la de correr el velo del machismo y desnaturalizar conductas que nos parecen normales. La violencia obstétrica es una lamentable muestra de que los médicos sienten que ellos son los protagonistas del parto y que las mujeres deben obedecer¹⁸.

Sin duda, la temática expuesta resulta de una problemática compleja que deja en evidencia entrecruzamientos culturales que hacen más que evidente el carácter interdependiente e indivisible de los derechos de las mujeres, de modo que por cada situación de violencia obstétrica contra una de ellas, se contabilizan otras tantas vulneraciones para las mismas.

La tarea más urgente es promover la reflexión y sensibilización del personal de la salud sobre este tema particular para lograr prevención de aquellas prácticas en salud violatorias de los derechos de las mujeres.

El fin último es garantizarle a la mujer su empoderamiento para que sea ella el centro de la toma de decisiones y hacer efectivos sus derechos a contar con toda la información relacionada con sus tratamientos antes, durante y después del parto, así como a recibir por parte del personal de salud un trato humano, respetuoso y digno atendiendo las condiciones sociales y culturales de cada una.

¹⁸ Perla Prigoshin, Coordinadora de la CONSAVIG (Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género). <http://cosecharoja.org/violencia-obstetrica-candelaria-sabe-que-tiene-derechos/>

Trata de Personas

VERÓNICA
AGUILAR CUÉLLAR

TUTOR: DR. ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA



OBJETIVO GENERAL

Se analizarán los elementos normativos del tipo penal previsto en el Protocolo de Palermo y su correspondencia con la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos (Ley General). A la vez se determinará si el estado mexicano, al haber emitido esta norma, cumple con los compromisos pactados al firmar la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Se buscará determinar las causas que consideró el legislador mexicano para la omisión de “los medios comisivos” como parte del tipo penal y su impacto en la efectividad judicial.

Se Analizará el artículo décimo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos para determinar su inconventionalidad y, por ende, se cuestionará su eficacia legal.

Se sintetizarán las implicaciones de la discrepancia en la regulación del tipo penal de trata de personas entre la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos y el Protocolo de Palermo porque no obstante, la oportunidad de aplicar control de la convencionalidad y el principio pro-persona, que podrían ser una aparente solución al problema, encuentran límites en la materia penal, pues la convencionalidad permite que los jueces utilicen la legislación internacional en lugar de la nacional, y en uno y otro caso, estaríamos frente a violaciones de derechos humanos de las partes involucradas (víctima y probable responsable).

Se valorará la propuesta de un cambio legislativo para dar cumplimiento a las obligaciones del Estado a nivel internacional y para hacer efectiva la normativa nacional protegiendo efectivamente los derechos humanos de las partes involucradas (víctimas-probables responsables).

INTRODUCCIÓN

La trata de personas es un delito que afecta a muchas personas alrededor del mundo (delito transnacional), parece ser que en pleno siglo XXI donde los derechos humanos han ocupado uno de los principales lugares dentro de los fines de los Estados, es cuando aparece, o quizás se tiene mayor noticia por la misma globalización y comunicación que existe de manera internacional. Esta forma de explotación que atenta contra la libertad, dignidad e integridad de las personas; encontrando como en todo, diferentes dimensiones y grados de vulnerabilidad de las víctimas, y como siempre, es cometido por otros seres humanos, que en el andar de la historia humana sigue siendo vigente lo que en su momento dijo Thomas Hobbes: *homo homini lupus est (Leviatán)*.

Pese a las garantías que ha previsto el estado mexicano a través de la reforma al artículo primero constitucional, con la integración de lo que se conoce como bloque de constitucionalidad, y la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar el Delito de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, (en lo sucesivo: Ley General) en la regulación del delito, no es suficiente que se puedan advertir y analizar todas las conductas que se llevan a cabo para la comisión del mismo, ya que existen una pluralidad de acciones antes de llegar al lugar de explotación y donde seguramente ya se podrá advertir de mejor manera la convergencia de la realidad con los medios comisivos como son: amenazas, violencia, engaño, etc.; pero en este punto, las víctimas al ser rescatadas por los funcionarios encargados de hacer

cumplir la ley, se encuentran con que el delito ha sido consumado en su totalidad puesto que ya se actualizó la finalidad que estaba prevista, es decir la explotación, dejando fuera las acciones previas que pasaron desapercibidas, no obstante que estamos frente a un tipo de resultado anticipado.

Se analizará la problemática de la previsión del delito de trata de personas, de acuerdo a un análisis comparativo entre el protocolo de Palermo y la Ley General; planteando los posibles escenarios ante la decisión de aplicar uno u otro ordenamiento legal, en aras del control de convencionalidad.

Situación actual en relación con la trata de personas en México.

Para noviembre de 2017, se advierte en la cumbre hemisférica, que México ocupa el quinto lugar en el mundo y el primero en américa latina en el delito de trata de personas, considerándose un país de captación, tránsito y destino de las víctimas (Sales, Renato: El Universal 27,11.2017).

Sigue persistiendo la conflictiva de no contar con estadísticas que muestren la tendencia de este delito, por diversos factores, como es la complicidad de la propia familia, que se advierte en las estadísticas emitidas por la CNDH (2016), el 45.4 % de las víctimas son captadas por personas conocidas, lo que implica que el lazo afectivo y la violencia que se puede ejercer sobre ellas, evite la acción de la justicia.

Por otra parte, se advierte que los estados fronterizos en el sur, gracias al fenómeno de la migración, entre otros, son nichos para la captación de las personas, ya que tanto el sueño americano como la pobreza misma, la etnicidad son factores de riesgo (OEA, 2017), por su parte los municipios fronterizos de los estados del norte, tienen gran auge para la captación y la explotación de las personas, particularmente las mujeres, niñas, adolescentes y jóvenes (CNDH, 2013; OEA, 2017); en este sentido; también, son lugares de explotación aquellos donde el turismo es alto, lo que implica que en este delito en particular, los copartícipes son o pueden ser de nacionalidad extranjera.

Entre los Estados que presentan una gran problemática relacionada con este delito, se pueden destacar la ciudad de México, Acapulco, Cancún y Guadalajara, que son algunos de los focos rojos de la explotación sexual comercial infantil (UNDOC, 2014).

Ahora bien, no solo contribuye la falta de estadísticas del delito, sino la inoperancia de



VERÓNICA AGUILAR CUÉLLAR

Es licenciada en Derecho con Mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y cuenta con dos maestrías: una en Educación superior por la Universidad de León (UDL), y otra en Desarrollo Organizacional por la Universidad Paris 12/Est Créteil Val de Marne (Créteil-Francia). Tiene un Máster Propio en Derechos Humanos por la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato (PDHEG) y la Universidad de Granada (UGR) y es docente certificada por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. Además de docente universitaria, se ha desempeñado como Agente del Ministerio Público, Jefa del Departamento de Averiguaciones Previas, apoderada legal de grupo financiero BBVA-Bancomer, abogada postulante, subdirectora jurídica de la firma legal Leonagui Lex, SC, Abogados, y coordinadora del área de Investigación de Posgrados, en la Universidad de León. Es, así también, coordinadora académica del área de especialidades y maestrías, y directora de la Facultad de Derecho de la Universidad de León. Actualmente se desempeña como titular de la Coordinación de Educación de la PDHEG Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato.

las autoridades quienes no ven el nivel y el riesgo que importa para las víctimas y para los Estados en general; ya que de la información vertida ya podrían definirse acciones, como políticas públicas y de seguridad. Aunado a la falta de claridad en la regulación del tipo penal.

En este sentido, hay que revisar el número de averiguaciones previas o carpetas de investigación que llegan a un proceso penal y que obtienen sentencias condenatorias, lo que se traduce en el ámbito federal que, de 571 averiguaciones iniciadas en el periodo del 2012 al 2015 sólo el 1.9% ha sido condenado, mientras que, en el ámbito estatal solo el 18.4 % de un total de 1,458 averiguaciones previas obtiene sentencias condenatorias. (CNDH, 2016).

RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

Valorar la aplicación del control de convencionalidad en el delito de trata, atendiendo al bloque de constitucionalidad de acuerdo a los artículos 1 y 133 constitucionales, ya que con base al contenido de dicho preceptos y al ámbito de cooperación internacional, actualmente los juzgadores recurren al principio pro persona y a la interpretación conforme, como elementos sine qua non para determinar la responsabilidad del probable responsable; en este sentido, y en el tema que nos ocupa, se acude directamente a la interpretación y fijación de criterios a partir del protocolo de Palermo, sin tomar en cuenta lo establecido en la Ley General, que tiene un carácter nacional y que al aplicar control de convencionalidad probablemente vulneraría los derechos humanos tanto del enjuiciado como de la víctima. O bien, plantear la inconvencionalidad de la Ley General y su inaplicación, que en todo caso, también, vulneraría derechos de las partes involucradas como se expondrá en la presente investigación.

Resaltar la importancia de los medios comisivos, que independientemente a que en la exposición de motivos de la Ley General se estableció que su desaparición en la ley obedeció a la dificultad de comprobarlos, no obstante, resulta necesario admitirlos en su justo análisis, como se expondrá en el apartado correspondiente.

Dar a conocer los posibles escenarios que se presentan dentro del marco legal, en razón a la discrepancia existente en la regulación del delito de trata de personas tipificado por la Ley General, en relación al Protocolo de Palermo y la urgente necesidad de atender dicha situación; en el entendido de que nuestro país firmó y ratificó dicho instrumento internacional desde el año de 2003 y que de acuerdo a lo previsto por los artículos 1 y 133 constitucionales, forma parte de nuestro bloque constitucional.

3.3 Planteamiento del problema

¿La Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar el Delito de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, (Ley General), debe ajustarse a lo establecido en el Protocolo de Palermo, en cuanto hace a la regulación del delito de Trata de Personas, incluyendo los medios comisivos como parte del tipo penal?

HIPÓTESIS

La Ley General si debe adecuarse a los lineamientos internacionales establecidos en el Protocolo de Palermo, por lo que hace al delito de trata de personas, incluyendo los medios comisivos al tipo penal, para evitar criterios opuestos en caso de realizar control de convencionalidad y de esta manera, el Estado mexicano esté en posibilidad de cumplir con la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.

MARCO TEÓRICO

La base teórica proviene en primer lugar de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que enmarca los deberes del estado en materia de garantizar, promover, respetar y proteger los derechos humanos vertidos en la misma y, en todos aquellos tratados que el Estado Mexicano ha firmado y ratificado. (artículo 1).

Enseguida, tenemos la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos en especial el Segundo Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que se conoce como protocolo de Palermo, y las leyes federales que norman el tipo penal en el derecho doméstico

ANTECEDENTES

Reseña histórica de México en relación al delito de Trata de personas.

Se cuenta con varios escritos de autores que han realizado una gran investigación documental para seguir la evolución del delito de trata de personas en México, por lo que en este apartado se hace un recuento breve:

Uno de los principales avances fue el reconocimiento que se hace de dicho delito por el Estado mexicano al firmar el protocolo de Palermo el trece de diciembre del año dos mil, ratificándolo el cuatro de marzo de dos mil tres (ONU DC 2004).

4.2 Código Penal Federal

A partir de la ratificación del Protocolo de Palermo por parte del Estado mexicano, se piensa en la implementación del delito de trata de personas, y es así como el veintisiete de marzo de dos mil siete; es decir cuatro años más tarde, una reforma al Código Penal Federal lo incluye en su artículo 207, para quedar en los siguientes términos:

“Artículo 207.- Comete el delito de trata de personas quien promueva, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba a una persona para someterla a cualquier forma de explotación, ya sea explotación sexual, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva, o para que le sean extirpados cualquiera de sus órganos, tejidos o sus componentes, dentro o fuera del territorio nacional. Al autor de este delito se le impondrá pena de cuatro a nueve años y de cuatrocientos a novecientos días multa”.

Mismo que en palabras de Sánchez Carreño, representó un primer avance en la legislación en esta materia; sin embargo, no tuvo ni las ventajas ni el alcance de las medidas adoptadas por el Protocolo (2014, 167). pues si observamos su redacción, no incluyó los medios comisivos previstos por el mismo.

4.3 Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (2007)

No obstante dicha regulación, para noviembre de este mismo año (2007), se aprueba y se sanciona la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas; asimismo, se derogan, adicionan y reforman diversas disposiciones de la Ley contra la Delincuencia Organizada, el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código Penal Federal – cabe señalar que se deroga el artículo 207 (transcrito) sobre la trata de personas – , entrando en vigor dicha Ley, el veintiocho de noviembre del año en cita, y donde quedó consagrado en su artículo quinto el tipo penal de trata, de la siguiente forma:

“Artículo 5.- Comete el delito de trata de personas quien promueva, solicite, ofrezca, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí o para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes.

Cuando este delito sea cometido en contra de personas menores de dieciocho años de edad, o en contra de quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo no se requerirá acreditación de los medios comisivos”.

De este tipo penal se destacan los siguientes elementos:

Verbos rectores de la conducta:	Medios comisivos:	Fines:
Promover Solicitar Ofrecer Facilitar Conseguir Trasladar Entregar Recibir	Violencia física Violencia moral Engaño Abuso de poder	Explotación sexual Trabajos o servicios forzados Esclavitud / prácticas análogas Servidumbre Extirpación de un órgano, tejido o sus componentes

ESQUEMA 1

Como se puede advertir, dichos elementos ya representan una redacción más alineada al Protocolo Internacional; sin embargo, esto se logró de manera limitada, porque si observamos el esquema 1, es posible advertir que si contenía los tres elementos establecidos por el Protocolo en su artículo 3, que son: conductas, medios y fines. Sin embargo, en cuanto a las conductas (verbos rectores) fue más allá de lo estipulado en dicho instrumento; es decir se aumentaron las conductas: de promover, ofrecer, facilitar, conseguir y entregar; pero se eliminaron una de las conductas a las que los tratantes más recurren: que es la de “captar”. “Transportar” (se utilizó como sinónimo de “trasladar”) y no se incluyó “acoger”, solamente “recibir”. Por lo que hace a los medios comisivos fue limitativa, es decir, sólo se incluyeron cuatro mientras que el Protocolo prevé diez medios comisivos. Por último, fue literal en lo concerniente a los fines. (UNODC, 2014:33).

Por otro lado, las consecuencias de que fuera una Ley Federal, no se dejaron esperar, pues se entró en la conflictiva que puede derivarse del federalismo y el carácter autónomo de los poderes estatales, y aunque



se contaba con ésta ley, no era de aplicación nacional, es decir, no tenía poder vinculante con los gobiernos estatales, en consecuencia, a nivel nacional se contaba con 13 leyes estatales y 16 códigos penales que tipificaban el delito.

Con la entrada en vigor de esta ley, se puso en práctica una política criminal sobre la prevención y sanción de trata de personas por parte del estado mexicano y obligó por primera vez, a las autoridades a la protección a las víctimas.

En razón a las complejidades para integrar el delito de trata de personas, así como a las escasas sentencias condenatorias sobre el mismo, hubo la necesidad de crear otra ley en la materia; es así que, así que el 14 de julio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma a la fracción XXI, del artículo 73 Constitucional, en la cual se facultó al Congreso de la Unión a expedir una ley general en la materia. La importante reforma, incluyó también, una adición al artículo 19 Constitucional por la cual se facultó a los jueces a ordenar prisión preventiva oficiosa, en los casos de trata de personas. Además, se reformó la fracción V, de la sección C, del artículo 20 Constitucional para incluir el derecho al resguardo de la identidad y otros datos personales de las víctimas que sean menores de 18 años de edad cuando se trate de este delito y cuando, a juicio del juzgador, sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. Un par de meses después, el 3 de agosto de 2011, los diputados integrantes de la Comisión Especial para la Lucha Contra la Trata de Personas y de los diferentes grupos parlamentarios presentaron una iniciativa de Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; la cual, después de varios foros de consulta y debates, fue aprobada en ambas Cámaras y publicada el 14 de junio de 2012, quedando abrogada la ley anterior. Esta nueva ley tuvo como finalidad homologar el tipo penal de trata en todas las entidades federativas, a efecto de contar con una mayor coordinación entre las autoridades federales y estatales, así como, con disposiciones con mayor protección a las víctimas. Dicha ley, es la que se encuentra vigente hasta nuestros días y en cuyo artículo décimo se configura el delito de trata de personas y que será materia de estudio en el apartado siguiente.

Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de los Delitos.

Esta ley como ya se mencionó, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012. En su articulado, señala las formas de coordinación entre los estados, municipios y la federación para su prevención, investigación, persecución y sanción, incluyendo la homologación del tipo penal en todos los Estados. Finalmente, se extiende la protección de las víctimas de delincuencia organizada ya nacional ya transnacional para que cambien de nombre y lugar de residencia a fin de salvaguardar su vida.

Esta reforma incluyó también, la anexión de la visa por razones humanitarias para víctimas extranjeras permitiéndoles permisos de trabajo durante su estancia y el acompañamiento en el proceso penal.

Para este año (2012), según el Diagnóstico Nacional sobre la Situación de Trata de Personas en México; veintinueve estados y el Distrito Federal ya contaban con una tipificación del delito en sus códigos penales, solo Jalisco y Campeche no contaban con un tipo penal que se ajustara a las necesidades Estatales para enfrentar el delito; asimismo, diecinueve estados ya contaban con una ley especial en la materia. (UNODC, 2013: 38).

Ahora bien, por lo que hace al tema que nos ocupa, esta Ley reguló el delito de trata de personas en su artículo diez, quedando en los siguientes términos:

CAPÍTULO II

De los delitos en materia de trata de personas

Artículo 10.- Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta ley y en los códigos penales correspondientes.

Se entenderá por explotación de una persona a:

- I. La esclavitud, de conformidad con el artículo 11 de la presente ley.
- II. La condición de siervo, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley.
- III. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los artículos 13 a 20 de la presente ley.
- IV. La explotación laboral, en los términos del artículo 21 de la presente ley.
- V. El trabajo o servicios forzados, en los términos del artículo 22 de la presente ley.
- VI. La mendicidad forzosa, en los términos del artículo 24 de la presente ley.
- VII. La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, en los términos del artículo 25 de la presente ley.
- VIII. La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, en los términos de los artículos 26 y 27 de la presente ley.
- IX. El matrimonio forzoso o servil, en los términos del artículo 28 de la presente ley, así como la situación prevista en el artículo 29.
- X. Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, en los términos del artículo 30 de la presente ley.
- XI. Experimentación biomédica ilícita en seres humanos, en los términos del artículo 31 de la presente ley".

Del precepto legal citado, es menester hacer las siguientes observaciones en relación a los ordenamientos anteriores; en la conducta típica se agregó la “omisión” como otra hipótesis del tipo que puede llevar a la configuración del delito de trata de personas. También, se vio desvinculada de la delincuencia organizada –ya que su fuente principal provenía de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional– considerando muy acertada la separación o independencia, porque este delito bien puede llevarse a cabo por una persona o por varias que pueden resultar en otro tipo de asociación para delinquir y no necesariamente en la delincuencia organizada.

Como podemos advertir, se eliminó de sus elementos constitutivos del delito, los medios comisivos, ya que el legislador consideró que eran difíciles de probar (Exposición de motivos, Cámara de origen: Diputados, 2011), considerando unicamente lo siguiente:

Verbos rectores de la conducta:	Medios comisivos:	Fines:
Captar Enganchar Transportar Transferir Retener Entregar Recibir Alojar	Se eliminan en esta norma, como elementos primarios y son agregados a algunos de los fines como agravantes del delito que se verán relacionados en el esquema 3.	Explotación en sus diversas definiciones (artículos del 11 al 31): Esclavitud Condición de siervo Prostitución u otras formas de explotación sexual Explotación laboral Trabajo o servicios forzados Mendicidad forzosa Utilización de personas menores de 18 años en actividades delictivas Adopción ilegal de personas menores de 18 años Matrimonio forzoso o servil Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos. Experimentación biomédica ilícita en seres humanos

ESQUEMA 2

Incluso en la iniciativa de reforma se expuso que no era conveniente exigir los medios comisivos en el artículo 10 de la ley, porque no constituían un elemento indispensable del tipo, sino como agravantes del mismo. Señalando que, en el ámbito internacional concretamente en la Convención de Naciones Unidas y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas de la Esclavitud, no contienen en sus respectivas definiciones sobre trata, dichos medios comisivos. (Sistema de Información Legislativa de la Secretaría de Gobernación).

También se señaló en la exposición de motivos que se habían eliminado los medios comisivos con el objeto de eliminar algunos obstáculos para facilitar la integración de las investigaciones; pues éstos eran muy difíciles de comprobar; dejando de lado las implicaciones en cuestión de certeza y seguridad jurídica; e incluso, la capacitación a los operadores de la norma. (UNODC, 2014:35).

Por otra parte, es importante recalcar que los medios comisivos previstos en el Protocolo de Palermo, si bien, no se encuentran en el tipo básico de trata de personas de la Ley General, también lo es, que no se dejan de considerar en dicha ley, ya que, algunos de ellos, los podemos ver implementados como agravantes de las hipótesis de la explotación sexual, en adultos y menores de edad, como lo podemos apreciar en el esquema 3:



ARTICULO	FIN	AGRAVANTE
13	EXPLOTACIÓN SEXUAL EN LAS SIGUIENTES HIPÓTESIS: Prostitución Pornografía, Exhibiciones públicas o privadas de orden sexual Turismo sexual Cualquier otra actividad sexual remunerada.	Engaño Violencia física o moral Abuso del poder Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad Daño grave Amenaza de daño grave Amenaza de denuncia ante autoridad migratoria
16	EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD EN LAS SIGUIENTES HIPÓTESIS: Actos sexuales Exhibicionismo corporal, con fines sexuales, reales o simulados, con el objeto de producir material a través de video grabarlas, audio grabarlas, fotografiarlas, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos, y se beneficie económicamente de la explotación de la persona.	Uso de la fuerza Engaño Violencia física o psicológica Coerción Abuso de poder Situación de vulnerabilidad, Adicciones Posición jerárquica Posición de confianza Concesión de pagos o beneficios Recepción de pagos o beneficios

ESQUEMA 3

Así como en el caso de los trabajos forzados, que son parte de su propia definición:

“Artículo 22.-

Hay trabajo forzado cuando el mismo se obtiene mediante:

- I. Uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, coerción física, o amenazas de coerción física a esa persona o a otra persona, o bien utilizando la fuerza o la amenaza de la fuerza de una organización criminal.
- II. Daño grave o amenaza de daño grave a esa persona que la ponga en condiciones de vulnerabilidad.
- III. El abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de su situación migratoria irregular en el país o de cualquier otro abuso en la utilización de la ley o proceso legal, que provoca que el sujeto pasivo se someta a condiciones injustas o que atenten contra su dignidad”.

Ahora bien; su importancia deriva de la necesidad de esclarecer la hipótesis planteada en la presente investigación, que consiste justamente en saber dónde y cómo deben considerarse los medios comisivos dentro de la Ley General, no sólo para que el Estado mexicano cumpla con sus obligaciones a nivel internacional; sino para que estos medios sean útiles para lograr la investigación, prevención y erradicación del delito de trata, de acuerdo a las necesidades internas del Estado mexicano. Y aunque inicialmente se planteó la necesidad de incorporar los medios comisivos, en el tipo básico de trata de la Ley General, con el propósito de homologarla a los lineamientos internacionales, será necesaria su reconsideración por las razones que más adelante se expondrán.

Análisis comparativo entre Protocolo de Palermo y el tipo penal de trata en la Ley General.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos adicionales surgieron por la resolución 53/1112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya finalidad era crear un instrumento contra la delincuencia organizada transnacional. El Comité Especial inició su labor el 19 de enero de 1999

y celebró 12 períodos; en su onceavo período de sesiones (Viena, 2 a 28 de octubre de 2000) aprobó el proyecto de Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, y el proyecto de Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y decidió presentarlos a la Asamblea General para que los aprobara de conformidad. (Torroba y Rodríguez, 2011: 4).

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, (Protocolo de Palermo) que como ya se mencionó, complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, fue firmado por el Ejecutivo federal el día 13 de diciembre del año 2000 y aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 22 de octubre de 2002, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de noviembre del mismo año. Dicho instrumento fue ratificado por el Ejecutivo Federal el 3 de febrero de 2003 y publicado en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación, el jueves 10 de abril del mismo año.

6.1 Finalidad del Protocolo de Palermo

Antes de entrar en materia, es conveniente señalar que el artículo 2 del Protocolo establece su finalidad:

“Artículo 2.-

Los fines del presente protocolo son:

- Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños.
- Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos.
- Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines”.

6.2 Concepto de trata de personas en el Protocolo

El artículo tercero del protocolo de Palermo define el delito de trata de personas, en los siguientes términos:

“Artículo 3.-

Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso

de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

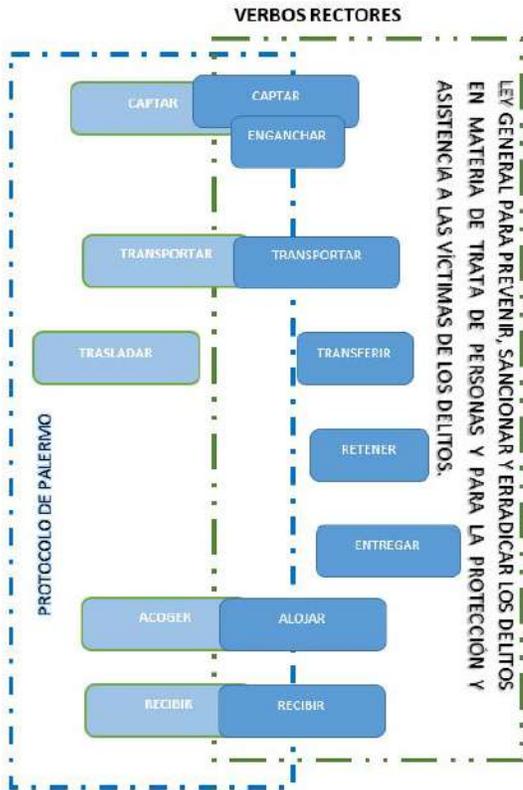
d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”.

6.3 Análisis comparativo de los elementos del delito de trata de personas a nivel nacional e internacional

Normas:	Verbos rectores:	Medios comisivos:	Fines:
Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de los Delitos. (artículo 10)	Captar Enganchar Transportar Transferir Retener Entregar Recibir Alojar	Se eliminan en esta norma, como elementos primarios.	Explotación en sus diversas definiciones (artículos del 11 al 31): Esclavitud Condición de siervo Prostitución u otras formas de explotación sexual Explotación laboral Trabajo o servicios forzados Mendicidad forzosa Utilización de personas menores de 18 años en actividades delictivas Adopción ilegal de personas menores de 18 años Matrimonio forzoso o servil Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos. Experimentación biomédica ilícita en seres humanos
Protocolo de Palermo (artículo 3)	Captar Transportar Trasladar Acoger personas Recibir personas	Amenaza Uso de la fuerza Otras formas de coacción Rapto Fraude Engaño Abuso de poder Abuso de una situación de vulnerabilidad Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.	Con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo: Explotación de la prostitución ajena Otras formas de explotación sexual Trabajos Servicios forzados Esclavitud Prácticas análogas a la esclavitud, Servidumbre Extracción de órganos

ESQUEMA 4

A manera panorámica y considerando que en el tema que antecede se hizo la transcripción del delito de Trata de Personas tipificado en la Ley General, aquí se establecen las diferencias entre ambas normatividades:



ESQUEMA 5

Ahora bien, considerando el comparativo anterior; de entrada se advierte que en la Ley General sólo existen las conductas y los fines; mientras que en el Protocolo de Palermo, el tipo se compone de conductas, medios comisivos y fines. Al respecto, se analizará cada uno de los elementos del delito considerados.

6.3.1 La conducta de trata

En relación a los verbos rectores de la conducta, de acuerdo al esquema 5; vemos que la norma mexicana aumenta algunos que podrían resultar importantes para la configuración del delito como son: enganchar, transferir, retener y entregar (que no están en el Protocolo); dejando fuera: trasladar, considerado por el Protocolo, del que se advierte que en el idioma inglés el verbo utilizado es “transfer” lo que muestra que es en la traducción donde cambian las significaciones, por lo que trasladar y transferir pueden ser interpretaciones derivadas de la propia traducción; pero más allá de esta cuestión del lenguaje, ¿qué importancia revisten estos verbos? Se considera que la respuesta es que las conductas tienden a ser la forma de participación de los autores con los partícipes del delito, puesto que son acciones concatenadas y continuas en el tiempo, realizadas con la finalidad última de la

explotación en sus diversas manifestaciones típicas, pero es importante considerar que dichas acciones pueden por sí mismas configurar el delito en materia de trata de personas, es decir, que la sola realización de alguna de ellas de manera aislada, ya se considera típica, pues el Protocolo no establece que la explotación se cumpla, sino la sola intención “conseguir para” ó “con el propósito de” puesto que es un delito de emprendimiento (Ontiveros, 2010:210).

6.3.2 Los medios comisivos y el consentimiento de la víctima

“Los medios comisivos son todos aquellos mecanismos o procedimientos utilizados por el tratante para lograr ejecutar los actos de la trata de personas y, en última instancia, hacer efectiva la finalidad perseguida de explotación”. (Torroba y Rodríguez, 2011: 13).

En este sentido, la norma mexicana es laxa en la descripción del tipo penal de trata de personas al omitir los medios comisivos, por ejemplo: Victor conoce a María (que no cuenta con vulnerabilidad alguna ni relación con Victor) la invita (la capta) a prostituirse ofreciéndole que las ganancias serán por mitad. En este ejemplo, para la Ley General esta conducta sería delito; no así en el Protocolo de Palermo. Amén de que según el artículo 40 de la Ley General, señala que el consentimiento de la víctima no excluye de responsabilidad al inculpaado.

Desde otra óptica, veamos qué sucede ante la exigencia de los medios comisivos establecidos en el Protocolo, de acuerdo al siguiente esquema:



ESQUEMA 6

La organización del esquema 6, no es deliberada, sino que se han colocado en el lado izquierdo del esquema, aquellos medios que cuentan con una significación en el derecho penal (delitos), bien porque son considerados delitos en sí mismos, como fraude, rapto y amenaza, o elementos constitutivos de algún delito, como el engaño, que en estricto apego a la legalidad, aquéllos constituyen un tipo penal distinto en nuestro derecho interno, lo que vendría a complicar el sistema de justicia para la víctima, se explica:

La tipificación de un delito en estos términos, necesariamente obligaría a las víctimas a iniciar la acción de la justicia ante el Ministerio Público para iniciar la carpeta de investigación y en caso de tener elementos suficientes iniciar la judicialización del mismo; y es a través de la sentencia condenatoria, que nos daría como resultado que el hecho si era constitutivo del delito denunciado y que el probable responsable si lo cometió en el grado de autoría y participación requeridos por la ley; por lo que tendrían

que comprobarse todos los elementos del tipo penal, desahogarse las pruebas, explorarse la antijuricidad y las causas de exclusión del delito etc.; es decir, seguir con el procedimiento completo. Luego entonces, al señalar el Protocolo de Palermo que: al que por medio del “fraude” “rpto” “amenaza” realice cualesquiera de los verbos rectores con el fin de explotación en sus diferentes formas, lo que está generando, es la obligación de que la víctima tenga que buscar la justicia para este primer delito, porque si bien éstos, están señalados como medios comisivos por el Protocolo; también lo es, que se encuentran regulados como delitos independientes en nuestro derecho interno; lo cual implica que para poder comprobarlos, estaríamos en la necesidad de una segunda carpeta de investigación para acreditar que fue víctima de trata de personas, con lo que estamos hablando de dos conductas independientes que a través de la manifestación del Protocolo se integran una como parte de otra.

Si bien es cierto que el Protocolo de Palermo, sólo atiende a la forma en que fue captada y explotada la persona, y que quizás estas palabras que configuran delitos en sí mismas, solo fueron usadas como ejemplos de las posibles formas de acción del tipo penal de trata, se está exigiendo a la propia víctima el denunciar dos delitos en diferentes instancias, para que previo se pruebe el primero y se constituya en el medio comisivo, del segundo, lo que dejaría en estado de indefensión a la persona y haría nugatorio su derecho a la justicia, y al aplicar control de convencionalidad, nos sujetaría a las condiciones expuestas, atentando incluso, contra la propia finalidad del Protocolo, prevista en su artículo 2.

Como corolario de lo anterior, hay que establecer que en el caso del delito “rpto” no está tipificado en el Código Penal Federal, que sería fuente supletoria de la ley especial, lo que entraría por virtud de la concurrencia de funciones en un dilema, ya que sólo podría configurarse en aquellos estados donde sí se encuentra tipificado, a saber: Chiapas, Coahuila, Colima, Hidalgo, Nuevo León, Sinaloa, Sonora, Zacatecas (CNDH, 2015), quedando frente a una imposibilidad material comprobar el “medio” en el delito de trata de personas.

Retomando el análisis de acuerdo al esquema 6; en el lado derecho, son medios que son subjetivos y que probarlos como excluyente del consentimiento de la víctima sería de difícil comprobación, aunado a que la Ley General establece que no es relevante para el derecho penal el haber obtenido el consentimiento de la víctima ya que este delito en particular se realiza a través del sometimiento de la víctima, hecho que será motivo de estudio más adelante.

Finalmente en la parte de arriba y abajo enmarcados en círculos, tenemos acciones que tienen que ver con la participación de quien ejerce poder de mando sobre la víctima, ya que posea la patria potestad de la persona, como podría ser sobre los hijos e hijas menores de edad, o bien porque existe una relación de supra subordinación, donde la persona aunque legalmente no está bajo la tutela de ninguna otra persona se comporta de esta manera por el nivel de sometimiento, ya sea por admiración, agradecimiento o miedo que se tenga a éste.

Recordando que de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley General (2012), se eliminaron los medios comisivos, toda vez que se consideró que su comprobación es de difícil obtención puesto que no hay pruebas directas ya que en su mayoría los medios son de carácter subjetivo, lo que dejaría a las víctimas en estado de indefensión, según los términos siguientes:

“Se reforma el tipo penal del delito de trata de personas para hacerlo

más aplicable, reduciendo las conductas y eliminando en lo posible elementos subjetivos, difíciles de probar, encuadrar y acreditar, al mismo tiempo que se reforman los elementos que se refieren a los medios comisivos, con el fin de que quede su probanza a cargo de las víctimas (sic) y se propicie así su revictimización o se les ponga en riesgo en los procesos”.

Sin embargo, cabe señalar que la Ley General contempló algunos medios comisivos, pero no como elementos del tipo básico de trata, sino como agravantes de la pena del mismo. Lo cual implica que, en caso de lograr su comprobación, se beneficiaría la acción del Estado al reprimir con mayor penalidad esas conductas; sin dejar de aplicar la ley por las otras, que no necesariamente se llevaron a través de los medios comisivos enunciados. En este sentido, es un desacierto de la norma el solo haberla previsto en delitos de explotación sexual de adultos y de menores de edad, pues dejan fuera, todos los demás fines o propósitos establecidos en la norma.

Parte de este resultado, la eliminación de los medios comisivos, proviene del análisis legislativo en relación a lo previsto por el inciso b) del artículo tercero del citado protocolo, ya que señala:

“El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;”

De acuerdo a esta disposición, el consentimiento de la víctima es irrelevante para tipificar el delito de trata, si se ha utilizado alguno de los medios comisivos mencionados en el Protocolo; lo cual, implica cierta lógica, pues al utilizar uno de dichos medios, estaríamos en presencia de un consentimiento viciado.

Por otra parte, el inciso c) señala que: “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño, con fines de explotación, se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a)...”

En esta disposición se considera la excepción de tipificar como trata aún sin medios comisivos, cuando la víctima sea un niño.

Sin embargo en la Ley General, el legislador dejó de lado el libre albedrío de las personas al considerar que el consentimiento de las



víctimas de trata es irrelevante para efectos de la responsabilidad del inculpado no obstante, no requerir medios comisivos que pudieran viciar el consentimiento

En este sentido, habrá que cuestionar el artículo cuadragésimo de la norma nacional en el que establece:

“El consentimiento otorgado por la víctima, cualquiera que sea su edad y en cualquier modalidad de los delitos previstos en esta Ley no constituirá causa excluyente de responsabilidad penal”.

Mientras que, en el Protocolo de Palermo, condiciona en el artículo 3 que define la trata, el consentimiento de la víctima en los siguientes términos:

“b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados a dicho apartado;”

Ante esta antinomia, algunos autores han sostenido que lo dispuesto en el Protocolo representa un retroceso significativo frente a las conquistas obtenidas a través de la Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933, que ya establecía una definición del delito, existiera o no consentimiento; (Torroba y Rodríguez, 2011: 8). En este sentido, nuestra norma nacional, constituiría un gran avance, a diferencia del Protocolo de Palermo; pues estaríamos colocando a la víctima en la situación de probar su falta de consentimiento.

De esta forma, el consentimiento guarda íntima relación con los medios comisivos, existentes en el Protocolo como elemento del delito de trata de personas, porque de acuerdo a éste, la implicación que tiene la acción dolosa de sometimiento de los autores sobre las víctimas, hace que su “consentimiento” se encuentre bajo el influjo de uno o varios vicios de la voluntad: error, dolo, mala fe, lesión o violencia.

En este orden de ideas, debemos entender que éstos existen previo a la manifestación de voluntad del sujeto pasivo, e influyen en el proceso volitivo del sujeto en el periodo de consideración y análisis de los elementos para tomar una decisión, por lo que constituyen un obstáculo para que lo expresado por el sujeto como su voluntad sea en realidad auténtico (Salazar S/año: 300). En el caso en particular

del delito de trata, las personas son inducidas a través de alguno de estos vicios conformando lo que se denomina engaño.

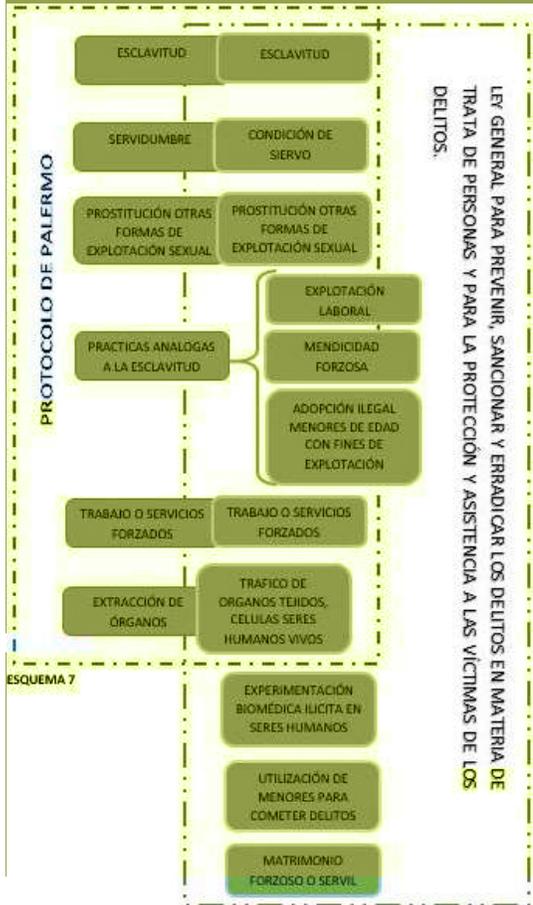
Y en este punto hay que diferenciar dos momentos en el reclutamiento el primero que al parecer es la esencia del protocolo, donde una persona puede ser privada ilegalmente de su libertad y después encerrada y explotada por tiempo indefinido; y la segunda, que sea enganchada a través del enamoramiento, lo cual atendería al error, es decir, que tiene una falsa apreciación de la realidad ya que está siendo manipulada por el sujeto activo, quien va a mermar su libertad al paso del tiempo y le permitirá que la víctima acepte la trata como solución a una situación desfavorable por situaciones que pueden darse a través del chantaje y así cumplir con el objetivo de la explotación.

No obstante lo anterior, es imperante señalar que nadie puede dar su consentimiento a ser explotado, pues los derechos humanos cuyos bienes jurídicos son tutelados por la ley penal son inalienables e irrenunciables, lo que nos lleva a decir que el “consentimiento” de las personas en particular que por cualquier motivo las lleve a renunciar a estos derechos, sería una contradicción a los principios universales ya reconocidos a nivel nacional e internacional.

Asimismo, es razonable pensar que los elementos que componen al tipo penal de esta ley general, no son sólo para que se pueda configurar el delito en un caso en concreto, sino que son la base para la realización de políticas públicas para la prevención del mismo, por lo que detallarlos nos permitiría pensar en sus posibles escenarios, como bien podría ser que no todas las acciones que se realizan para la consecución del fin del delito de trata se realizan a través de los medios señalados en el protocolo, ya que la captación que resulta del enamoramiento (cuyo error considerado como falsa apreciación de la realidad), hace que la víctima creyéndose protegida, amada y deseada se desplace de un sitio a otro incluso por sus propios medios, donde la violencia no será visible y el engaño tampoco, sin embargo en su desplazamiento hay algo que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley si podrían valorar y tener un protocolo de acción en prevención de la consumación irremediable del mismo.

6.3.3 Los fines

Por último, la finalidad de la trata es la explotación. Desde la visión del Protocolo de Palermo contrastado con la ley nacional queda como se representa en el esquema 7.



Como puede advertirse en el esquema 7, los fines establecidos en el derecho nacional, son más amplios que los asentados en la norma internacional, por lo que podríamos considerarla más protectora de las personas, que por su propia calidad pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad, ya por la desigualdad estructural inherente a las sociedades, ya por la suma de la falta de oportunidades que garanticen el derecho a la vida digna, lo que implicará de entrada la necesidad económica y de seguridad personal, como el acceso a una vida libre de violencia, capacidad de ejercicio de las libertades y las capacidades de elección sobre su propia persona.

En párrafos anteriores, se establecen los elementos básicos del delito que han considerado varios tratadistas, así como jueces

para determinar el tipo penal. Sin embargo, en estos párrafos, analizaremos de manera rigurosa el delito en materia de trata, a fin de establecer sus fortalezas y sus necesidades normativas para mejorar la protección de las víctimas y asegurar el debido proceso para los probables responsables, ya que se advierte una antinomia entre las normas internacionales de protección de los derechos humanos, que será tratada en el punto 5 y subsecuentes de esta investigación.

Iniciaremos con los elementos del tipo penal:

Subjetivos.- “Son dolosos aquellos en los que las conductas responden a un curso causal dominado por el agente” (Hugo Sierra y López Canelo, 2007).

La finalidad, que tiene que ver con un elemento cognitivo del agente.

Objetivos o descriptivos.- “Son aquellos que provienen del lenguaje cotidiano, guardan correlato los aspectos del mundo real perceptibles por los sentidos” (Hugo Sierra y López Canelo, 2007).

Captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas.

Normativos.- “Son los que implican una valoración o un concepto propiamente jurídico” (Hugo Sierra y López Canelo, 2007).

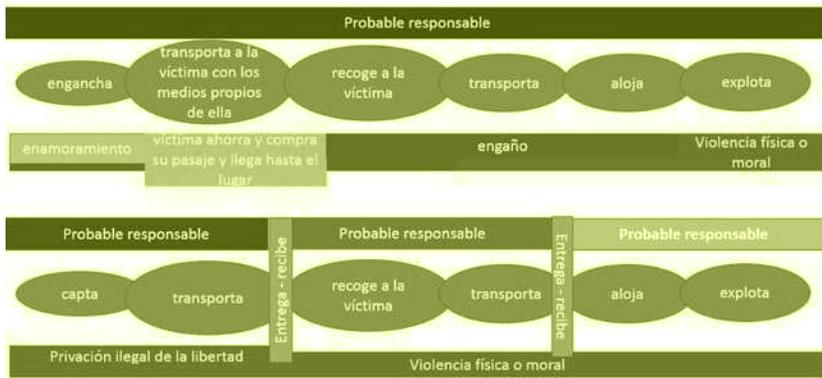
En el tipo que nos ocupa, son las definiciones legales que la norma hace respecto de: esclavitud, condición de siervo, prostitución u otras formas de explotación sexual, explotación laboral, Trabajo o servicios forzados, mendicidad forzosa, utilización de personas menores de 18 años en actividades delictivas, adopción ilegal de personas menores de 18 años, matrimonio forzoso o servil, tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos y experimentación biomédica ilícita en seres humanos.

Por otra parte, y en estricto apego a la teoría del delito tenemos que en materia de trata no se requiere de un sujeto activo con calidad específica: es decir puede ser cualquier persona.

Por el número de sujetos activos es unisubjetivo, es decir, el tipo penal subsiste aunque la conducta sea realizada por un solo sujeto. Y nada impide que pueda ser en la práctica plurisubjetivo.

Por la pluralidad o unidad de actos; En primera instancia es un delito que requiere de pluralidad de actos para la consumación total, ya que requiere de varios actos concatenados que darán como resultado el sometimiento de la víctima para los fines de explotación establecidos, aunque éstos no necesariamente irán juntos en el tiempo, es decir pueden desplegarse momento a momento, por lo que se considera un delito continuo.

Por otra parte, el delito también se consume cuando cualquiera de las acciones se realicen y cada una de ellas se va ejecutando, siempre y cuando se demuestre que la finalidad es la explotación, situación que es riesgosa para la investigación, prevención y persecución del delito, ya que el por tratarse de un elemento subjetivo, será conocido por pruebas indiciarias y no por conocimiento directo, ejemplo; al momento de la detención del probable responsable, sólo se tiene una acción la captación, enganche o reclutamiento, pero aún no ha sido trasladada la víctima y mucho menos explotada, estas acciones sin embargo se han realizado cuyo fin último era explotarla en alguna de sus formas.



ESQUEMA 8

Ahora bien, como puede apreciarse en el esquema 8, todos los actos concatenados llevan a la finalidad última del delito, sin embargo, cada acción en sí misma con fines de explotación, sería un acto culminado que conformaría el delito de trata, se explica: con base en el artículo 10 de la citada Ley General mexicana, los elementos del tipo penal serían:

Uno o varios sujetos activos. (unisubjetivo o plurisubjetivo, respecto de los activos)

Que realicen una acción u omisión (La conducta puede ser de acción o de omisión).

Dolosa (por su culpabilidad, el agente quiere el resultado).

Para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar (verbos rectores descriptivos).

Con fines de explotación (elemento subjetivo que tiene que ver con un aspecto cognitivo del agente).

En contra de uno o varios sujetos pasivos (sujeto pasivo sin calidad específica).

Al respecto, cabe destacar que la propia ley advirtió como una agravante la pluralidad de personas víctimas) en su artículo 42, fracción IX, y aunque la jurisprudencia en un principio resolvió que no era compatible la calificativa con el delito básico, por medio de una contradicción de tesis, se resolvió finalmente por el pleno del Primer Circuito que la agravante no generaba una recalificación del delito, sino que determinaba la sanción a imponer en caso de que existiera más de una víctima. (Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo III, p.1744, Décima Época, Plenos de Circuito, Jurisprudencia Constitucional).

Por lo que si realizamos combinaciones de estos elementos tendremos por ejemplo:

Que si un sujeto activo capta dolosamente a un sujeto pasivo con fines de explotación, está consumando el delito de trata.

Independientemente si la explotación se dio o no, puesto que como ya se ha mencionado, se trata de un delito de resultado anticipado. Por lo que, en caso de haberse dado la explotación, dependiendo de la modalidad, se establecerá la sanción, en términos de los artículos del 11 al 31 LGPSEDMTP)

Por lo que hace a la tentativa para este delito es ilusoria y aunque se encuentra en discusión su existencia por algunos tratadistas, es claro que cada verbo rector al ser combinado con los otros elementos del tipo da invariablemente como resultado un delito consumado. Y por definición la tentativa es un delito que inició su ejecución pero no concluyó por razones ajenas al autor (acabada) o por la intervención de: la voluntad

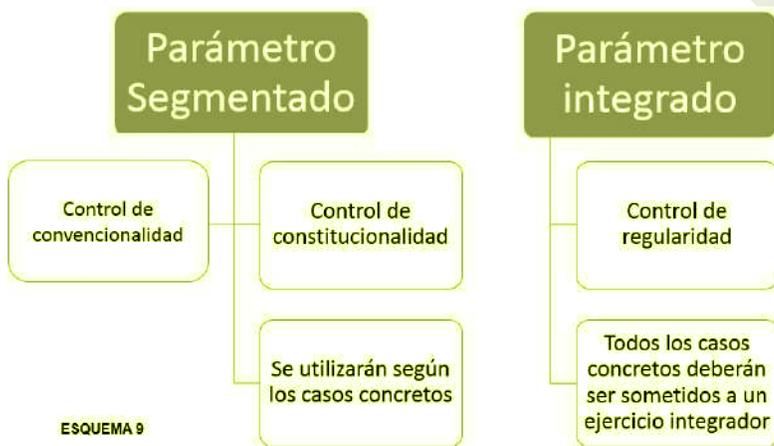
del autor es decir que se arrepiente, o por la intervención de un agente externo al autor que evita que suceda (inacabada).

Por su forma de comisión estamos ante un delito doloso que no admite la culpa en su esquema, ya que las acciones y omisiones conllevan la consciencia del fin del delito, aunado a que se encuentra especificado en el tipo penal.

Implicaciones de la discrepancia en la regulación del tipo penal de trata de personas entre la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos y el Protocolo de Palermo

Ha sido una constante desde que se introdujo al derecho nacional el control de la convencionalidad como facultad del juzgador para inaplicar una norma de derecho interno y aplicar una de derecho internacional que favorezca más a la persona, que ya no se cuestiona, los mismos jueces federales hacen interpretaciones del derecho internacional y de manera directa los integran a sus sentencias, en un ejercicio dogmático que trasciende el objetivo de las mismas, ya que no solo resuelven la cuestión planteada, sino que establecen criterios jurídico-dogmáticos en sus vastos estudios que poco tienen que ver con la impartición de justicia y el caso en concreto.

Pero, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, ha establecido criterios del cómo debe hacerse la interpretación conforme y la utilización del principio pro persona, en un primer lugar tenemos que dependiendo del caso en concreto veremos qué normas vamos a utilizar para su resolución, y con base a esas normas se establecerá un parámetro de control, es decir, la norma que va a ser la medida donde tasaremos las normas de aplicación, en este sentido tenemos que se han creado dos tipos de parámetros:



El parámetro segmentado divide como control ambas normas, dejado para el caso concreto la utilización de uno u otro control, lo que nos deriva en una particularización del derecho, alejándolo de los fines del propio derecho que es ser de carácter general, particularizando las normas para el caso en concreto, por otra parte tenemos el integrado, que éste establece algo que se ha denominado el control de la regularidad donde se utilizan ambos controles y se establece su preferencia en un ejercicio integrador del derecho lo que va a permitir que la norma se mantenga en su carácter general y será usado para resolver todos los casos. En un segundo momento, tenemos que una vez que tenemos todas las normas a analizar, ya sea en el segmentado o en el integrador y se procederá a generar los supuestos normativos que resultarían de dicha interpretación, una vez que se tienen los resultados que podría ser una única interpretación o bien, contar con varias en cuyo caso se utilizará el principio pro persona para darle la mayor protección al sujeto de derecho.

Finalmente, también puede resultar que, en este ejercicio de interpretación de normas, no haya una posibilidad de armonización de las mismas donde se tendrá que utilizar la que mayor protección permita, sin haber realizado una interpretación judicial.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, habría que cuestionar qué norma resulta más protectora de derechos humanos, y tendríamos que partir que, tanto la víctima como el inculpado son personas con derechos y que visualizando la aplicación del derecho interno o bien, del derecho internacional, probablemente estaríamos vulnerando derechos humanos a una u otra parte.

El principio de convencionalidad y la interpretación conforme, en materia penal.

En este tema es menester señalar que los artículos 1 y 133 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mandatan a las autoridades a proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales de que México sea parte, de ahí que se genera por parte de la autoridad una obligación ineludible de ejercer control de convencionalidad, tal y como se expresa en la siguiente tesis jurisprudencial:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ES UNA OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL EJERCERLO, AUN DE OFICIO, CUYO INCUMPLIMIENTO VULNERA EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y COMPROMETE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO EN SU CONJUNTO.

Los artículos 10. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen el deber de toda autoridad de proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de los que el país es parte y, en cuanto a los Jueces, el deber de arreglarse a la Constitución a pesar de leyes o disposiciones en contrario, a partir de lo cual, se reconoce que a cargo de las autoridades jurisdiccionales obra la obligación de ejercer de oficio o a petición de parte, un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, el cual deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en el ordenamiento interno, conforme a los parámetros delineados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis P. LXVII/2011 (9a.), P. LXVIII/2011 (9a.) y P. LXIX/2011 (9a.). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en relación con el deber de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de respetar bienes jurídicos y libertades reconocidos en ella; que la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, que implique un incumplimiento de ese deber, constituye un hecho imputable al Estado en su conjunto, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la propia convención (caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, y caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70). Asimismo, que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por dicho instrumento internacional (caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171), y que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el mencionado, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar por que los efectos de sus disposiciones



no se vean mermaidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, las cuales, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos [caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, y caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158]. Partiendo de lo anterior, como el Estado mexicano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, y por virtud de su artículo 1, numeral 1, en términos de los mencionados artículos 10. y 133 constitucionales, obra a cargo de toda autoridad jurisdiccional nacional, con independencia de su fuero o jerarquía, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el referido pacto, así como el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a favor de toda persona sin distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, mientras que conforme a su artículo 33, los actos de esas autoridades, como partes del Estado mexicano, están sometidos a la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo relativo al cumplimiento de dicha obligación. De ahí que el deber de ejercer, aun de oficio, el control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos de que una autoridad tenga conocimiento en el ámbito de sus competencias y facultades, debe asumirse con puntualidad, responsabilidad y eficacia, y no evadirse, menos aún en casos en que expresamente un gobernado solicita su ejercicio, pues soslayarlo refleja gravemente el incumplimiento de la primera obligación impuesta por el orden constitucional interno a todas las autoridades, que a su vez supone el respeto de todos los derechos reconocidos a las personas en la Constitución y en la Convención y dicho incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado mexicano en su conjunto, acorde con el principio básico relativo, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.

De acuerdo al criterio jurisprudencial transcrito, es operante el control de convencionalidad en materia de derechos humanos. Sin embargo, no es tan sencillo cuando de derecho penal se trata, ya que el Estado y su sistema de justicia tienen el deber de garantizar a todas las personas los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales del que el Estado sea parte, lo que va a encontrar un conflicto normativo cuando hablamos de impartir justicia de manera imparcial y tenemos dos sujetos de derecho confrontados como son la víctima y el probable responsable, ambos con sus propias garantías en la decisión del caso.

Lo que trae una confrontación de derechos no solo internos, sino de carácter internacional.

7.2 Análisis sobre su limitante en materia penal.

Es así, que encontramos que la protección para un probable responsable de un hecho delictivo tiene como garantías el cuidado de lo que se ha denominado el Debido Proceso, la no retroactividad de la ley penal (artículo 26, DADH), y el principio de nula pena sine lege, que es el ser juzgado por una conducta que se ajusta al tipo penal, y tiene una sanción establecida, puesto que hay una prohibición de ser condenado por analogía o mayoría de razón, así como tener derecho a la presunción de inocencia, (artículo 14, tercer párrafo, CPEUM y artículo 11, DUDH). Es decir, si aplicamos la norma nacional y no se ejerce control de convencionalidad, si una persona actualiza cualquiera de los verbos rectores del delito de trata, previsto en el artículo 10 de la Ley General, y se acredita que fue con fines de explotación; independientemente de que la víctima haya dado o no su consentimiento y de que existan o no medios comisivos, estaríamos actualizando la hipótesis penal de la figura delictiva de trata de personas. Pero si el inculpado de acuerdo a este criterio, solicitara la aplicación del control de convencionalidad, en el supuesto que no estén reunidos los medios comisivos, estaríamos en presencia de una conducta atípica.

Por otra parte, es menester recordar el artículo 2 del Protocolo de Palermo, que hace referencia justamente, a la finalidad de dicho instrumento, el cual en el inciso b) establece como fin, la protección y ayuda a las víctimas de trata. Es decir, de acuerdo al objetivo para el que fue creado y a la propia finalidad de la ley nacional, el surgimiento de ambos ordenamientos tiene su razón enfocada a las víctimas de este delito; sin embargo, el Protocolo de Palermo al incluir medios comisivos, impone una carga procesal probatoria para las víctimas que en un momento dado nos llevaría quizás a la revictimización.

Además, como se ha señalado a lo largo de la presente investigación, tres de los medios comisivos (rapto, fraude y amenazas) señalados por el Protocolo, constituyen en nuestro Derecho interno figuras delictivas, lo que puede ocasionar, por lo riguroso de la materia penal, que la víctima se encontrara en la necesidad de acreditar primeramente esos tipos penales, como requisito sine qua non, para luego estar en posibilidad de probar el delito de trata; lo cual constituiría un estándar de prueba, muy alto para las víctimas de este delito

Por otra parte, la víctima tiene derecho a acceder a que se le haga justicia, (artículo 17 párrafo 2º, CPEUM) se le repare el daño y se le resarzan los derechos humanos que le fueron vulnerados, como son la libertad personal y la libre autodeterminación, mismo que se encuentra en la prohibición de la esclavitud y la servidumbre que establece el artículo cuarto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). En este sentido, es evidente que, de acuerdo a la ley nacional, le resulta más accesible este derecho.

Derechos del Probable responsable:

<p>Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.</p>	<p>Artículo 7</p>	<p>Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.</p>	<p>ART 26 DADH</p>
<p>1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de someterse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.</p>	<p>Artículo 11 DUDH</p>	<p>En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.</p>	<p>Artículo 14 párrafo CPEDUM 3er</p>

Derechos de la Víctima:

<p>Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.</p>	<p>Artículo 4 DUDH</p>	<p>Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.</p>	<p>Artículo 17 párrafos 1º y 2º CPEDUM</p>
--	------------------------	--	--

ESQUEMA 10

Y considerando que el Estado, tiene entre sus fines en el ámbito del derecho penal, proteger al inocente, que el culpable no quede impune y que se repare el daño; así como respetar el debido proceso, los principios de: presunción de inocencia, que el hecho sea sancionado por la ley penal con anterioridad al acto, ser juzgado por tribunales previamente establecidos (artículo 14 Constitucional), etc., no puede de manera directa desvincularse del delito en el catálogo nacional e implementar el internacional, ya que ambos derechos humanos corresponden a un mismo nivel de importancia y mientras se aplica el principio pro persona a la víctima se violentan la seguridad jurídica al probable responsable, razones por las cuales debe reconsiderarse restringir en el caso concreto la aplicación del control de convencionalidad.

Pero, ¿por qué existe esta dualidad entre el control convencional y la aplicación de la ley nacional? Porque estos sujetos de derecho son los dos extremos de la justicia penal, y aunque parece de mayor valor el derecho de la víctima, también lo son los derechos del probable responsable, es por ello que, a fin de no vulnerar los derechos de ninguno de ellos, se hace necesario armonizar el derecho interno como se propone en el siguiente tema.

PROPUESTA

Consideramos que, si bien el Protocolo de Palermo establece la guía a seguir para la configuración del delito de trata de personas, pero no necesariamente su forma es la adecuada en el derecho interno, cuestión que se aborda en el artículo quinto del propio documento donde se establece lo siguiente:

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo (...)”

Es decir, que el Estado mexicano tiene la obligación de realizar la tipificación del delito de acuerdo a los conceptos y reglas de su ordenamiento jurídico, no necesariamente hacer una copia del Protocolo, es por ello, que en este apartado se ofrece una propuesta de reforma legislativa primero para salvaguardar los derechos de todos los involucrados en un proceso penal (víctima-probable responsable). Segundo para facilitar la actividad jurisdiccional, ya que no tendrán que recurrir a la interpretación conforme ni al principios pro persona. Tercero para dar una claridad al texto de la Ley General y facilitar la labor de las personas que



intervienen en los diversos procesos como son la prevención, la investigación y la sanción de dicho delito.

Separar de los medios comisivos del Protocolo de Palermo los que son delitos en sí mismos.

Fraude, rapto y amenaza: como se comentó en el apartado de los medios comisivos del protocolo de Palermo, no se consideran apropiados para agregarse como partes del tipo penal, en ningún sentido ya que dichas acciones tienen sus propios resultados típicos. Y en su caso, deberá estarse a las reglas para el concurso de delitos. Por lo que se considera omitirlos del artículo 3 del Protocolo y, enviarlos a una disposición como agravantes del mismo.

Integrar medios comisivos dentro del tipo penal de trata en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos.

Concretamente se sugiere integrar como medios comisivos en la Ley General:

Otras formas de coacción.

Abuso de poder.

Abuso de una situación de vulnerabilidad.

Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

Así como los previstos en la fracción II del artículo 42 de la misma, los cuales hasta el momento están considerados como agravantes de la pena del delito básico previsto en el artículo 10, que son los siguientes:

“(…) II. Se utilice violencia, intimidación, engaño, privación de libertad, fanatismo religioso o tratos crueles, inhumanos o degradantes, salvo en el caso del artículo 13; (…)”

Con esto, se cumpliría parcialmente la obligación del Estado mexicano a acatar las directrices internacionales en materia de trata y además, se estaría armonizando la ley nacional con el Protocolo de Palermo, al dejar en ambos ordenamientos los elementos básicos del tipo: conducta, medios comisivos y finalidad.

En consideración al fraude, rapto y amenaza, se propone su inclusión dentro del artículo 42 como agravantes.

Asimismo, considerando que se encuentran incluidas en el artículo 16 como agravantes en el caso de explotación sexual infantil y en el 13 que versa sobre explotación sexual de adultos como elementos del tipo penal, se sugiere su abrogación de tales artículos y su inclusión única en el artículo

42 a fin de armonizar la Ley General. Ya que en primer término al ser agravantes pueden estar todas condensadas en un mismo artículo y tener aplicación para todos los tipos penales establecidos en la Ley General y, en segundo término, no es compatible que en el caso de la explotación sexual en adultos se sume como elementos del tipo estos medios comisivos que como bien señaló el legislador en su exposición de motivos son de difícil comprobación y se deja la carga de la prueba a la víctima.

Finalmente, se propone un cambio en la hipótesis delictiva que sanciona los “trabajos forzosos” prevista en el artículo 22 ya que integra al tipo penal los medios comisivos, sin tomar en consideración que de acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se denomina trabajos forzados:

“(…) todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”

De cuya definición surgen estos tres elementos:

Trabajo o servicio hace referencia a todo tipo de trabajo que tenga lugar en cualquier actividad, industria o sector, incluida la economía informal.

Amenaza de una pena cualquiera abarca una amplia gama de sanciones utilizadas para obligar a alguien a trabajar.

Involuntariedad: La expresión “se ofrece voluntariamente” se refiere al consentimiento otorgado libremente y con conocimiento de causa por un trabajador para empezar un trabajo y a su libertad para renunciar a su empleo en cualquier momento. No es el caso por ejemplo cuando un empleador o un reclutador hacen falsas promesas con el fin de inducir a un trabajador a aceptar un empleo que de otro modo no habría aceptado.

Y que al imponer varios medios comisivos como parte del tipo penal hace difícil la integración de esta hipótesis delictiva, por lo que replantear el tipo penal y dejar los medios comisivos como agravantes serían una mejora para el cumplimiento de la ley.

Determinar el significado de “uso de la fuerza” y dejar dentro de la ley lo que se estaría entendiendo por tal expresión en el ámbito penal.

En este sentido se considera, dejar las palabras “uso de la fuerza” en el ámbito de los principios básicos para el uso de la fuerza y armas de fuego de los encargados de hacer cumplir la ley, ya que dicho enunciado aunque en términos del protocolo se refiere al uso de la fuerza física, se presta a confusiones y deja poca claridad respecto a que es una facultad de las fuerzas de Seguridad y tiene requisitos como la profesionalidad, la gradualidad, entre otros ya que de entrada es una acción consciente de los Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley para controlar una situación a través del uso de dinámico de los diferentes niveles de fuerza y no una acción arbitraria que busque imponer o someter a terceras personas.

CONCLUSIONES

Primera. - La discrepancia en la regulación del tipo de trata de personas, existente entre el Protocolo de Palermo y la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos, provoca falta de seguridad y certeza jurídica para las partes involucradas.

Segunda. - La falta de consenso entre ambas hipótesis (nacional e internacional) ha traído como consecuencia reformas legislativas incompletas o con lagunas, lo que trae consigo la ineficacia penal en la tipificación del delito de trata.

Tercera. - La regulación del delito de trata de personas, tal y como está prevista en la Ley General, trae consigo que toda explotación sexual a una persona, tendría el carácter de tratante, aún que no hubiera realizado las conductas señaladas por el protocolo, lo cual vulneraría derechos humanos del inculpado.

Cuarta.- El Protocolo de Palermo establece las bases para la integración del delito, su erradicación y prevención en los Estados Parte; sin embargo, en atención a lo analizado en la presente investigación, en una primera instancia sugerimos como hipótesis a nuestro planteamiento del problema homologar la Ley General Mexicana con lo dispuesto por el Protocolo de Palermo, incluyendo los medios comisivos al tipo básico de trata; no obstante, concluimos que nuestra primera hipótesis, se confirma parcialmente, porque tal y como está redactado el delito de trata en el Protocolo de Palermo en el que se exige a la víctima acreditar medios comisivos, implicaría hacer más difícil el acceso a la justicia, aunado a que algunos de esos medios, son delitos independientes en nuestra legislación, como es el caso del fraude, el rapto y la amenaza los cual, implicaría una revictimización y por ende, haría nugatorio el derecho a la víctima al acceso a la justicia. Por lo que sí sugerimos incluir medios comisivos, pero no con un estándar tan alto como el Protocolo de Palermo, sino concretamente, los previstos en la fracción II del artículo 42 de la Ley General, y en todo caso, los demás medios comisivos dejarlos como agravantes en el artículo 42 de la propia Ley General.

Quinta. - Por otra parte, en caso de aplicar control de convencionalidad, estaríamos conculcando también, derechos del imputado, aplicando una hipótesis delictiva por analogía, lo cual está prohibido en materia penal, por lo que se sugiere se restrinja en este caso en particular, dicho control.

Sexta. - La falta de claridad y definición del tipo penal de trata de personas, ha impedido la creación de estrategias de política criminal, por lo que atender la antinomia aquí planteada no sólo contribuiría a la persecución y sanción del delito, sino a la estructura de las políticas públicas en materia de prevención e investigación del delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

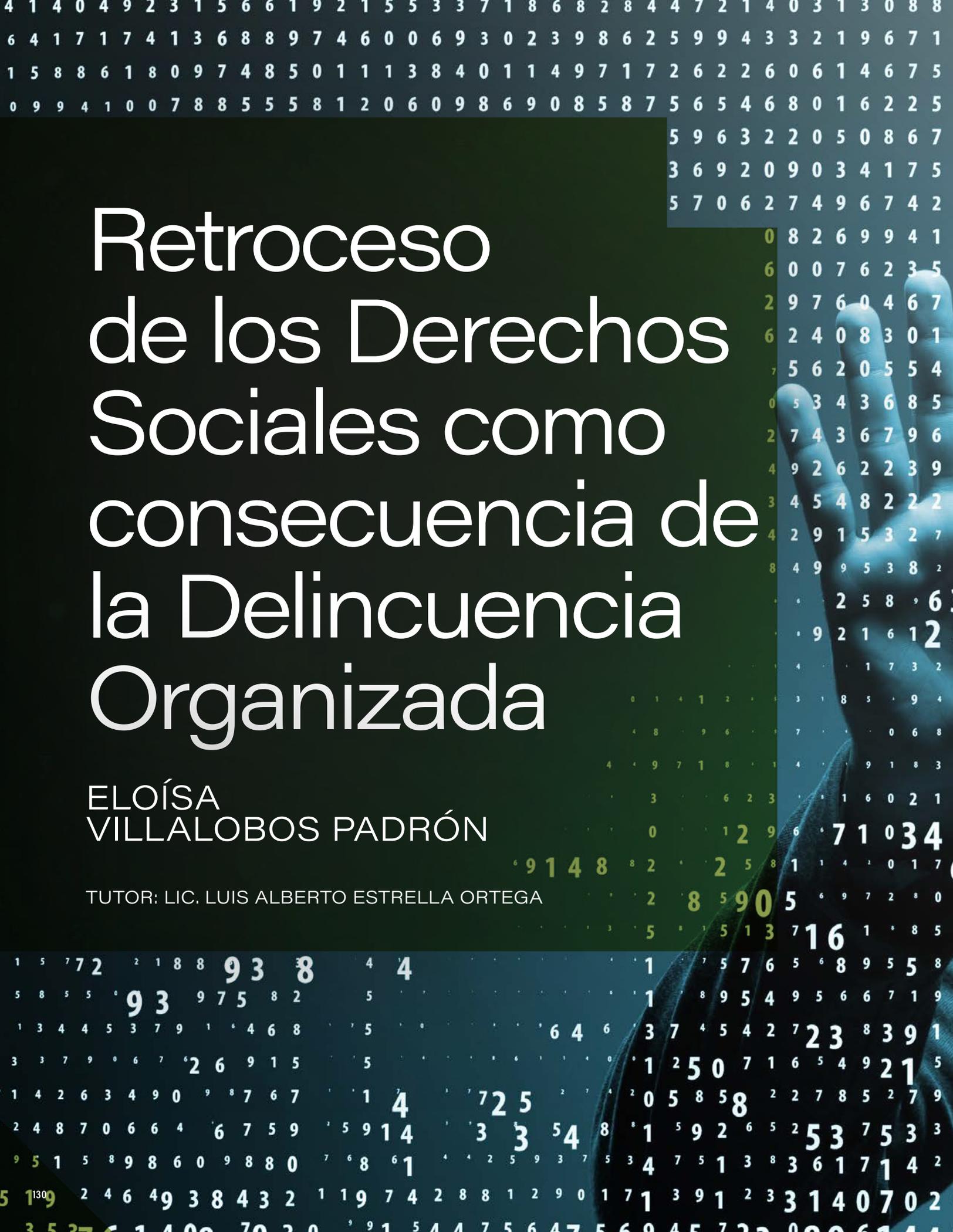
- Aspectos Jurídicos del Delito de Trata de Personas en Colombia, 2009, UNDOC.
- Carrasco González Gonzalo, Tipo Penal del Delito de Trata de Personas, Revista Alegatos, núm 86, enero abril 2014.
- CNDH, 16. Delito de Rapto, 2015 www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programas/mujer/6.../16_DelitoRapto_2015dic.pdf
- Diagnóstico Nacional sobre la Situación de Trata de Personas en México, UNODC
- El Universal, Sales Renato, <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/seguridad/necesario-atender-trata-de-personas-en-coordinacion-con-otros-paises-renato-sales>. Consultado 19 julio de 2018.
- Exposición de Motivos de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. 8 de agosto de 2011.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo III, p.1744, Décima Época, Plenos de Circuito, Jurisprudencia Constitucional <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralIV2.aspx?id=2015488&Clase=DetalleTesisBL> (consultado 9 de julio de 2018)
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre 2013, Tomo II, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Tesis IV 2º J/7, pag. 933.
- Hugo Sierra y López Camelo, Derecho Penal, Parte General (UNS), Universidad Nacional del Sur, 2007.
- Interpretación conforme Suprema Corte de Justicia de la Nación. www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Interpretacion.pdf
- Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.
- Mendoza Montealegre Ana Karen, El combate a la trata de Personas en México, 2015, Centro de Investigación y Docencia Económica, A.C.
- Ontiveros Miguel, El Derecho Penal Frente a la Trata de Personas, 2010 biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang-es/index.html> (consultado el 23 de julio de 2018).
- Principio pro-persona. www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20persona.pdf.
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.
- Salazar Hernández, Javier, Vicios de la Voluntad: reflexiones sobre el error y el miedo, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx> sin año.
- Sánchez Carreño Sadot, Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, 2007, biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Sistema de Información Legislativa de la Secretaría de Gobernación, <http://sil.gobernacion.gob.mx/portal>, (consultado el 6 de agosto de 2018)
- Torroba, Esteban y Rodríguez Figueira Huergo María Sol, "El consentimiento de las víctimas en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente en Mujeres y Niños", Universidad Nacional de la Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Argentina, 2011.



Retroceso de los Derechos Sociales como consecuencia de la Delincuencia Organizada

ELOÍSA
VILLALOBOS PADRÓN

TUTOR: LIC. LUIS ALBERTO ESTRELLA ORTEGA





4 8 6 7 6 4 9 7 5 5 0 3 9 5 8 4 9 6 7 2 1 2 7 5 7 4 0 6 3 7 6 2 2 1 0 7 0 2 0 8
4 5 5 8 8 5 7 8 6 6 2 0 8 4 5 3 4 3 8 0 6 8 4 1 1 0 6 1 3 7 7 7 0 0 8 4 3 5 5 1
5 7 0 6 6 5 2 8 9 5 0 2 6 9 9 4 9 4 1 3 9 5 4 5 8 8 8 0 8 6 0 5 9 7 2 8 4 4 0 5
2 7 1 9 9 1 8 9 6 1 5 8 5 9 5 2 9 6 5 4 0 5 9 9 3 6 4 0 8 2 4 2 0 2 5 8 0 1 1 3
1 6 0 4 2 5 3 5 5 3 4 5 0 1 9 6 5 3 5 6 0 1 8 9 3 9 5 2 5 8 2 7 3 4 7 3 7 5 4 3
9 4 8 4 9 9 3 0 8 0 7 9 5 6 9 5 2 6 5 6 8 1 4 6 4 6 3 6 9 5 2 9 6 3 5 3 2 1 3 4
3 8 6 7 1 3 0 5 5 6 3 9 6 8 9 5 1 2 4 9 5 9 7 9 8 2 0 2 4 1 1 9 4
1 2 3 7 5 8 8 6 9 6 0 6 9 1 5 1 1 1 4 9 4 0 0 4 3 5 7 6 2 9 0 1 1 0 1
0 3 6 4 8 0 8 3 5 6 7 4 7 1 3 1 1 2 9 3 9 8 9 4 7 5 2 9
2 9 8 8 9 7 3 9 8 3 6 3 6 8 7 0 7 6 2 5 2 2 3 3 8 5
8 6 2 6 5 0 5 4 0 2 9 4 3 9 9 9 0 5 1 5 0 2 9 9 8
5 7 1 9 6 0 6 3 3 4 6 9 6 3 9 9 6 8 2 2 9 4 8 6 6 1 5 0 9 0 8 9 3
5 4 7 6 1 0 1 7 9 5 7 0 6 1 4 3 6 8 7 3 8 3 9 7 0 7 3 1 5
9 4 1 8 2 6 6 8 4 3 4 6 8 8 8 5 5 8 6 0 1 2 4 5 9 6 1 0 9 8 0
5 7 2 6 1 8 5 5 6 8 8 3 1 6 2 3 9 8 0 1 4 8 1 2 8 4 0 6 0 5 7
5 7 1 9 9 6 4 9 7 3 1 9 6 9 6 5 3 9 5 9 0 0 7 8 9 3 7 6 7 2 2 1 6
5 9 7 0 5 9 3 1 6 2 5 5 4 1 9 4 1 8 5 3 5 7 8 0 0 2 1 2
3 7 7 3 5 0 7 1 7 4 7 2 3 9 1 8 4 2 3 4 8 4 4 5 9 2 9 0
5 4 4 8 5 4 4 3 4 9 7 1 3 8 7 8 6 9 9 1 6 5 4 7 4 0 3 3 5
4 6 4 1 4 9 8 7 1 2 4 3 0 1 6 9 6 5 2 1 4 7 0 9 7 8 9 5 7 2 4 0
3 3 8 7 9 7 0 9 4 0 7 9 5 0 8 3 1 9 1 8 9 8 3 6 8 4 1 6 7 6 2 6 6 2 8 7
1 3 1 1 9 8 6 1 5 1 9 8 8 4 1 6 9 7 3 2 0 8 2 8 3 2 7 2 2 1 2 7
4 4 1 6 7 2 0 8 0 2 3 6 0 1 4 3 5 2 7 1 1 0 8 4 5 7 5 4 0 4 9 7 4 9 1 2 2
3 6 2 9 8 3 4 7 3 5 3 1 1 1 0 6 8 6 9 8 3 5 3 4 7 4 9 3 6 5 6
7 6 5 5 6 9 2 7 8 0 7 4 0 6 2 9 1 3 1 3 9 8 5 4 4 7 9 3 3
6 8 1 0 3 2 7 2 0 3 0 5 8 4 7 8 1 9 2 9 6 6 0 2 7 0 7 5 0
3 9 3 2 6 7 4 3 4 2 3 0 4 4 3 5 1 2 8 6 5 4 5 4 0 7 3 7 8 5 5 2 2
6 1 1 2 0 1 5 1 8 6 8 5 9 1 0 0 5 8 0 2 7 5 5 1 0 3 6 6 5 8 6 7 0 3 8 6 8 3 6
2 1 0 4 4 4 6 0 4 0 1 2 2 3 6 7 2 1 3 9 5 0 2 0 8 7 3 1 3 7
4 7 3 1 8 1 1 7 9 6 7 6 9 2 1 7 4 4 0 1 5 7 6 4 3 8 5 1 0 4 2 0 5 6 7 6
9 5 2 3 3 1 2 0 5 4 7 7 5 5 5 2 6 5 5 9 4 0 7 3 8 5 7 3 6 5 1 4 3 4 6
3 6 2 5 1 7 6 7 2 0 4 8 2 4 6 7 1 3 4 4 4 5 6 7 1 4 5 8 3 7 9 6 1 7 6 9 0 2 6
5 9 9 4 8 7 2 0 7 7 1 0 7 1 5 2 1 1 7 1 5 9 7 7 0 1 8 2 3 1 0 9 6 7 3 7 0
8 9 7 9 1 0 1 9 4 0 5 9 1 5 6 7 7 8 3 8 8 5 9 9 6 3 7 5 0 2 8 2 7 8 8 5 4 7 6 9
1 7 7 8 5 4 0 2 8 9 7 6 4 7 3 5 1 3 0 9 5 2 4 3 4 1 7 9 2 3 6 0 8 6 2 8 7 2 1 8
9 1 6 9 1 8 2 0 1 8 5 8 9 5 8 9 1 7 0 5 7 9 2 2 2 0 4 2 7 4 7 1 6 0 9 1 1 2 4 8
0 4 2 5 5 8 0 5 0 0 0 4 6 2 5 5 6 4 7 5 8 0 8 0 9 8 7 1 8 2 6 5 1 3 1 7 3

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como base de estudio 3 elementos, el primero de ellos es la delincuencia organizada, el segundo serían los derechos sociales y el último versará en el nexo causal entre los 2 primeros, todos estos elementos están enfocados a fin de establecer si la delincuencia organizada constituye un factor de regresión de algunos de los derechos sociales, al respecto, es conveniente tener presente que México no es un país único en cuanto a la presencia de grupos que por su naturaleza, objeto, finalidad y características dejaron de ser un problema exclusivo de la materia penal, para trascender en otros ámbitos del derecho y con graves estragos en la sociedad en general.

Para concluir la hipótesis planteada en cuanto a si la delincuencia organizada es un factor de regresión de los derechos sociales, es necesario responder varias preguntas como:

¿Qué es la delincuencia organizada, cuándo estamos en presencia de esta figura?

En cuanto a los derechos sociales también es conveniente dejar establecido cuáles son, cómo pueden hacerse efectivos e incluso establecer su judicabilidad de estos derechos.

Ahora bien y en la medida que se vaya desarrollando la investigación se irá estableciendo, como este fenómeno, el cual ha tomado dimensiones estratosféricas con presencia e interrelación con otros estados soberanos, se ha convertido en un problema mundial, y que por sus características actuales y ámbito de desarrollo, está afectando tanto en forma directa como indirecta la vigencia y efectividad de algunos derechos sociales, como la seguridad, salud, educación, trabajo, etcétera.

Finalmente se pondrá en evidencia que el Estado tiene la obligación de atender la delincuencia organizada en todos sus aspectos, para con ello y, además, de otros beneficios, contribuir a otorgar a los gobernados las condiciones adecuadas para así disfrutar plenamente de los derechos sociales afectados por este fenómeno.

1. DELINCUENCIA ORGANIZADA

1.1. Antecedentes

En el mundo ha sido multifactorial el origen de la delincuencia organizada, pero haré breve referencia de cómo se dice que surge en México.

En relación al tema se ha escrito poco y generalmente quienes se han ocupado de recopilar información al respecto han sido algunos periodistas, entre ellos encontramos a Diego Enrique Osorno, quien en su libro "El Cártel de Sinaloa, Una historia del uso político del narco"¹, dedica un capítulo para hacer referencia a su nacimiento, ahora bien, su investigación se centra en cuanto al origen de narcos, esta fue una faceta del fenómeno antes de convertirse en delincuencia pues no obstante de tener una actividad preponderantemente de producción, venta y tráfico de droga, posteriormente se fue involucrando en actividades diversas, tales como comercio de mercancía robada, tráfico de órganos, de personas, de trata de personas; este periodista atribuye el origen de esta actividad a la llegada de los chinos al norte del país, cultura que mayoritariamente llegó a Sinaloa en Culiacán, México, de donde debido a un comité antichino de Sinaloa formado en 1924, fueron desplazados a diversos lugares del país, cultura que no sólo trajeron ciencia, técnica, arte y filosofía, sino también su costumbre

del consumo de opio, llamada en aquel tiempo la adormilera, estos datos el periodista en comento los recoge de diversas investigaciones realizadas por Luis Astorga, quien menciona que desde 1886, ya se encontraban en Sinaloa siembras de opio y marihuana, lo cual, no obstante al principio, se relacionaba con las minorías chinas, posteriormente presento diversas modalidades, ahora no sólo relacionado con consumo local sino también de extranjeros, en particular de Estados Unidos de Norteamérica, lo cual tuvo como tema negocios de la guerra², lo cual no obstante reconocen puede ser mito, se respalda el estudio con informes rendidos por Manuel Lazcano y Ochoa, quien fue procurador de Justicia del Estado de Culiacán en tres ocasiones, siendo la primera en 1945 y la más reciente en 1992, sin embargo, esto del cultivo de la droga poco a poco pasó de ser una actividad casi exclusiva de una cultura, o bien utilizarse en la guerra, llegó a representar una adicción y consumo humano suficiente para transformarse en pequeñas redes de comercio ilegal hasta convertirse en todo un fenómeno mundial con las connotaciones y efectos colaterales, en otros ámbitos de delitos considerados graves.

Tal fenómeno empezó a tener mayores respuestas por parte de gobiernos, como Estados Unidos de Norteamérica, quien el 12 de agosto de 1937, por parte de su Congreso legislaron la llamada Marihuana Tax Act, consistente en una ley federal que prohibía el consumo, posesión y comercio de marihuana en todo ese país, esto por citar un ejemplo de lo que dicho fenómeno empezó a originar con motivo de su crecimiento hasta llegar a convertirse en verdaderas empresas mundiales.

Como puede verse este enemigo al que se enfrenta el Estado mexicano no es un improvisado en este tipo de actividad, por lo que las acciones del gobierno que al día de hoy realiza a efecto de atender dicho fenómeno, quizá pueden dar lugar a interpretarlo como efectivos y aparentemente minan el poder de las empresas criminales, pero por el contrario están cobrando tal fuerza que en muchas ocasiones se manifiestan superiores a lo posiblemente controlable por parte de las autoridades, según así se afirma, considerando la forma y métodos actualmente utilizados para atender este problema por parte del Gobierno.

² Se dice que en la segunda guerra mundial Franklin Delano Roosevelt impulsó y financió, en los treinta y principios de los cuarenta, el cultivo de adormilera en México y se eligió la zona serrana de Sinaloa, por las necesidades de morfina para atemperar los dolores de los soldados estadounidenses heridos en las batallas.

¹ Diego Enrique Osorno, El Cartel de Sinaloa, Una historia del uso político del narco, México, ed. Grijalbo, ed 1ra, 2009, p.57-73



Pero lo más lamentable del crecimiento de la delincuencia organizada son los daños colaterales que está provocando, como es la falta de seguridad jurídica, física, la interrupción de asistencia médica, del servicio de educación, de abastecimiento de agua, energía eléctrica, entre otros, pues con mayor frecuencia se da la noticia que estás afectaciones están relacionadas con este fenómeno, todo ello debido a la falta de control, de estrategias de ataque, de corrupción de las autoridades, además de otros factores, implicando un total incumplimiento de las obligaciones para que los gobernados gocen plenamente de los derecho económicos sociales y culturales.

1.2 Concepto y su regulación legal a nivel internacional

Si voy a hablar de delincuencia organizada es importante primeramente establecer qué se entiende por este término ya que nos resulta común hablar de delincuente, refiriéndonos a una persona que comete un delito en forma habitual; la situación se complica cuando queremos referirlo a un grupo de personas que delinque, siendo conveniente distinguirla de lo que se entiende por asociación, banda o pandilla,³ términos que a la fecha los encontramos en el Código Penal Federal, los cuales en los artículos 164 y 164 Bis, a la letra nos dicen:

CAPITULO IV

Asociaciones delictuosas

“Artículo 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa.

Quando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos”. (Lo destacado no es de origen)

“Artículo 164 Bis.- Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos.

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.

Quando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes de las penas que le corresponda por el o los delitos cometidos y se le impondrá además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro.” (Lo destacado no es de origen)

Por otra parte, también se ha involucrado el término “cártel”, el cual fue primeramente usado por la Administración para el Control de Drogas (DEA, por sus siglas en inglés), siendo esta la agencia del Departamento de Justicia de Estados Unidos que comparte jurisdicción con el Buró Federal de Investigaciones (FBI, del inglés Federal Bureau of Investigation), que entre sus funciones se encuentra la lucha contra el contrabando y el consumo de drogas en el país norteamericano, posteriormente el término cartel fue recogido por las autoridades mexicanas, después por la prensa y finalmente fue adoptado por los ciudadanos.

Sin embargo, las características y dimensiones que ha alcanzado el fenómeno de las células organizadas para delinquir da lugar a ser insuficientes el tratamiento que se le estaba dando, situación que así resalto el doctor Alemán Gunter Jacobs quien introdujo la denominación de “delincuencia organizada” al debate jurídico para referirse al caso de delinquentes específicos o de peligrosidad especial. Por lo que resulto trascendente para los efectos de un debido tratamiento legal fijar los alcances de dicho término, toda vez que uno de los objetos de estudio es precisamente esta figura; en cuanto al tema encontré diversas convenciones, como la de 1961 sobre Estupefacientes y su enmienda mediante el Protocolo de 1972, la cual constituye un antecedente y en donde se encuentran algunos esfuerzos de los Estados por controlar este fenómeno, aunque en ésta no se le identificó o denominó de ninguna forma, ni menos aún con las implicaciones actuales, posterior a la mencionada se encuentra la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988, celebrada en Viena, así como a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, realizada en Palermo, en 2000⁴, ésta se ocupa de definir y estructurar una serie de figuras del Derecho Penal y Procesal Penal de carácter emergente centradas principalmente en aspectos de la tipificación penal, en el aumento de penas y en la creación de medidas cautelares y técnicas de investigación novedosas y específicas en contra de este tipo de delincuencia especial, considerando también la autoría colectiva, el grado de participación, la existencia de un delito principal y de otros que le son accesorios o les resultan necesarios para su configuración.

Tal documento en su artículo 2 define la “delincuencia organizada” de la siguiente manera:

“Artículo 2.- Definiciones para los fines de la presente Convención:

a) Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe

³ La pandilla está presente en la normatividad mexicana desde el 8 de marzo de 1968.

⁴ Realizada en Palermo, Italia, en diciembre de 2000 como homenaje póstumo al juez Giovanni Falcone, a quien se le identifica por haber definido a la delincuencia organizada.

concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

b) Por 'delito grave' se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

c) Por 'grupo estructurado' se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

d) Por 'bienes' se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

e) Por 'producto del delito' se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito.

f) Por 'embargo preventivo' o 'incautación' se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente.

g) Por 'decomiso' se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.

h) Por 'delito determinante' se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención.

i) Por 'entrega vigilada' se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos.

j) Por 'organización regional de integración económica' se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los 'Estados Parte' con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia".

Por lo tanto, en lo subsecuente se entenderá por delincuencia organizada, el concepto establecido por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Psicotrópicas, de 1988, la cual menciona que es "grupo delictivo organizado", estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados por dicha Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Dicha Convención compromete a los países miembros a investigar y perseguir bajo los presupuestos jurídicos implementados en contra de la delincuencia organizada, debiendo utilizar las medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación reguladas en dicha Convención.

Además, resulta relevante precisar que después de que la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, establece en su artículo 2 un concepto de delincuencia organizada, esta noción se adoptó mundialmente.

1.3 Delincuencia organizada derivada del sistema jurídico mexicano

En México antes de delincuencia organizada como actualmente está conceptualizada, tan sólo se hablaba de pandilla y de asociación delictuosa, figuras hasta cierto punto ordinarias en el Derecho Penal mexicano y que no lograron captar por sus implicaciones sociales la atención de las agencias del Estado, pues ya en sí tenían la calidad de agravante y delito autónomo per se.

Pero no fue sino hasta 1996, año en que en México entró en vigor la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la reforma transitoria que afectó entre otros el artículo 2 del referido ordenamiento legal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 2009, recogiendo la definición de la Convención de Palermo que refiere en su artículo 2.

"Artículo 20.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada"

Como puede apreciarse va dirigido a determinados delincuentes que como tal se han apartado ya de los criminales ordinarios, siendo parte de un sistema penal especial para un delincuente identificado también como especial.

De la Convención de Viena es destacable el establecimiento de nuevos tipos y construcciones penales hacia donde han emigrado las organizaciones criminales en el mundo y en donde destaca adicionalmente los delitos contra la salud, las operaciones con recursos de procedencia ilícita denominadas en ésta como blanqueo o lavado de dinero, el secuestro, el terrorismo y la trata de personas, de manera genérica.

En general y en cuanto a esta figura se dice que habrá legalmente hablando, "delincuencia organizada", cuando exista pluralidad de sujetos activo al establecer un mínimo de tres integrantes en la conformación de una organización criminal, debidamente estructurados organizacional y funcionalmente, la temporalidad con la que actúan, con el propósito delictivo de uno o más



delitos graves o delitos establecidos en la Convención y la persecución del fin preponderantemente económico directa o indirectamente o con otro beneficio en el orden material, que afecten bienes fundamentales de los individuos y de la colectividad y el hecho de que sus actividades ilícitas alteren seriamente la salud o la seguridad pública elementos que han sido incorporados en su mayoría por las normas derivadas de ésta, como es el caso de nuestra legislación mexicana.

Como comentario adicional mencionaré que antes se había intentado crear y homologar las características de la delincuencia organizada, esto en la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada adoptada en 1994 por la propia Organización de las Naciones Unidas⁵

También considero conveniente mencionar que anteriormente la delincuencia organizada no constituía delito autónomo ni menos aún como una agravante, con las anteriores modificaciones legales y hasta antes de la entrada en vigor de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, sólo se reconocía la existencia de organizaciones delincuenciales y su combate se ajustaba a una mera medida precautoria desde el aspecto procedimental y sin mayores implicaciones en el terreno del derecho sustantivo, tan sólo existía lo referente a la duplicidad del término constitucional para el ejercicio de la acción penal.

Por lo que actualmente y debido a la preocupación mostrada en los foros de discusión nacionales e internacionales y a la atención de las agencias del Estado, tiene ahora la calidad de agravante y delito autónomo per se y no como antes que debía cometer alguno de los delitos previstos, esto es, tráfico de drogas, asalto a carreteras o caminos, tráfico de armas, secuestro, robo calificado, tráfico de persona o trata de persona, entre otros.

2. DERECHOS SOCIALES

2.1 Qué son los derechos sociales

Existen diversos estudios sobre los derechos sociales, realizados por diversos autores, quienes de acuerdo a su experiencia e investigación definen o determinan qué son los derechos sociales, por lo que procedo enseguida a enunciar algunos de esos estudios para finalmente adoptar el más apropiado a la presente investigación.

Luis Prieto Sanchís, este autor caracteriza los derechos sociales como derechos “prestacionales”, como derechos que contienen una obligación positiva de dar o hacer, por parte del Estado, dice, son derechos de igualdad que permiten gozar de un régimen diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser superada. Así pues, los derechos sociales aparecen como expresión del principio de igualdad sustancial, que es distinguida de la igualdad jurídica.⁶

Carlos A. Nino, para él los derechos sociales son una extensión de los derechos individuales, dice que no son en modo alguno distintos al derecho a la vida, a la integridad personal y al resto de bienes necesarios para la autonomía personal,⁷ dice que generalmente se refieren a condiciones

⁵ Sergio García Ramírez, en su libro “El camino a la delincuencia organizada en México, ¿una misión imposible?, P.48, menciona que se tuvo en consideración como modelos la experiencia italiana de lucha contra la mafia, de lo que se conoce como la Ley Rognoli-Latorre de 1982, y que serviría al famoso pool antimafia liderado por los jueces de Palermo, Giovanni Falcone y Paolo Borsellino, en su cruzada contra estas organizaciones delictivas. Asimismo, menciona que fueron fundamentales las conferencias del juez Falcone que dio en nuestro país en 1990, las cuales trascendieron en la formación de agentes del Ministerio Público de la federación. Además, se tomaron elementos de la Ley RICO de Estados Unidos, que sanciona a las empresas u organizaciones criminales que cometen delitos.

⁶ CARBONELL Miguel y otros (compil.). Derechos Sociales y Derechos de las Minorías, México, Porrúa, tercera

⁷ Op. Cit. p. 7

para el goce de esos derechos, además, de aquellas condiciones que tradicionalmente han sido tomadas en cuenta, sostiene que son disfrutados por grupos y no por individuos, o porque presuponen la pertinencia a una comunidad como una condición necesaria para su titularidad;⁸ menciona que la concepción liberal de la sociedad ve a estos derechos como una extensión natural de los derechos individuales.

Robert Alexy, dice que el Tribunal Constitucional Federal ha interpretado el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores “que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad.”⁹ Este autor dice que todo derecho es un acto positivo del Estado y que la escala de acciones positiva del Estado es muy amplia, encontramos la protección del ciudadano a través de normas de derecho penal, encontramos la creación de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero, bienes o servicios, a los cuales llama derechos a prestaciones en sentido estricto.

José Ramón Cossío, dice que los derechos sociales se entendieron como aquellas normas constitucionales que fueron resultado de los postulados de la Revolución Mexicana, que le confirieran atribuciones a los órganos del Estado para imponer obligaciones a cierto tipo de particulares, y que no impusieron obligaciones directas de carácter patrimonial¹⁰

Juan Antonio Cruz Parceró, dice que “son aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado (el Estado principalmente), requieren por su parte una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio,”¹¹ y que siempre se referirán a bienes o servicios económicamente evaluables, subsidios por desempleo, enfermedad o vejez, sanidad educación vivienda etc., pero también indica que hay otros derechos sociales que carecen de contenido prestacional por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, indica que los derechos sociales son normas, reglas, principios rectores que contemplan una acción positiva.

Menciona que algunos derechos sociales fundamentales los encontramos en el derecho a la previsión, al trabajo, a la vivienda, a la educación, los cuales son considerados derechos prestacionales en sentido estricto, dice que cuando hablamos de derechos sociales, hacemos referencia a ciertos bienes o valores, como a la justicia, la salud.

Victor Abramovich y Christian Courtis, dicen que no resulta difícil describir cuando se observa la estructura de estos derechos, la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derechos a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derechos a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural¹².

Al respecto, en México existen en el artículo 4 de nuestra Carta Magna, la protección a la familia, a los menores, derecho a la salud, a la vivienda digna, derechos de los pueblos indígenas y derechos de los indígenas, en el artículo

8 Op. Cit. 211

9 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid 1993, capítulo 3.I.2,

10 Cfr. Cossío, José Ramón, “Los derechos sociales como norma programáticas y la comprensión política de la Constitución”, en Rabasa, en Rabasa, Emilio O (coord.) ochenta años de vida constitucional en México, México, cámara de diputados-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 295-296

11 Cfr. CARBONELL Miguel y otros (compil). *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, México, Porrúa, tercera edición, 2004. P. 93

12 Op. Cit. *Derechos Social y Derechos de las Minorías*. P. 143

6 encontramos derechos a la información, en el 27 se establece la obligación del Estado de promover el desarrollo rural integral, en el 28 encontramos la protección del consumidor, en el 123 encontramos derechos laborales que incluyen derecho de los trabajadores a recibir vivienda, capacitación adiestramiento por parte de los patrones.

2.2 Como figura jurídica

Los derechos sociales será necesario encontrarlos positivados en una norma jurídica para efectos de poder exigir su efectividad y no obstante se pudiera demandar omisión legislativa en cuanto a un derecho no establecido en leyes ordinarias, ya sea en cortes nacionales o internacionales, lo ideal y en cumplimiento de la obligaciones impuestas en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es que estos estuvieran no sólo establecidos sino además pormenorizados en normas reglamentadas, y no obstante se tiene presente lo dicho por Prieto Sanchís, en cuanto a que la vida, la propiedad y la libertad son derechos anteriores a cualquier manifestación institucional y el Estado existe con el fin de protegerlos, pero que existen independientemente de cualquier organización política, los cuales incluso se gozan aun cuando no existiera el Estado, también es de tomar en cuenta que tales derechos no podrían ser pensados sin la existencia de alguna forma de organización política, ya que muchas ocasiones los derechos sociales resultan de contar con una organización de servicios y prestaciones públicas.

2.3. Derechos sociales como obligación de dar y de hacer

Prieto Sanchís, dice que es corriente identificar derechos sociales con derechos prestacionales, los cuales no se satisfacen mediante una abstención del sujeto obligado, sino requieren de una acción positiva, que se traduce en dar bienes o proporcionar servicios, al respecto refiere que entonces dejarían de ser derechos sociales algunos derechos típicos como de los trabajadores, como huelga y la libertad sindical, pero se convertirían en prestaciones algunas exigencias propias de la condición de trabajador como la asistencia letrada gratuidad o la educación, lo anterior lo considero cierto, pues es importante la efectividad o judicabilidad de todos los derechos, lo cual se logra precisamente teniendo presente qué prestación es la que debe realizar el Estado para así exigírsela.

En relación a lo anterior, Prieto Sanchís, dice



que el sujeto titular de tales servicios podría obtenerlos en el mercado si tuviera medios suficientes para ello, por ejemplo la seguridad e higiene en el trabajo, lo cual veo grave pues entonces dichos derechos sociales sólo estarían al alcance de quien tuvieran medios económicos, sin embargo, es el caso que tales derechos si vienen en una nuestra Constitución y lo que hace falta es precisamente que la normativa ordinaria sea más precisa para hacerlos efectivos, de lo contrario afectaría gravemente la igualdad entre los gobernados, quedando sujeta su efectividad a la libre determinación del Estado.

Resulta interesante referir que dicho autor menciona que la lectura del artículo 53 de la Constitución española confirma su tesis en cuanto a que “existen derechos civiles y políticos intangibles para el legislador y rodeados de múltiples garantías, y existen unos principios (ni siquiera derechos) rectores de la política social y económica que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”,¹³ refiere lo dicho por Garrido Falla en 1979, quien sostiene que para que una declaración tenga carácter jurídico, no basta su inclusión en un texto constitucional o legal, sino que además es necesario que tenga estructura lógica de norma jurídica, que sea de orden, un mandato prohibición que adopte una determinada estructura lingüística imperativa, también refiere que Ph. Braud, dice “que los derechos obligaciones positivas” (sic), no son normas jurídicas, pues carecen de una condición indispensable, que es precisamente la aptitud para la efectividad y sin esto “se situación fuera del derecho”¹⁴, la anterior tesis la debate el propio Prieto Sanchís, diciendo que no todas las normas requieren esquemas para determinar su vinculación lo cual es acertado, considero que existe la posibilidad de interpretación pro-persona la cual incluso es de oficio.

Ahora bien, en relación al punto anterior, Robert Alexy, dice que una norma será llamada “vinculante” si es posible que su lesión sea constatada por el Tribunal Constitucional Federal, lo cual se puede traducir en que realice una amplia y favorable interpretación o bien

que aún y cuando no venga en la estructura que defiende Braud, sería factible, vía interpretación, lograr su precisión para su efectividad.

Luis Prieto Sanchís, refiere que los derechos operan “como si” encarnasen decisiones superiores a cualquiera otras de órganos estatales, incluido el legislador, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al que todas las autoridades e instituciones deben someterse y que por lo tanto tales derechos no son negociables y que las Instituciones carecen de fines propios pues existen sólo para salvaguardar las libertades y la seguridad que deben acompañarla por lo que toda libertad debe justificarse racionalmente.¹⁵

Pero como antes se anotó, existen algunos derechos sociales que carecen de contenido prestacionales como es el caso de la huelga o la libertad sindical y otros que sí requieren de intervención pública como son los relacionados con la limitación de jornada laboral, salario mínimo o las vacaciones anuales, en cambio, la tutela judicial si requiere de una prestación por parte del Estado como los servicios económicos, de subsidios de enfermedades, sanidad, educación, vivienda, la defensa jurídica o la protección administrativa, la seguridad, la salud, etc.

Sanchís dice que los derechos sociales son como derechos de igualdad, entendidas como igualdad material o sustancial, gozando de un régimen jurídico diferenciado o desigual, dice que lo anterior lo desprende del artículo 9.2 de la Constitución española cuando ordena a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...”¹⁶

2.4 Intervención del Estado

Se ha dicho por muchos que es necesario sustraer los derechos sociales del área de discrecionalidad de los apartados de la burocracia, pues esto ha dado lugar a corrupción, a clientelismo, a irracionalidad y a la arbitrariedad en la aplicación de políticas y criterios distributivos, ésto lo traduzco en cuanto a que el Estado no puede omitir atender el fenómeno de la delincuencia organizada, o el que piense que esto sólo afecta a las víctimas en el campo del derecho penal, pero deje de lado o desestime los graves daños colaterales que está originando, como es el hecho de que las personas teman por su integridad física, patrimonial, o no puedan tener accesos a servicios de atención médica o de educación, por la presencia de grupos armados o cobros de cuotas, o pago por uso de suelo, por mencionar algunos.

Como puede apreciarse, se debe buscar una protección jurídica que garantice el acceso a ciertos derechos mínimos como al de educación, subsistencia, salud etc., en relación a la educación se dice que el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para organizar la enseñanza, pero finalmente tiene que garantizar la escolarización gratuita en todos los niveles básicos, derecho que además es accionable ante los tribunales, incluyendo los Constitucionales, Prieto Sanchís precisa que “la jurisdicción ordinaria no puede brindar tutela directa a posiciones subjetivas nacidas de un derecho prestacional mientras falte el desarrollo legislativo”, establece que con la precisión del legislador del derecho social, esta situación permitirá al juzgador ofrecer una tutela jurídica efectiva, que el “legislador es una articulación de los instrumentos procesales para que el titular del derecho pueda hacerlo valer en la jurisdicción ordinaria”, además, agrega

¹³ Op. Cit. p. 47

¹⁴ Op. Cit. p. 47

¹⁵ Op. Cit. p. 18

¹⁶ OP. Cit. p. 31

que el derecho debe ser preciso en su contenido, determinar los sujetos obligados para lograr así una tutela jurídica efectiva.

Robert Alexy, precisa en su obra "Teoría de los Derechos Fundamentales", que los derechos sociales son vinculantes, que en caso de no serlo conducirían a una violación de la cláusula de vinculación del artículo 1 párrafo tercero de la Ley Fundamental, esto lo dijo debatiendo la teoría en cuanto a que los derechos sociales fundamentales no son justiciables o lo son en una medida muy reducida, lo anterior, tiene como base que algunos han sostenido que el objeto de la mayoría de los derechos fundamentales sociales son imprecisos, se hace mención por ejemplo al derecho al trabajo, en donde se cuestiona de cuál sea su contenido, diciéndose que puede ser un derecho utópico, en general, se dice que existe dificultad en cuanto a la determinación del contenido exacto de derechos, así tenemos que la imprecisión de su contenido dificulta o imposibilita su justiciabilidad, es decir, lo podría determinar los tribunales, quienes sólo podrían hacerlo si el legislador previamente determinó su contenido, aunado a lo expuesto, refiere el efecto financiero vinculado con el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, lo cual dice complica su efectividad y si un tribunal constitucional determinaría su efectividad, implicaría resolver respecto de políticas presupuestarias a través de sus resoluciones lo cual contraría la Constitución, refiere que un argumento de los derechos fundamentales sociales es la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido,¹⁷ pues dice que el principal argumento de los derechos sociales es "la libertad jurídico-formal de hacer u omitir algo, de lo contrario carecería de todo valor sin la libertad fáctica, esto es, sin la posibilidad real de poder elegir lo que está permitido".¹⁸

Lo anterior puede apreciarse así en el artículo 25 de nuestra Constitución que dice:

"Artículo 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo".

El estado para evitar la transgresión de los derechos humanos debe prevenir, sin embargo, y si ésta ya se dio y no logró el fin, entonces debe remediarla.

Juan Antonio Cruz Parceró, dice que en "México, la mayoría de los derechos prestacionales o derechos sociales están configurados – y así lo interpreta tanto la doctrina como la jurisprudencia- como directrices que persiguen fines y que dejan al Estado la elección de los medios que considere adecuados para su realización. La educación, la sanidad, el trabajo, la vivienda, el desarrollo de condiciones de vida mínima, etc., depende lo que el legislador y la administración regulan al respecto"¹⁹ refiere que lo anterior se puede apreciar en el artículo 73, fracciones XXIX-D y E de nuestra Constitución, sostiene que se expidan leyes sobre el desarrollo económico y social para la producción de bienes y servicios públicos que requieran las necesidades del país.

Así tenemos que, algunas de las leyes son las siguientes:

Ley Federal de Vivienda (1984), reglamentaria del artículo 4to. Constitucional;

Ley General de Salud (1984), reglamentaria del artículo cuarto Constitucional.

Ley Federal del Trabajo (1970), reglamentaria del apartado A, del artículo 123 Constitucional.

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (1963), reglamentaria del aparato B del artículo 123 de la Constitución.

Ley General de Educación (1993), reglamentaria del artículo tercero Constitucional.

Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social (1986).

Ley de Desarrollo Rural (1988).

Todas las anteriores leyes tienen relación con derechos sociales, las cuales los protegen e implican partidas presupuestarias toda vez que requieren recursos financieros para que las autoridades a quienes se les encomienda su cumplimiento puedan precisamente efectuar los deberes impuestos en éstas, en esto interviene el Ejecutivo con participación del Legislativo para la propuesta y aprobación del presupuesto que anualmente se destina al fin para la cual fueron creadas.

En relación a este punto, se puede citar a Luigi Ferrajoli, quien menciona que un estado social de derecho debe caracterizarse -más que por concesiones- por obligaciones taxativamente establecidas y sancionadas por derechos claramente definidos y accionables²⁰ frente a órganos públicos exactamente individualizados y, con ello, por la certeza, la legalidad y la igualdad en la satisfacción de las expectativas.

Gerardo Pisarello, refiere que para la efectividad de los derechos sociales implica la intervención legislativa jurisdiccional, dice que por la primera se entiende la participación de los órganos legislativos en la regulación de los derechos sociales, y que de acuerdo al grado de intervención se admitirían "dos posibilidades genéricas: desarrollo de los derechos y las políticas sociales constitucionales u omisión legislativa. En la intervención jurisdiccional, a su vez, se hace referencia a la participación de los jueces constitucionales en la regulación (o definición, si se prefiere) de los derechos sociales, según el tipo de intervención que tenga lugar, se admitirían actitudes activistas o deferentes frente al legislador. Para ambos casos de intervención, legislativa y jurisdiccional, se

¹⁷ Op. cit. p. 73

¹⁸ Op. cit. p. 108

¹⁹ Op. cit. P. 103

²⁰ Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Madrid, ed. Trotta, Ed. 1995, p. 863.



contemplan dos hipótesis relacionadas con su posible efecto sobre los derechos sociales. La maximización de los mismos, en términos de vigencia efectiva o su minimización”.²¹

Van Hoof, habla de un esquema interpretativo que consiste en señalar niveles de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, impediéndole de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al derecho económico, social y cultural. De acuerdo a su propuesta, Victor Abramovich y Christian Courtis, mencionan que se aprecian “cuatro niveles” de obligaciones: una obligación de respetar, una obligación de proteger, una obligación de garantizar y una obligación de promover el derecho en cuestión,²² estos autores citan un ejemplo de Van Hoof, el cual dice:

“La libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura, sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse -mediante la protección policial-, y del pluralismo de la prensa y de los medios de

comunicación en general. Paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar o promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado”²³.

Vale citar a Franklin D. Roosevelt, quien dijo “hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres”. Al respecto, digo que el Estado tiene la obligación de proporcionar las condiciones para el ejercicio de esta libertad, es su obligación proteger incluyendo el derecho de prevenir que las personas no resulten dañadas en ningún aspecto humano como su seguridad, salud, alimentación, etc.

Eidee A., citado por Victor Abramovich y Christian Courtis, refieren diversos niveles de los derechos económicos, sociales y culturales, que son los siguientes:

Primer nivel.- En relación a los derechos económicos, sociales y culturales, se encuentra la obligación del Estado de respetar la libertad de acción y el uso de recursos propios de cada individuo- o de la colectividad como los indígenas- en pos de satisfacer sus necesidades económicas y sociales.

Segundo nivel.- Existe una obligación estatal de proteger una libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros, dice que esta es la más importante que se ejerce por el Estado en relación a los derechos económicos, sociales y culturales pues es similar al rol de proteger los derechos civiles y políticos.

²¹ Op. cit. Derechos Sociales y Derechos de las Minorías. P. 116.

²² Op. cit. p. 146

²³ Op. cit. p. 146

Tercer nivel.- Existe una obligación de asistencia que puede asumir formas diversas, por ejemplo, el artículo 11.2 de la Declaración de los Derechos Sociales y Culturales, (PIDESC), menciona:

Protección contra el hambre (producción interna y distribución equitativa de alimentos).

"Artículo 11.2. Los Estados Parte en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos que se necesitan para:

- a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
- b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan".

Como se aprecia, puede consistir en la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida o recursos de subsistencia cuando no existan otras posibilidades, siendo destacable las obligaciones negativas, las cuales se definirán en la obligación de abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado. De no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona a afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación, etc.

Victor Abramovich y Christian Courtis, refieren acertadamente en que las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación, dicen que el Estado puede asegurar la satisfacción de un derecho a través de otros medios en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados, y proceden a desarrollar este punto precisando:

a) Que algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de establecer algún tipo de regulación como el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada; manejan ejemplos, los cuales adecuó al presente estudio, pues refieren que el derecho político presupone la posibilidad de elegir entre distintos candidatos, lo que a su vez implica una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a partidos políticos en elecciones, a este respecto le agregó que implica la seguridad de dichos candidatos, el que las elecciones se desarrollen en forma pacífica otorgando seguridad a los votantes, ahora bien, no pierdo de vista que se requieren recursos para lograr lo anterior, pero dichos recursos ya forman parte del desarrollo mismo de cualquier Estado, no implicando partidas presupuestarias especiales o extraordinarias.

Por lo que hace a la información, dicen implica al menos el establecimiento de una regulación estatal tendiente a asegurar el acceso a la información de origen diverso y pluralidad de voces y opiniones, agregando la seguridad de los periodistas, pues lo primero carecería de razón de ser totalmente en vano sino se asegurara la libertad de opinión, de pensamiento, de información y de quien la materializa, que son los periodistas de cuyas muchas muertes actualmente hay que lamentar.

Considero importante destacar otros aspectos de estos autores en cuanto a este punto, pues mencionan que el derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue consecuencias jurídicas al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de referencias con respecto a su inexistencia. Desde el punto de vista del deber ser de la norma (lógica deóntica) se trata en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisiva o facultativas y no la simple ausencia de prohibición, normas que establezcan requisitos para casarse, para crear sindicatos, una de asociación o un partido político para requerir información pública a los poderes del Estado etc., pues mencionan que "la satisfacción de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original".²⁴

b) Dicen que en otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas o le imponga obligaciones de algún tipo, citan el ejemplo en materia laboral, el cual resulta ilustrativo para la idea planteada pues señalan que el Estado debe establecer el salario mínimo, la jornada de trabajo limitada, los periodos obligatorios de descanso, de vacaciones, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de su gestión, sería en vano sólo se exigiera al Estado cuando es empleador, pues resulta claro que este debe establecer una regulación que se extienda a los empleadores privados, pero refirieron que estas limitaciones no se circunscriben al campo económico, pues hablan del "derecho de rectificación o respuesta"²⁵, dicen que en estos casos el Estado establece restricciones al libre uso de un medio periodístico privado en favor del particular que se siente afectado por la información inexacta o agravante. Del mismo modo, la obligación estatal de asegurar a toda persona el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora, supone el establecimiento de una regulación que sea imponible a terceros y no sólo al propio Estado.

²⁴ Op. cit. Derechos Sociales y Derechos de las Minorías. pp. 150-151

²⁵ Cft. p. 151



c) Por último, sostienen que el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulación en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones. Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público, citan como ejemplo del funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción, la previsión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho de defensa en juicio a quien no pueden pagar un abogado particular; la organización del sistema educativo público, la oferta de programar su desarrollo y capacitación, el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo, la gestión pública de créditos diferenciales, hipotecarios, subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas, etc.

En general, dicen Victor Abramovich y Christian Courtis, que es complejo las obligaciones que tienen los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se caracterizan precisamente por involucrar un aspecto amplio de obligaciones estatales y concluyen diciendo que es falso sean escasas las posibilidades de judicializar estos derechos, pues cada derecho ofrece un abanico de acciones posibles que pueden ir desde la denuncia del incumplimiento de la obligación negativa hasta incluso llegar a la exigencia del cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas, todo lo anterior lo dicen al analizar el tema de la exigibilidad de los derechos, mencionando que la condición de justiciabilidad de estos tipos de derechos implicara identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, aunque reconocen que existen vaguedades en los textos normativos en los cuales se formulan tales derechos, aunado a la falta de una práctica institucional de interpretación de dichos textos y sin lugar a dudas también la sociedad se enfrenta a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, omisiones en cuanto a realizar acciones o tomar medidas en el sentido de la protección, aseguramiento y promoción de los derechos en cuestión.

Ahora bien, entrelazando lo anterior con

el tema central, si los derechos sociales se ven actualmente afectados e incluso en retroceso como consecuencia de la delincuencia organizada, mencionaré que tal conclusión puede hacerse al realizar un planteamiento en cuanto el entrelazado de las violaciones de las obligaciones positivas y negativas por parte del Estado y en cuanto a demostrar en forma concreta que dicho incumplimiento ha traído como consecuencia la violación de varios derechos económicos, sociales o culturales, incluso, analizando si dicha violación trae sólo afectación a individuos en particular o bien a una colectividad o grupo generalizado de personas lo cual pondrá en relieve el incumplimiento de poderes políticos en cuanto al establecimiento de políticas públicas, pues resulta claro que la vigencia de estos derechos implican actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha de actividades por parte de poderes políticos, los cuales en ocasiones no podrán sustituirse por una resolución judicial, pues en su caso sólo compensara el daño sufrido y no podrá suplir la actividad que debe realizar el Estado para prever que la delincuencia organizada no trasgreda ni implique un retroceso en el goce de los derechos económicos, sociales o culturales, máxime cuando estas violaciones se presenten por la falta de respuesta de los poderes políticos, lo cual en muchas situaciones ocasiona un activismo social originado precisamente por la gravedad de las violaciones, las cuales muchas veces se presentan sistemáticamente.

En la actualidad se aprecian latentemente violaciones graves de derechos sociales, lo cual en algunos lugares de México y del mundo origina represión social para obligar al Estado a cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siendo necesario abandonar la idea de lo utópico que resultaban ser estos derechos a su nacimiento, pues basta ya de considerarlos como meras declaraciones de buenas intenciones o compromisos políticos que solo pretenden tranquilizar las frustraciones de los gobernados ante la falta de efectividad de dichos derechos por la presencia de la inseguridad que se vive, motivado por el auge que ha tomado la delincuencia organizada, cada vez con mayor presencia en diversas facetas del desarrollo económico, social y cultural de los países.

LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y LOS DERECHOS SOCIALES

Efectos de la delincuencia organizada en los derechos sociales

Los efectos de la delincuencia organizada pueden apreciarse perfectamente todos los días, basta para ello encender el televisor o la radio y escuchar las noticias del día en donde constantemente informan sobre ejecuciones, desapariciones, extorsiones, cierre de escuelas, de hospitales, falta de luz por robo de cableado, robo de vehículos, de hidrocarburos, estos por mencionar algunos ejemplos, ahora bien, pudiera pensarse lo amarillista de las notas que, para vender publicidad, en las emisiones agravan más el suceso para causar mayor impacto al escuchante, por lo que pretendiendo ser más objetiva al respecto tomaré en este apartado algunos puntos obtenidos del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CIDH), sobre la situación de Derecho Humanos en México, el cual fue rendido en el año 2015, situación que al día de hoy, agosto de 2018, no ha variado en cuanto a mejoría de los aspectos que más destacaré, pero en cambio, las cifras y sucesos que ponen en evidencia la violación de derechos sociales si ha aumentado, tal acotación la haré destacando el punto de dicho informe en donde, se obtiene la información siguiente:

30. Esta grave crisis de derechos humanos fue constatada en terreno y se caracteriza por una situación extrema de inseguridad y violencia, niveles críticos de impunidad y una atención inadecuada e insuficiente a las víctimas y familiares. El efecto de la violencia y las violaciones a los derechos fundamentales sobre personas en situación de pobreza y/o en zonas marginadas, las personas migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y desplazados internos, mujeres, niños, niñas, adolescentes, defensoras y defensores de derechos humanos, periodistas y pueblos indígenas, entre otros, es especialmente grave y desproporcionado la violencia contra defensores y defensoras de derechos humanos, operadores de justicia y contra periodistas es ejercida con el objetivo de silenciar las denuncias y el reclamo de verdad de justicia y perpetuar la impunidad para las graves violaciones a los derechos humanos. En este contexto, en todos los lugares que la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), visitó y se reunió con víctimas, familiares y defensores, quienes describieron los obstáculos que han encontrado en su búsqueda de justicia y su desconfianza en las autoridades. La falta de acceso a la justicia ha creado una situación de impunidad de carácter estructural que tiene el efecto de perpetuar y en ciertos casos de impulsar la repetición de las graves violaciones a los derechos humanos. Las amenazas, hostigamientos, asesinatos y desapariciones forzadas de personas que buscan verdad y justicia ha generado un amedrentamiento en la sociedad mexicana, el cual la CIDH constató en reiterados testimonios de personas que no denunciaron estas violaciones por temor a represalias, generando con ello un problema grave de sub-registro en las cifras oficiales.

31. El Estado, en sus observaciones al proyecto del informe en comento dijo no estar de acuerdo con la omisión y consideración de elementos como: el contexto geográfico subregional y regional de México y la compleja problemática de la delincuencia, tráfico de drogas, de armas y flujos ilícitos de capital; El esfuerzo que México ha desplegado para hacer frente a esos retos, que ha sido acompañados de avances importantes en materia de fortalecimiento del marco legal para la prevención de la violencia y para la protección de los derechos humanos, como por ejemplo la reforma al sistema de justicia penal en 2008 y la reforma constitucional de 2011, a partir de esta última, otros desarrollos normativos y de políticas públicas importantes, tales como iniciativas de leyes generales en materia de personas desaparecidas y erradicación de la tortura; el papel y prestigio de las fuerzas armadas en labores de protección de la población, y su función para ayudar en labores de las policías. El Estado informó que la presencia de las fuerzas armadas en el territorio nacional no es permanente ni generalizada sino que obedece a necesidades específicas de ciertas zonas.

32. En sus observaciones al proyecto del presente informe el Estado manifestó que México comparte frontera con Estados Unidos, que gasta alrededor de 130 mil millones de dólares al año en drogas ilícitas. Con esos recursos, el crimen organizado transnacional tiene una enorme capacidad de esparcir violencia y corrupción. Según el Estado el mercado de las drogas ilícitas se alimenta del acceso a armas provenientes principalmente de Estados Unidos que da una enorme capacidad de violencia a los grupos criminales, es por ello que México impulsó la Convención Interamericana Contra el Tráfico de Armas (CIFTA), el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Armas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención sobre el Comercio de Armas de la ONU. El Estado indicó que no es posible separar lo que sucede en México de lo que sucede en los Estados Unidos de Norteamérica en materia de narcotráfico, son las dos caras de la misma moneda.

PRINCIPALES FUENTES DE LA VIOLENCIA

Actores estatales

34. Dentro de este contexto de lucha contra el narcotráfico y la consecuente militarización de las zonas del país, diversas autoridades como las policías en sus distintos niveles federal, estatal y municipal, los miembros de las fuerzas militares e incluso de ministerios públicos, han sido vinculados con presuntas graves violaciones a los derechos humanos que permanecen en la impunidad, además, la Comisión ha recibido constantemente información por parte de organizaciones de la sociedad civil en las que manifiestan que los avances en materia de derechos humanos en México, contrastan con prácticas violatorias a derechos humanos tales como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, denuncias de tortura perpetradas por funcionarios federales, estatales y fuerzas armadas, violencia y hacinamiento de las prisiones, el uso abusivo de la prisión preventiva, la falta de garantías para ejercer la libertad de expresión, la intervención de las comunicaciones, entre otras.

2. Crimen organizado

41. En México, al igual que en otras partes de América Latina, “la corrupción y la impunidad han permitido a organizaciones criminales desarrollar y establecer verdaderas estructuras de poder paralelas”. En muchos casos los grupos delincuenciales actúan en aparente colusión directa con autoridades estatales o por lo menos con la aquiescencia de éstas. En este sentido, el caso Ayotzinapa es un ejemplo emblemático de la colusión entre agentes del Estado e integrantes del crimen organizado, ya que según la versión oficial la policía municipal de Iguala estuvo coludida con un grupo delincuenciales para desaparecer a los estudiantes, asimismo, según el GIEI, autoridades de la policía estatal, federal y del ejército habrían acompañado los incidentes. Por lo tanto, también podrían haber estado en colusión con grupos del crimen organizado.

44. Los grupos del crimen organizado se dedican principalmente al narcotráfico, pero no exclusivamente. Entre sus otras actividades delictivas destacan además de los asesinatos, la extorsión, el secuestro, robo, “cobro de piso”, control de rutas de migrantes, tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas,



tráfico de armas, entre otras. En cuanto a los secuestros, a menudo asesinan a sus víctimas aún después de que sus familiares hayan pagado el rescate. Esta diversificación de sus actividades delictivas aunada al poder fáctico que ejercen en gran parte del territorio, convierten al fenómeno del crimen organizado en la principal fuente de violencia por parte de actores privados en México, que a su vez trae aparejada la responsabilidad del Estado mexicano por la falta de una respuesta eficaz frente a este problema.

45. La problemática del crimen organizado también se ha visto reflejada en amenazas y reclutamiento forzado de personas, por ejemplo, en abril de 2015, la CIDH decidió solicitar al Estado mexicano la adopción de medidas cautelares a favor de la comunidad El Manzano, en el estado de Chihuahua, la Comisión determinó que dicha comunidad habría recibido amenazas y se habrían perpetrado asesinatos en contra de jóvenes en esa comunidad, presuntamente en el contexto de reclutamiento por grupos del crimen organizado.

3. Otros actores como fuentes de violencia

47. Además de las principales fuentes de violencia mencionadas anteriormente, existen otras que exacerban el problema en algunas zonas del país. En años recientes, sobre todo en estados del centro y sur del país, surgió el fenómeno conocido como “policías comunitarias” o “autodefensas”. De acuerdo a información de conocimiento de la Comisión, las autodefensas son grupos de civiles que han tomado las armas para presuntamente defender y proteger a sus comunidades de los delincuentes y sobre todo de los grupos del crimen organizado ante la ausencia de una presencia estatal efectiva conforme a un Estado de Derecho.

48. Las autodefensas surgieron a principios de 2013, principalmente en zonas rurales del país con altos índices delictivos y de impunidad, aunque también lo han hecho en zonas urbanas y semiurbanas. En principio, la mayoría de los grupos de autodefensas habrían tenido como común denominador la desesperación ante los altos niveles de criminalidad en sus comunidades, los cuales, manifiestan que las fuerzas del orden no habrían sido capaces de controlar. Con el tiempo, algunos de estos grupos se han transformado en grupos violentos y criminales, tal y como es el caso de algunos grupos en Michoacán, los cuales supuestamente se habrían iniciado como grupos de autodefensa comunitaria y luego se habrían convertido en cárteles de la droga, contribuyendo al aumento de la violencia en la región. La supuesta evolución de los grupos de autodefensas reafirma la preocupación de la CIDH de que éstos grupos surgieron como reacción ante los altos niveles de violencia en algunas zonas del país y ante la inoperancia del Estado para hacerles frente, pero a la postre algunos se han convertido en fuentes adicionales de violencia.

Situación de violencia y violaciones a los derechos humanos

87. Como parte de “la guerra contra el narcotráfico” iniciada a partir del 2006, las autoridades mexicanas optaron por aumentar el rol de las Fuerzas Armadas – particularmente la SEDENA y la SEMAR – en tareas de seguridad pública, incluyendo una política de confrontación contra el crimen organizado y el despliegue de operativos conjuntos entre las fuerzas armadas y las instituciones de seguridad estatales y municipales. Esta situación desató mayor violencia así como violaciones graves a los derechos humanos e impunidad, a pesar del cambio de gobierno en diciembre de 2012 y del cambio en el discurso oficial dejando de lado el concepto de “guerra” en los pronunciamientos públicos, no hubo cambios sustanciales en relación a las políticas de seguridad, en la práctica, y a la violencia que éstas desencadenaron.

88. Este contexto de lucha contra el narcotráfico y la consecuente militarización de zonas del país ha resultado en varias ocasiones en un incremento de la violencia y de violaciones a los derechos humanos, así como en mayores niveles de impunidad, es decir, la atribución a las fuerzas armadas de roles que corresponderían a las fuerzas policiales civiles y el despliegue de operativos conjuntos entre las fuerzas armadas y las instituciones de seguridad estatales y municipales en distintas partes del país han dado lugar a mayores violaciones de derechos humanos.

498. Además de estos problemas concretos, otro aspecto estructural que permea muchas instituciones de justicia en México, ya mencionado en el informe, es la corrupción así como la protección, colusión e infiltración de la delincuencia organizada en diferentes dependencias gubernamentales. Es urgente que el Estado mexicano adopte medidas concretas, oportunas y efectivas para combatir la corrupción en todos los niveles y en los tres poderes de gobierno.

Las anteriores citas hablan por sí mismas de cómo la delincuencia organizada presenta un factor de retroceso en el ámbito de los derechos sociales, existiendo un nexo causal evidente entre su presencia y las violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, el cual se explica por sí misma al leer los puntos antes destacados, lo cual se representa como daño directo o en forma colateral.

LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO

Es viable la existencia de la delincuencia organizada sin que ello implique relación directa con el Estado, tal vez en todo caso en forma indirecta como elementos dedicado a su extinción, control, aprehensión, extinción o bien lo que derive según el caso, sin embargo, la situación es grave cuando esta relación es de contubernio, permisión, sociedad, situación que en el mayor de los casos, así se presenta en el mundo, de lo contrario no puede explicarse su extensión y auge, pues se da la tolerancia, o bien, puede darse una incompetencia por parte del Estado para su contención. Esta relación a que se refiere el presente apartado se explica detalladamente en el punto 67 del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la situación de derechos humanos en México, del año 2015, que dice lo siguiente:

67. Un fenómeno estrechamente relacionado y central para entender el fenómeno de la impunidad en México es la corrupción. La CIDH fue informada supuestos actos de corrupción por parte de funcionarios públicos de diversos niveles y dependencias de gobierno. Según información de la academia: “tendencias históricas de patrimonialismo,

clientelismo, corrupción y crisis de representación han llevado a un ejercicio democrático meramente procedimental, ineficiente y costoso”. Las acusaciones de corrupción contra funcionarios públicos, desde los más bajos hasta los más altos niveles, deben ser investigadas de manera oportuna, imparcial y exhaustiva, y deben sancionarse a los responsables, según corresponda. De acuerdo a estándares internacionales en la materia, dichas investigaciones deben realizarse por organismos verdaderamente imparciales e independientes políticamente y que no dependan de forma alguna de las entidades a las que investigan o fiscalizan, de lo contrario, la percepción de corrupción e impunidad impera y los esfuerzos del Estado por combatirla no logran sus objetivos. En sus observaciones al proyecto del presente informe, el Estado señaló que el 27 de mayo de 2015 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación un decreto que adoptó la iniciativa para modificar la Constitución Mexicana y crear el Sistema Nacional Anticorrupción y el Sistema Nacional de Fiscalización, según el Estado, el objetivo de la iniciativa es “impulsar la imparcialidad y la independencia de criterios de la autoridad investigadora y de la autoridad sancionatoria; lograr un impacto a largo plazo para disminuir la percepción de la corrupción; y mantenerla como una práctica gubernamental.

Dicha relación de subordinación, más que de supra, da lugar a que precisamente se de esa violación tal lesiva en los derechos sociales de los gobernados, por lo que muchas de las violaciones a dichos derechos provienen del incumplimiento de obligaciones negativas y positivas por parte de los poderes públicos.

3.3 El combate del estado contra este fenómeno social

En este tema puedo afirmar que tal vez las normas para su combate están legisladas, sin embargo, el conflicto está en sus operadores, los cuales, debido a la corrupción, no han sido capaces para contenerla o eliminarla o por lo menos para evitar que dañen de forma tan grave los derechos sociales, por lo que la conducta del Estado no pudiera ser en este caso de no intervenir para el goce de estos derechos pues su comportamiento estaría lejos de garantizar el goce del derecho, tal como lo dijera Víctor Abramovich y Christian Courtis, quienes afirman que equivaldría a abandonar al ciudadano a su propia suerte²⁶,

²⁶ Op. Cit. P. 164



establecen un ejemplo del derecho a la vida inherente a la persona, el cual no puede ser entendida de una restrictiva y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas como es el que los Estados adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias; comentan cómo la Comisión de Derechos Humanos establece obligaciones del Estado que corresponde a algunos derechos sociales, tales como el derecho a un nivel de vida adecuado que comprenda estándares apropiados de vivienda y alimentación (artículo 11, del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–), el cual dice:

“Artículo 11.-

1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Parte en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

Así como el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12 PIDESC)

“Artículo 12.-

1. Los Estados Parte en el presente Pacto

reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Como puede apreciarse, deja en claro la separación en la categoría de estos derechos.

Por lo tanto, y tratándose del retroceso de los derechos sociales como consecuencia de la delincuencia organizada, indico que el Estado Mexicano tiene en todos sus niveles de gobierno la obligación de aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuesto, ya que de lo contrario podría implicar la responsabilidad de la nación frente a la comunidad internacional, pues siguiendo a los autores mencionados, el Estado tendría obligaciones genéricas en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, siendo las siguientes:

Obligación de adoptar medidas inmediatas.

Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos.

Obligación de progresividad y prohibición de retroceso.

La primera, se desprende del artículo 2 del PIDESC, que dice:

“Artículo 2.-

1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

Así encontramos que de acuerdo al Comité y para el logro de la plena efectividad de los derechos, pueden realizar progresivamente obligaciones con “efecto inmediato”, entre las que encontramos:

1. La de garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación.

2. La de adoptar medidas, compromisos que no queda condicionados ni limitados por ninguna otra consideración. Estos quedan a elección del Estado, pues el pacto refiere expresamente a la utilización de “todos los medios apropiados”, en caso contrario los Estados, en sus informes, están

obligados a fundamentar la elección de las medidas, y corresponderá al Comité “determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas”.²⁷

Además de lo anterior, es importante tener presente que los principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, los cuales sostienen que un Estado viola el Pacto, por ejemplo, cuando no logra remover a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho: cuando no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada, y para cuya realización está capacitado; cuando adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo; cuando retrasa deliberadamente la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos por el Pacto o que dicha conducta obedezca a falta de recursos justificada o fuerza mayor, cuando no logra presentar los informes exigidos por el pacto, lo expuesto se desprende de la lectura de dichos principios, que dice lo siguiente:

Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

70. El incumplimiento por parte de un Estado Parte de una obligación prevista en el Pacto constituye, bajo el derecho internacional, una violación del Pacto.

71. Para determinar en qué consiste el incumplimiento, es necesario tomar en cuenta que el Pacto permite al Estado Parte cierto margen de discreción con respecto a la selección de los mecanismos que utilizará para llevar a cabo sus objetivos y que existen factores ajenos a su control inmediato que pueden ejercer un efecto adverso sobre su capacidad de hacer efectivos ciertos derechos.

72. Un Estado Parte incurre en una violación del Pacto, si:

- No toma alguna medida que le es requerida por el Pacto.
- No elimina rápidamente los obstáculos a que está obligado a eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho.
- No aplica sin demora un derecho a que está obligado a garantizar de inmediato conforme al Pacto.
- Incumple intencionalmente una norma mínima internacional de realización ampliamente reconocida y cuya efectividad está dentro de sus posibilidades.
- Impone una limitación a un derecho reconocido en el Pacto en contraposición con lo estipulado en el Pacto.
- Retrasa o interrumpe intencionalmente la realización progresiva de un derecho, al menos que se actúe dentro del contexto de una limitación admitida por el Pacto o por razones de la falta de recursos disponibles o de fuerza mayor.
- No presenta informes tal como lo estipula el Pacto.

73. De conformidad con el derecho internacional, cada Estado Parte al Pacto tiene derecho a expresar su posición de que otro Estado Parte está incumpliendo sus obligaciones conforme al Pacto y hacer del conocimiento de ese Estado Parte dicha posición. Cualquier disputa que pueda surgir se resolverá de conformidad con las reglas del derecho internacional pertinentes a la resolución pacífica de disputas. Parte II.

Consideración de los Informes de los Estados Parte y la Cooperación Internacional Bajo la Parte IV del Pacto A. Preparación y presentación de los informes de los Estados Parte.

74. La eficacia de los mecanismos de supervisión previstos en la parte IV del Pacto depende en gran parte de la dualidad y puntualidad de los informes presentados por los Estados Parte. Por lo tanto, se insta a los gobiernos a asegurar que sus informes sean lo más significativos posible. Con este propósito, se deberían crear mecanismos internos para la realización de consultas con las agencias e instancias gubernamentales competentes, la recopilación de datos pertinentes, la capacitación del personal, el acopio de información básica y consultas con las instituciones no gubernamentales e internacionales relevantes.

Ahora bien, el tipo de medidas que adopte cada Estado, no obstante de que quedan a su elección, tendrían que ser las adecuadas, siempre y cuando impliquen todos los medios apropiados para lograr el goce pleno de estos derechos, que según los autores en estudio serían:

Adecuación del marco legal, que puede implicar la derogación de normas que resulten contrarias a la obligación de la prevalencia del derecho. Establecen que implica eliminar cualquier discriminación de iure, debiendo derogar cualquier norma, regulación o práctica discriminatoria (incluyendo acciones positivas ya acciones por omisión) que afecten el goce de los derechos económicos, sociales y culturales

Lo Anterior lo desprenden del principio de Limburgo número 37, el cual sostiene:

37. Al ratificar el Pacto, los Estados eliminarán de jure la discriminación mediante la abolición inmediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria (incluyendo acciones de omisión y comisión) que afectan el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

B. Relevamiento de información y formulación de plan, en cuanto a este punto citan el ejemplo de la educación primaria obligatoria y gratuita, aquellos Estados que no la hubieran implementado al momento de la ratificación asumen el compromiso de elaborar y adoptar, dentro de un plazo un plan detallado de acción para su implementación progresiva, estas obligaciones de vigilancia, reunión de información y preparación de un plan de acción para la implementación progresiva son

²⁷ Cft. P. 187



extensibles, como medidas inmediatas, al resto de los derechos consagradas en el pacto.

C. Provisión de recursos efectivos, obligación así interpretada por Victor Abramovich y Christian Courtis, quienes sostienen que los Estados tienen la obligación de brindar recursos judiciales y otros recursos efectivos, la cual derivan del artículo 2.1. del PIDESC,²⁸ lo cual consiste en una medida apropiada que el Estado debe adoptar, lo cual dicen concuerda con los principios de Limburgo (principio 19)²⁹.

También estos autores realizan una crítica en cuanto a que el Comité limita la obligación de brindar recursos judiciales a los derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables, restricción que dicen no coincide con los principios de Limburgo, pues si la obligación de proveer recursos judiciales son parte de la obligación de adoptar medidas, no parece razonable limitar a algún tipo de derechos en particular, pues indican que el artículo 2.1 se refiere a la totalidad

de los derechos consagrados en el Pacto, además, agregan que brindar recursos judiciales puede asumir modalidades específicas en relación a determinados derechos, citan el ejemplo a la vivienda, diciendo que los Estados deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a la personas, consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados que en la actualidad carezcan de esa protección.

En general, se dice que los Estados tendrán una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, que en su caso será la obligación de no regresividad; atendiendo al Comité esa obligación surge del artículo 2.1 del Pacto. En algunos casos implicará adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcance los mínimos exigibles, en otros casos tan sólo requerirá conservar la situación de no retroceder y no obstante se tendrá en cuenta su limitación de recursos, pero las medidas que tome implicaran el máximo de los recursos de que disponga, pues incluso lo dijeron Victor Abramovich y Christian Courtis, que no sólo “existe un mínimo esencial de protección de cada uno de los derechos sino un sector de la población que representa el mínimo de ciudadanos que debe recibir, aun durante la crisis la protección del Estado, en relación a sus derechos económicos y sociales”³⁰, faltando definir en su caso grupos vulnerables, por lo que los Estados deben agilizar la efectividad y vigencia de estos derechos, pues progreso, consistiera en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, dicen los autores, que el Comité destaca que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

²⁸ Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

²⁹ Principio 19. Los Estados Parte proveerán de recursos efectivos incluyendo, cuando sea apropiado, los de tipo legal.

³⁰ Op. cit. p. 192-193

El Estado debe evitar adoptar medidas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, pues a la firma del Pacto, el Estado asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes a la firma de dicho pacto, esta obligación de no regresividad tiene además su fundamento en nuestra Carta Magna, constituyendo una garantía mínima de mantenimiento de estos derechos.

Una medida de protección del contenido de estos derechos lo podemos encontrar en lo dispuesto por el artículo 4 del PIDESC, que dice:

“ Artículo 4.- Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

Por lo visto, hay mucho en donde el Estado Mexicano debe aplicarse para lograr las obligaciones antes destacadas.

CONCLUSIONES

Como puede apreciarse en el capítulo 3 de este trabajo, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la situación de derechos humanos en México, el cual fue rendido en el 2015, pone en evidencia la afectación y retroceso de los derechos sociales como consecuencia de la delincuencia organizada, pues tal fenómeno influye en forma negativa en los derechos económicos, sociales y culturales, en factores socioeconómicos que inciden en los niveles de violencia en México, afectando incluso la desigualdad, la pobreza, la estigmatización y los estereotipos, el desempleo en todas las edades, los bajos salarios, la discriminación, la migración forzada, los bajos niveles de educación, las condiciones precarias de vivienda, los servicios de salud insuficientes, el fácil acceso a las armas y la impunidad, entre otros, además del riesgo latente en que se ponen a los niños, niñas y adolescentes que no estudian ni trabajan, lo cual contribuye a que sean más fácilmente captados y explotados por la delincuencia organizada, además de la grave afectación a los derechos de las mujeres, las cuales en cualquier condición se consideran en una situación vulnerable.

En cuanto a este último aspecto es conveniente citar lo dicho por el informe en el punto 190. La CIDH recuerda que los deberes del Estado bajo los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, adquieren connotaciones especiales en el caso de las niñas. La Corte Interamericana ha señalado que las niñas y niños “poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”, además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. Por lo tanto, el Estado debe tomar medidas especiales orientadas a proteger especialmente a las mujeres, niños, niñas y adolescentes, con un mayor cuidado y responsabilidad en cuanto a estos últimos de acuerdo al principio del interés superior del niño, pues se ha señalado que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad, igualmente, el Estado debe

prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las mujeres en consideración a su condición de niñas, que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.

Del mismo informe se derivan las causas por las cuales la delincuencia organizada, representa un retroceso en la vigencia de los derechos sociales, pues se afirma que aunado a tal fenómeno en auge encontramos falta de voluntad política, falta de recursos, hasta deficiencias estructurales y vacíos jurídicos que ocasionan indebida investigación, originados en algunos casos por la no preparación de los operadores de justicia, además que la corrupción provoca investigaciones lentas en la comisión de delitos por este sector, lo cual se agudiza por la infiltración de miembros del crimen organizado en corporaciones estatales, requiriéndose cambios estructurales dramáticos, también en forma lamentable vemos que la organización de estos delinquentes supera la capacidad de órganos de gobierno.

Aunado a lo anterior tenemos que estos grupos conforman verdaderas empresas de presencia no sólo nacional sino incluso internacional, por lo que, no obstante se elimine a líderes, estos son prontamente sustituidos por otros, pues tienen tal estructura de existencia que no implica su extinción o decadencia la aprehensión del líder en turno.

Por otro lado, y no obstante que no es objeto de esta investigación, se puede decir que el Estado podría evitar que se formen nuevas organizaciones criminales, además de obviamente trabajar en la desarticulación de las existentes, recuperando espacios en donde se empiece a volver palpable y eficaz la presencia de las agencias sociales y asistenciales del Gobierno, a efecto de evitar el reposicionamiento de las mismas o como dije, el asentamiento de alguna nueva.

También el Estado se debe enfocarse en limpiar de la corrupción a sus instituciones, capacitar a sus operadores de justicia a efecto de que se vuelvan peritos en el nuevo sistema penal acusatorio, además en cuanto a las leyes debe aclarar la opacidad o bien completarlas o hacerlas operantes, sustituir o derogar las obsoletas o inoperantes, toda vez que el Estado, a diferencia de los criminales no puede enfrentarlos violentando con ello la ley que es el instrumento limitante de la actividad de todo Gobierno, pues en esto radica su supremacía, en el privilegio al respeto de los derechos de los



gobernados, por lo que debe aplicar las normas jurídicas existentes, pero verificar su eficacia.

Teniendo presente además las obligaciones de no hacer referidas por Victor Abramovich y Christian Courtis, quienes sostienen que por ejemplo, el derechos a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derechos a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural³¹, pues los derechos no son negociables, por lo que las Instituciones carecen de fines propios pues existen sólo para salvaguardar las libertades y la seguridad por lo que toda libertad debe justificarse racionalmente, tal como lo sostenía Luis Prieto Sanchís, que establecía los derechos operan “como si”, encarnasen decisiones superiores a cualquiera otras de órganos estatales incluido el legislador, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al de todas las autoridades e instituciones³²

También reitero que al permitir que la delincuencia organizada afecte los derechos económicos, sociales y culturales, entonces se estaría provocando una desigualdad ante su omisión o incapacidad de controlar tal fenómeno social, lo expuesto se hace en atención a lo sostenido por Sanchís, no olvidando los “niveles” de obligaciones sostenidos por Victor Abramovich y Christian Courtis, que consisten en una obligación de respetar, una obligación de proteger, una obligación de garantizar y una obligación de promover los derechos en cuestión.

Por último, y a modo de conclusión también cito a Gerardo Pisarello, cuya teoría comparto en cuanto a que la efectividad de los derechos sociales implican la intervención legislativa y jurisdiccional, pues implica el desarrollo de los derechos y las políticas sociales constitucionales o la omisión legislativa, así como la definición de dichos derechos sociales, lo anterior, sin olvidar las obligaciones negativas, las cuales se definirán en la obligación de abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado, que implique el no goce de dichos derechos.

ABREVIACIONES

DEA. Administración para el Control de Drogas.

FBI. Buró Federal de Investigaciones.

PIDESC. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Sociales.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid 1993.

CARBONELL Miguel y otros (compil.). Derechos Sociales y Derechos de las Minorías, México, 2004, Ed. Porrúa, ed. tercera edición.

Cossío, José Ramón, “Los derechos sociales como norma programáticas y la comprensión política de la Constitución”, en Rabasa, en Rabasa, Emilio O (coord.) ochenta años de vida constitucional en México, México, cámara de diputados-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Madrid, Ed Trotta, Ed. 1995.

Osomo, Diego Enrique, “El Cartel de Sinaloa, Una historia del uso político del narco”, México. Ed. Grijalbo, ed. 1ra 2009.

Soto Baez Óscar, “las deficiencias Jurídicas, en la ofensiva contra la delincuencia organizada, México, 2013. Ed. Ubijus. ed. primera, 2013.

DOCUMENTOS

Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la Situación de Derechos Humanos en México, 2015.AA

³¹ Op. Cit. Derechos Social y Derechos de las Minorías. P. 143

³² Op. cit. p. 18



El Control de Convencionalidad como Mecanismo de Cumplimiento de las Obligaciones del Estado Derivadas de los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos

FRANCISCO JAVIER ZAMORA ROCHA

TUTOR: DR. GUMERSINDO GARCÍA MORELOS



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda un tema que desde mi perspectiva ha venido a hacer efectiva la protección de los derechos humanos: el control de convencionalidad; es un mecanismo que, en su modalidad de control difuso, asegura que desde las instancias internas cualquier agente del Estado ajuste su actuación a los estándares internacionales de derechos humanos, con lo que se consigue que los Estados parte cumplan con las obligaciones adquiridas con la suscripción o adhesión a los tratados internacionales de la materia.

Para explicar la importancia que reviste el control de convencionalidad, se aborda de manera conceptual al derecho internacional de los derechos humanos y su fuente más importante, los tratados internacionales, seguido de una explicación sobre el sistema universal y los sistemas regionales de derechos humanos, con la pretensión de dejar en claro lo que significa la responsabilidad internacional.

Se hace énfasis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en virtud de ser al que México está adscrito, además porque es en este sistema en el que se ha construido la doctrina sobre el control de convencionalidad.

Además, se analizan los orígenes del control de convencionalidad, partiendo de su paralelismo con el control de constitucionalidad y refiriendo sus principales características, dejando sentado en qué consiste esta herramienta hermenéutica para dar paso a la forma y razones de su recepción y su adopción en nuestro país.

Como parte de la implementación de esta figura en México, se consideró necesario hacer una breve reseña de la sentencia relativa a la contradicción de tesis de jurisprudencia 293/2011, de gran relevancia para el tema que nos ocupa, pues a partir de esa sentencia se tomaron definiciones importantes sobre el parámetro de regularidad y la jerarquía de los tratados internacionales, así como el valor que se debe dar a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las cuales resultan indispensables para instrumentar en debida forma el control de convencionalidad.

Finalmente, aun cuando no existe una sola forma de implementación de ese control, se expone un método para su instrumentación que considero de valía para efectos didácticos y para su aplicación en la labor jurisdiccional.

La motivación para realizar este trabajo de investigación la encuentro en mi labor cotidiana como juzgador. Desde la función que realizo, con la aplicación de este mecanismo de control se logra de mejor manera el respeto y la protección de los derechos humanos de los justiciables, por lo que, es obligación de todos los operadores judiciales conocer a profundidad este tema.

1.- EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional de los derechos humanos es “aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano, inherentes a su dignidad”¹.

Puede definirse también como una rama del derecho internacional



El control de convencionalidad como mecanismo de cumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.

¹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos, citado por Castañeda, Mireya, en *El derecho internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional, México, 2012, p 26.*



público que tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos.

Carlos Villán Durán, lo define como “[E]l Sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y la protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto”².

En un intento de conceptualizar lo que es el derecho internacional de los derechos humanos, podríamos definirlo como, el conjunto normativo contenido en tratados internacionales, en el que se establecen los principios mínimos de respeto a los derechos humanos y a los que se encuentran vinculados los Estados parte.

1.1.- Los tratados internacionales como fuente del derecho internacional de los derechos humanos

Sin duda, la fuente principal del derecho internacional de los derechos humanos son los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce como fuente del derecho internacional a los tratados, generales o particulares, junto con otras fuentes como la costumbre internacional, los principios generales de derecho, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

Ahora bien, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (CVDT)³, se entiende por “tratado”: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Existen varios principios fundamentales que rigen el derecho de los tratados, tales como: *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta* y *ex consensu advenit vinculum*.

El principio de *pacta sunt servanda*, se encuentra expresamente señalado en el artículo 26 de la CVDT, “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, este principio se identifica con el derecho que tienen las partes contratantes para decidir cuándo celebrar contratos, con quién hacerlo y la libertad para determinar el contenido del mismo; en virtud de dicha libertad lo pactado por las partes tiene fuerza vinculatoria entre ellos, consiste, además, en que los tratados deben cumplirse de acuerdo a lo pactado.

El relativo a *res inter alios acta*, consiste en que los tratados solo obligan a quienes han intervenido en ellos, y el llamado *ex consensu advenit vinculum*, que radica en que el consentimiento es la base para obligarse jurídicamente, los que se derivan del artículo 26 de la CVDT.

Entonces, los Estados son los creadores de una de las fuentes más importantes del derecho internacional, los que de acuerdo con el preámbulo de la CVDT son considerados “como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales”.

Por tanto, los tratados internacionales, como cualquier contrato, son instrumentos empleados por los contratantes (Estados parte) para lograr sus intereses mediante la reciprocidad de derechos y obligaciones.

Sin embargo, en materia de derechos humanos, toman un matiz diferente, pues los tratados “[...]no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”⁴

1.2.- Sistemas del derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de derechos humanos de acuerdo a su ámbito competencial y orgánico se encuentra dividido básicamente en dos sistemas: a) el sistema universal, al que le corresponden los tratados de derechos humanos firmados por los Estados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas; y, b) los sistemas regionales que son tres, el Sistema Europeo de Derechos Humanos conformado por el conjunto de tratados en materia de derechos humanos suscritos en el marco del Consejo de Europa; El Sistema Interamericano de Derechos Humanos conformado por los tratados en materia de derechos humanos en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA); y, el Sistema Africano de Derechos Humanos conformado por los tratados celebrados en el marco de la Organización para la Unidad Africana.

El sistema universal de derechos humanos tiene su origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que vale la pena aclarar no se trata de un tratado internacional por lo que su contenido es de carácter dogmático más que jurídico y por ello carece de fuerza vinculante, pero a partir de este, la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha aprobado nueve tratados internacionales en materia de derechos humanos, con su respectivo órgano de control y vigilancia:

² Manual sobre el sistema universal de protección de derechos humanos, Costa Rica, 2016, p. 17

³ Suscrito por México el 23 de mayo de 1979, entró en vigor el 27 de enero de 1980.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OPINIÓN CONSULTIVA OC-2/82 DEL 24 DE SETIEMBRE DE 1982 EL EFECTO DE LAS RESERVAS SOBRE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (ARTS. 74 Y 75), Serie A número 2, párrafo 29.

1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha 16 de diciembre de 1966, que establece para su observancia al Comité de Derechos Humanos.
2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de fecha 16 de diciembre de 1966, cuyo órgano para su observancia es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
3. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de fecha 21 de diciembre de 1965, que establece para su observancia al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
4. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979, que establece para su observancia al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
5. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de fecha 10 de diciembre de 1984, que establece para su observancia al Comité contra la Tortura.
6. La Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, que establece para su observancia al Comité de los Derechos del Niño.
7. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares del 18 de diciembre de 1990, que establece para su observancia al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
8. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de fecha 13 de diciembre de 2006, que establece para su observancia al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.
9. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de fecha 20 de diciembre de 2006, que establece para su observancia al Comité de Desapariciones Forzadas.

Los comités reciben informes periódicos de los Estados parte, que sirven como mecanismo de supervisión, pero además existen otros mecanismos, tales como las comunicaciones individuales, reclamaciones interestatales, medidas de alerta y mecanismos de investigación⁵.

En cuanto a los sistemas regionales, el Sistema Europeo de Derechos Humanos cuenta con dos documentos base: el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyo nombre completo es Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, instrumento fundamental aprobado en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y sus 14 protocolos adicionales, y la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961.

En principio el Sistema Europeo tenía dos órganos, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a partir de 1998, con las modificaciones establecidas en el protocolo adicional 11, se sustituyó ese sistema de dos niveles para crear un nuevo Tribunal Europeo.

El sistema cuenta con el Comité de Ministros, que es el órgano de decisión del Consejo de Europa, que, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tiene atribuciones de colaboración con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como: 1) velar por la ejecución de las sentencias definitivas; 2) remitir las sentencias para su interpretación, y 3) solicitar opiniones consultivas.

Además, la Carta Social Europea cuenta con un comité que vigila su cumplimiento, es el Comité de Derechos Sociales, que tiene como

mecanismo de control la presentación de informes de los Estados parte.

Para ser exhaustivo, al menos en su mención, debo referirme a otro instrumento europeo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y al Tribunal de Justicia Europeo, que tiene como función garantizar el respeto al derecho comunitario y la interpretación y la aplicación de los tratados de la Unión Europea, incluida la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El Sistema Africano de Derechos Humanos, está basado en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y sus dos protocolos, y además cuenta con la Carta de Derechos y Protección de la Niñez. Este sistema está inspirado tanto en el Sistema Europeo, como en el Interamericano.

Los órganos del Sistema Africano, son dos: una Comisión llamada Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, que inició funciones el 2 de noviembre de 1987 y una Corte, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que se estableció en 2006.

Enseguida abordaremos con un poco más de detalle el sistema interamericano de Derechos Humanos, a efecto de irnos aproximando al tema central de este trabajo que es el control de convencionalidad, que como veremos más adelante es una institución propia de este sistema.

2.- EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el continente americano, los derechos humanos están protegidos por la Organización de los Estados Americanos (OEA), constituida por 35 países que han ratificado la Carta de la OEA, por la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre (DADDH, 1948) y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969) a la que solo pertenecen 23 Estados, además de otros tratados producidos por la OEA⁶.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos está conformado por dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Washington, Estados Unidos de Norte América; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con sede en San José de Costa Rica. De los 23 Estados que han suscrito la CADH solo 20 han aceptado su competencia contenciosa.

⁶ La lista de documentos básicos de derechos humanos del sistema interamericano, la encontramos en http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp, consulta el 1 de julio de 2018.



Podemos hablar de que hay dos grupos de Estados, de acuerdo con los compromisos asumidos en esos documentos fundamentales, un primer grupo que incluye a los Estados miembros de la OEA y que no son parte de la Convención, su relación es exclusiva con la CIDH y un segundo grupo que incluye a los que forman parte de la CADH, dividido a su vez, en dos sub grupos, los que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH y los que no la han aceptado.

2.1.- El corpus juris interamericano

Al conjunto normativo, tratados y demás fuentes de derecho, en los que descansa la protección de los derechos humanos en la región, se le ha denominado corpus juris interamericano, este conjunto de normas define la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados del continente americano en materia de derechos humanos.

La Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC 16/99, señaló: "115. El corpus juris del Derecho Internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo"⁷.

Los instrumentos que, además de la DADDH⁸ y la CADH, forman parte de ese corpus juris y que para el tema de este trabajo resultan de mayor relevancia en virtud de su vinculación con la competencia de la Corte IDH⁹, son:

- 1.- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) del 17 de noviembre de 1988.
- 2.- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 9 de diciembre de 1985.
- 3.- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, del 9 de junio de 1994.
- 4.- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem Do Para), del 9 de junio de 1994.

Nada impide que este ámbito normativo se extienda a otros tratados, tomando en consideración el criterio asumido por la Corte IDH, en la Opinión Consultiva 1/82, que refiere: "42.-... La función que el artículo 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el artículo 29.b)"¹⁰.

Hay autores que no comparten esta postura, Sagüés dice: "...queda la incógnita de determinar si en verdad la Corte Interamericana ha querido con[s]cientemente proyectar la teoría del control de convencionalidad a cualquier tratado... En principio, a la Corte Interamericana no le toca tutelar a otros tratados, fuera del Pacto de San José de Costa Rica y a los instrumentos que a él se adosen jurídicamente, frente a posibles infracciones provocadas por el derecho interno del Estado proyectar la teoría del control de convencionalidad a cualquier tratado"¹¹.

2.2.-El principio de subsidiariedad en el Sistema Interamericano

De acuerdo con el artículo 31.2 de la CVDI, "Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado"

De este modo, podemos afirmar que la CADH, de acuerdo con su preámbulo, se basa en "una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"; de donde se desprende el principio de complementariedad o subsidiariedad.

Este principio se traduce en que el Estado es "[...]el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de

7 OPINIÓN CONSULTIVA OC-16/99 DE 1 DE OCTUBRE DE 1999, SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS "EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL", párr. 115

8 Sobre la fuerza vinculante de la DADH, la Corte IDH, en la OPINIÓN CONSULTIVA OC-10/89 DEL 14 DE JULIO DE 1989 INTERPRETACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 64 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ha dicho: "46. Para los Estados Parte en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Parte en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA"

9 La Corte IDH, en la Sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C No.

72, relativa al Caso Baena Ricardo y Otros contra Panamá, en el párrafo 97 sostuvo:"97. La Corte se ha referido anteriormente a su competencia para aplicar tratados de derechos humanos distintos a la Convención Americana. En este sentido ha considerado que si bien tiene amplias facultades para conocer de violaciones a los derechos humanos, estas últimas deben referirse a los derechos amparados por la Convención, exceptuados los casos en que otro instrumento internacional, ratificado por el Estado, le confiera competencia para conocer de violaciones a los derechos protegidos por ese mismo instrumento. Así, en los casos Bámaca Velásquez, Cantoral Benavides, Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle"), y Paniagua Morales y otros, la Corte también ha aplicado, además de la Convención Americana, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas".

10 Corte IDH, OPINIÓN CONSULTIVA OC-1/82 DEL 24 DE SETIEMBRE DE 1982 "OTROS TRATADOS" OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE (ART. 64 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS),

11 SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales", LA LEY, Argentina, Año LXXIII, No. 35, 19/02/2009, 1, p. 3

resolver el asunto a nivel interno y, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”¹²

En el mismo sentido, de acuerdo con lo que dispone el artículo 46.1 a) de la CADH, para que sea posible denunciar una violación de Derechos Humanos, mediante una petición o una comunicación ante la CIDH, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. Esta disposición tiene excepciones, que son las contenidas en el artículo 46.2 de la misma CADH, y operan cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

De modo que, si un caso no se resuelve en las instancias internas, puede llegar al Sistema Interamericano, pudiendo resolverse ante la CIDH y si las recomendaciones de esta no son cumplidas, el caso puede llegar a la Corte IDH.

3.- LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Toda violación de una obligación internacional que pueda ser atribuida a un Estado, de acuerdo con el Derecho Internacional, constituye un hecho internacionalmente ilícito que genera responsabilidad internacional¹³.

Para atribuir una violación a una obligación internacional a un Estado, es necesario que el acto u omisión sea realizado por agentes estatales. Será responsable el Estado, de acuerdo con el derecho internacional, siempre que cualquiera de sus órganos viole una obligación internacional.

Al respecto, no existe ninguna controversia sobre los actos del Poder Ejecutivo, ni los relativos al Poder Legislativo, pero en cuanto a los realizados por el Poder Judicial existen posturas que se resisten bajo el argumento de la independencia que los tribunales tienen en el orden interno, no obstante, se debe entender que, si bien, los jueces pueden ser independientes de otros órganos, no lo son del Estado mismo.

“Estamos frente a un ilícito internacional realizado por los tribunales de un Estado cuando estos infrinjan el Derecho Internacional, infringiendo, al propio tiempo, el Derecho interno”¹⁴.

Cuando se realiza un ilícito internacional, implica para el Estado consecuencias jurídicas, consistentes en la obligación de cesar la conducta ilícita y el deber de reparar los daños causados con ese motivo.

En el Sistema Interamericano, la víctima de violaciones a los derechos humanos, o sus familiares, pueden presentar peticiones individuales ante la CIDH, según lo dispone la CADH en sus artículos 44 al 51.

La CIDH es competente para recibir peticiones individuales respecto a todos los países que aprobaron la DADH aunque no hayan ratificado la CADH, los requisitos para ejercer esta función están en el artículo 46 de la Convención, que son: 1.- Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, salvo casos de excepción; 2.- Que la petición se presente dentro del plazo de 6 meses a partir de la notificación al lesionado de la decisión definitiva en el sistema interno; 3.- Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y 4.- Que se incluyan los datos de identificación de la persona, grupo o sus representantes.

El artículo 24 del Reglamento de la Comisión, reconoce la posibilidad de que ésta inicie motu proprio el trámite de una petición si considera que una situación que ha llegado a su conocimiento reúne los requisitos necesarios para ello.

Además, en el artículo 45 establece la facultad de la CIDH para conocer de comunicaciones interestatales en las “que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en [la] Convención”, para lo cual es necesario que el Estado denunciante y el Estado denunciado hayan otorgado expresamente esa competencia a la CIDH.

“El objeto del litigio en sede interamericana es determinar la responsabilidad del Estado por la violación de la Convención Americana y no la responsabilidad individual del presunto violador de los Derechos consagrados en su texto”.¹⁵

Tratándose de las peticiones individuales de denuncias y quejas, el procedimiento se establece en los artículos del 48 a 51 de la CADH, es el siguiente:

- a) La CIDH revisa que se cumplan los requisitos para dar trámite y la transmite al Estado denunciado para recabar su posición sobre el asunto;
- b) La CIDH se pronuncia sobre su admisibilidad o inadmisibilidad, en función a la información recabada.
- c) La CIDH realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias.
- d) Se pondrá a disposición de las partes

¹² Corte IDH, Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No.259, párr. 142. Véase, asimismo, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No.157, párr. 66, y Caso Gelman contra Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia de fecha 20 de marzo de 2013, párr.70

¹³ GATTINONI DE MUJÍA, María, “Independencia judicial y tutela judicial efectiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Control de convencionalidad y decisiones judiciales, México, 2016, p. 174.

¹⁴ GATTINONI DE MUJÍA, María, “Independencia judicial...” p. 176.

¹⁵ GATTINONI DE MUJÍA, María, “Independencia judicial...” p. 186



interesadas la investigación, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto.

e) Si se llega a una solución amistosa, la CIDH redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Parte de la CADH y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la OEA.

f) De no llegarse a una solución, la CIDH redactará un informe (confidencial) en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, ahí podrá hacer las proposiciones y recomendaciones que juzgue.

g) Si el plazo de 3 meses expira sin que se hayan cumplido las recomendaciones, la CIDH deberá optar entre la elaboración de un informe definitivo (en el marco del artículo 51 de la CADH y el 47 del Reglamento) y su posterior publicación en función de los avances que se produzcan en el cumplimiento de las recomendaciones; o bien la remisión del caso a la Corte IDH solo para aquellos Estados que reconocieron su competencia contenciosa¹⁶.

El procedimiento ante la Corte IDH no se encuentra expresamente previsto por la Convención, pero sí se encuentra suficientemente regulado por el Estatuto y por el Reglamento de la Corte; de forma sintética es el siguiente:

a) Demanda. El caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la CADH, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas.¹⁷ Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 del Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y

¹⁶ TOJO, Liliána, ELIZALDE, Pilar, "Comentarios a los artículos 48 a 51 de la CADH", en Convención Americana Sobre Derechos Humanos Comentada, México, 2014, p.793

¹⁷ Artículo 35 del Reglamento de la Corte IDH.

pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso¹⁸.

b) Contestación. El demandado expondrá por escrito su posición sobre el caso sometido a la Corte y, cuando corresponda, al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, dentro del plazo improrrogable de dos meses contado a partir de la recepción de este último escrito y sus anexos, salvo que se haya ampliado el término por la Presidencia de la Corte IDH.¹⁹

c) Audiencias probatorias orales. Corresponde a la Presidencia de la Corte IDH abrir el procedimiento oral y fijar las audiencias que sean necesarias. En esas audiencias se recibirán las declaraciones de las presuntas víctimas, testigos y peritos ofrecidos debidamente por las partes en sus escritos iniciales, asimismo, se resolverán las objeciones a testigos y las recusaciones a peritos²⁰.

d) Alegatos. En el plazo que determine la Presidencia, las presuntas víctimas o sus representantes, así como el Estado demandado, tendrán oportunidad de presentar sus alegatos finales. La CIDH, podrá presentar observaciones finales²¹.

e) Sentencia. El procedimiento puede concluir antes del desahogo de las pruebas por desistimiento, por allanamiento o por solución amistosa, casos en los que la Corte IDH analizará la procedencia o no de esos supuestos y la consecuente prosecución del asunto. De no darse esos supuestos o habiéndose presentado, se determina la continuación del procedimiento, llegado el estado de sentencia la Corte deliberará en privado y aprobará la sentencia, la cual será notificada por la Secretaría a la Comisión, a las víctimas o presuntas víctimas o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante²².

3.1. - Mecanismos de la CIDH para hacer efectivas sus resoluciones

Los dos órganos de este Sistema están facultados para emitir resoluciones vinculantes para los Estados miembros, para supervisar el efectivo cumplimiento de la CADH y en el caso de que se advierta alguna violación, tienen la facultad de determinar las reparaciones correspondientes.

Los mecanismos con los que cuenta la CIDH, para la protección de los derechos humanos, son los siguientes:

Solicitud de informes a los gobiernos de los Estados miembros sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos. Estas solicitudes permiten a los Estados identificar los asuntos que pueden comprometer su responsabilidad internacional, y a la CIDH le permite conocer la posición del Estado parte al respecto y las medidas adoptadas, lo que facilita la evaluación sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales (Art. 41 CADH).

Peticiones y casos individuales. La CIDH tiene facultades para actuar respecto a peticiones y casos individuales donde se aleguen violaciones a los derechos humanos de cualquier persona; le da trámite desde la recepción de la petición hasta la emisión del informe del caso, realiza recomendaciones a los Estados a fin de reparar a las víctimas. El procedimiento lo regula la CADH en sus artículos 48 a 51.

Medidas cautelares. La CIDH puede adoptar medidas cautelares para

prevenir riesgos o daños irreparables en casos de gravedad y urgencia. Estas medidas cumplen una función cautelar, sirven para preservar una situación jurídica frente al ejercicio de jurisdicción por parte de la CIDH.²³

Informes temáticos y de países. La CIDH recibe información periódica de defensores y defensoras de derechos humanos a través de las audiencias públicas, reuniones de trabajo, comunicados y alertas urgentes de la sociedad civil, que pueden ameritar la elaboración de informes temáticos o de países.

Comunicados de prensa. A través de este mecanismo, la CIDH hace visible la existencia de violaciones graves a derechos humanos que requieren atención, en este instrumento la CIDH fija su postura con el objeto de compeler al Estado involucrado a adoptar medidas inmediatas, idóneas y eficaces.

Audiencias temáticas. El artículo 62 del reglamento de la CIDH, refiere que las audiencias pueden tener por objeto recibir información particular o general relacionada con derechos humanos, en uno o más Estados miembros.

3.2.- Mecanismos de la Corte IDH para hacer efectivas sus resoluciones

Por su parte, la Corte IDH, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 63.1 de la CADH²⁴, tiene facultades para disponer lo necesario para que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

La Corte IDH no solo declara violaciones de derechos humanos, también puede ordenar en sus sentencias a los Estados la adopción de medidas de reparación más allá del pago de indemnizaciones.

Los diversos tipos de reparaciones que puede decretar la Corte IDH son²⁵ :

La obligación de investigar los hechos, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables. Se puede discutir si este deber constituye una reparación o es una obligación previa que corresponde al Estado

¹⁸ Artículo 25.1 del Reglamento de la Corte IDH.

¹⁹ Artículo 41.1 del Reglamento de la Corte IDH.

²⁰ Artículos del 45 al 55 del Reglamento de la Corte IDH.

²¹ Artículo 56 del Reglamento de la Corte IDH.

²² Artículos 61 al 64 y 67 del Reglamento de la Corte IDH.

²³ El Reglamento de la CIDH en su artículo 25 regula las medidas cautelares.

²⁴ Artículo 63 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

²⁵ SAAVEDRA, Yuria, Teoría de las Reparaciones a la Luz de los Derechos Humanos, México, 2013, pp.25-42.



independientemente de que sea ordenada por la Corte. Se funda en los artículos 1, 8 y 25 de la CADH. Esta obligación abarca a los autores materiales e intelectuales, además a los cómplices, encubridores y todos los que hubieren tenido participación en los hechos violatorios de derechos, no solo servidores públicos, sino también cualquier particular, incluye medidas de carácter administrativo y penal. Derivado de esta obligación se desprende que el Estado debe remover todos los obstáculos para evitar la impunidad y otorgar las garantías suficientes a tanto a los operadores de justicia como a las víctimas y sus familiares, para diligenciar el proceso.

Restitución.- El objeto de la restitución tiene como objeto volver a la víctima a la situación anterior a la violación, no solo se refiere al aspecto material, sino también al ejercicio de derecho. Esto implica ordenar medidas con vocación transformadora de una situación disfuncional preexistente a la comisión de la violación, con un propósito correctivo.

Satisfacción. Son medidas dirigidas a reparar el daño inmaterial, no tienen alcance pecuniario sino una repercusión pública. Ejemplos de estas son la publicación de la sentencia, el reconocimiento de responsabilidad internacional, levantamiento de monumentos o memoriales, otorgamiento de becas de estudio a favor de las víctimas o familiares

Rehabilitación. Implica la atención médica o psicológica que debe garantizar el Estado a las víctimas, así como servicios jurídicos y sociales

Garantías de no repetición. Son medidas de alcance general, van más allá del caso concreto, tienen como propósito prevenir o evitar que los hechos que originaron la violación vuelvan a ocurrir y no solo respecto a las víctimas del caso concreto, sino para evitar que cualquier persona sufra esas violaciones. Pueden ser cambios o reformas legislativas, pero también relativas a interpretación judicial y administrativa a través del control de convencionalidad. Otro ejemplo de garantía de no repetición es la capacitación o formación de funcionarios estatales, así como programas de educación y campañas de concientización y sensibilización dirigidos a la población.

Indemnizaciones. Esta medida de reparación está prevista expresamente en el artículo 63.1 CADH, comprende tanto los daños materiales como los inmateriales. En cuanto al daño material se refiere al daño emergente y al lucro cesante o pérdida de ingresos, mientras que el inmaterial se refiere a los sufrimientos y

aflicciones causados a las víctimas, menoscabo de valores significativos y alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima o sus familiares. Tienen un carácter compensatorio no sancionatorio.

Costas y gastos. Aunque no se contempla en el artículo 63.1 CADH, la Corte IDH ha interpretado que están comprendidos en el concepto de reparación, abarca tanto aquellos erogados en el sistema interno como en el sistema interamericano, pero solo aquellos realizados directamente por las víctimas o sus representantes y referidos estrictamente al caso.

De este modo, tanto la CIDH como la Corte IDH, cumplen con su tarea de supervisar el efectivo cumplimiento de la CADH, al dictaminar de manera vinculante si la conducta del Estado es violatoria de la convención y de los tratados del sistema interamericano.

Las sentencias de la Corte IDH de acuerdo con el artículo 67 CADH son definitivas e inapelables y conforme al 68.1 “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, sin embargo, su cumplimiento está sujeto a la buena fe de los Estados parte, pues de acuerdo con la CADH y la jurisprudencia de la Corte, las decisiones del sistema interamericano deben ser de directo cumplimiento a nivel local.

Del artículo 2 de la CADH se desprende un requerimiento para el establecimiento de órganos y el desarrollo de políticas, procedimientos y jurisprudencia que aseguren el cumplimiento cabal de las decisiones del Sistema²⁶, la falta de cumplimiento a esto constituye una nueva violación a los compromisos de la convención. Por tanto, los Estados están en la obligación de organizar sus instituciones internas para dar cumplimiento correcto a las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH.

Es pertinente transcribir lo que resolvió la Corte IDH en el caso *García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, en la sentencia de supervisión de cumplimiento de fecha 12 de julio de 2007, concretamente en el considerando 6:

“6. Que la obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado”

Además, el artículo 65 de la CADH señala: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”; al respecto, la Corte IDH en fecha 29 de junio de 2005, emitió una resolución sobre la “Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en cuyo resolutive 1, señala:

“RESUELVE: 1. No continuar requiriendo a los Estados que presenten información relativa al cumplimiento de la sentencia respectiva, una vez

²⁶ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

que el Tribunal haya determinado la aplicación de los artículos 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 30 del Estatuto de la Corte en casos de incumplimiento de sus sentencias, y así lo haya informado mediante su Informe Anual para la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Si con posterioridad a lo anterior el Estado respectivo no acredita ante el Tribunal el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su Informe Anual a la Asamblea General”.

De manera que, en realidad, no existe un mecanismo que indefectiblemente logre el cumplimiento de las resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano. Hay mecanismos diplomáticos, como el señalado en el párrafo precedente, que tiene como propósito que los órganos políticos de la OEA realicen gestiones para que un determinado Estado cumpla con sus obligaciones internacionales; además se están realizando esfuerzos que se han reflejado en la producción de artículos, documentos, publicaciones, seminarios y otros eventos, que buscan hacer énfasis en el cumplimiento de los fallos concretos, como en la importancia de contar con herramientas al interior de los Estados (leyes, instrucciones, decretos, manuales, etc.), que tracen una ruta clara cuando se emite un fallo contra el Estado²⁷

4.- EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Con lo hasta aquí expuesto, está claro que los Estados cuando, en ejercicio de su soberanía, se obligan frente a la comunidad internacional a cumplir con lo pactado en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, deben de cumplir con esos acuerdos, y lo deben hacer de buena fe.

A los Estados no se les imponen esas obligaciones internacionales, sino que se trata de “una decisión que el propio Estado ha tomado en el ejercicio de su soberanía y que ha manifestado mediante la firma y ratificación de instrumentos internacionales para integrarse a un orden supranacional de protección”²⁸.

“La obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, dan cuenta del compromiso que tienen los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección a los derechos fundamentales”²⁹.

Podríamos considerar que el incumplimiento de estas obligaciones no acarrea consecuencias al no existir mecanismos coercitivos para su cumplimiento más allá de mecanismos diplomáticos, sin embargo, la presión internacional puede ser lo suficientemente poderosa para lograr que se cumplan las resoluciones de estos organismos internacionales.

²⁷ NUÑO, Alejandra, “Comentario al artículo 65 de la CADH”, en Convención Americana Sobre Derechos Humanos Comentada, México, 2014, p. 910.

²⁸ BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús, “El control de convencionalidad en México: Origen y Desarrollo”, en El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá, Honduras, 2016, p. 38.

²⁹ Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad, Costa Rica, 2017, p. 4.

Ahora bien, no basta con que se cumplan las determinaciones de los organismos internacionales que se emitan luego de un procedimiento correctivo, lo ideal es que no se llegue a esas instancias internacionales y que todos los agentes del Estado estén en sintonía con estos compromisos asumidos y antes de que se eche a andar el aparato de protección a los derechos humanos del sistema interamericano, el sistema interno corrija lo que deba corregirse para evitar el reproche de la comunidad internacional a través de los entes instituidos para ese propósito.

“La Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos”³⁰.

Para Néstor Pedro Sagüés el control de convencionalidad “se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto”³¹.

El control de convencionalidad o control de la regularidad de normas ante estándares de fuente internacional, encuentra su fundamento en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y a continuación me referiré a esta herramienta partiendo de sus orígenes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como sus principales características.

4.1.- Antecedentes

El control de convencionalidad constituye un revulsivo de la teoría de las fuentes del Derecho, su origen como herramienta de interpretación lo encontramos en la jurisprudencia de la Corte IDH, concretamente en el Caso Alomnacid Arellano vs Chile, que fue resuelto el 26 de septiembre de 2006³², ahí se señaló que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y están obligados a aplicar las

³⁰ Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia... p. 29

³¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad”, en Estudios Constitucionales, año 8, No.1, Chile, 2010, p. 118

³² Para referencia sobre el origen y desarrollo jurisprudencial de la institución del “control de convencionalidad”, véase HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en Estudios Constitucionales, año 7, No. 2, Chile, 2009, pp. 109-128.



disposiciones vigentes, pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, están sometidos a ella y obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicaciones contrarias a su objeto y fin; que en otras palabras, deben ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³³

Antes de esa resolución, de forma aislada se encuentra el concepto “control de convencionalidad” en varios votos del ex Juez y ex presidente de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez^{34 35}.

La doctrina del control de convencionalidad se ha venido desarrollando en tres momentos: “El primer tiempo se caracterizó por la aparición de la obligación del control de convencionalidad en 2006 en la sentencia *Almonacid Arellano*; el segundo tiempo consistió en precisar los contornos de esta obligación con la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso de 2007* (que fue confirmada reiteradamente, en particular en las sentencias *Heliodoro Portugal, Radilla Pacheco*, entre otras). El tercer tiempo consistió ni más ni menos en “teorizarla” en el marco del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 2010*”.³⁶

También debemos destacar el *Caso Gelman* contra Uruguay de 2011, que fue más allá de las anteriores decisiones al ordenar que el control de convencionalidad fuera ejercido por todas las autoridades que componen el aparato estatal, de manera que se estableció con más precisión la obligación del Estado en su conjunto, ya no solo de los Jueces³⁷.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C 154, *Caso Almonacid Arellano y Otros vs Chile*.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos; voto concurrente del Juez García Ramírez, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, párr. 27; voto razonado del Juez García Ramírez, Sentencia del 1 de febrero de 2006, *Caso López Álvarez contra Honduras*, párr. 30.

35 Con anterioridad y sin mencionarlo así, ya había cobrado relevancia jurídica esta herramienta, véase: Sentencia de 4 de febrero de 2000, caso *Palmeras contra Colombia*, párr. 32 y 33.

36 BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., pp. 33-62, especialmente pp. 38-43, citado por FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER Carlos María, en “Comentario al artículo 1” en *Convención Americana Sobre Derechos Humanos Comentada*, México, 2014, p. 66, nota de pie de página 141.

37 RAMOS VÁZQUEZ, Eréndira Noemí, “La doctrina del control

4.2.- Control concentrado y control difuso de constitucionalidad y convencionalidad

“El control constitucional se propone tutelar la supremacía de la constitución por sobre el derecho subconstitucional”³⁸.

En principio el control de constitucionalidad tiene varias acepciones, una que implica la existencia de mecanismos de defensa para mantener la vigencia del orden constitucional y otra que se refiere a que toda Constitución debe ser instrumento de limitación del poder. Conforme a la teoría política, se dan tres vertientes al control constitucional: el control político, el control social y el control jurisdiccional.

El control jurisdiccional pretende la conservación de la supremacía constitucional y el juez es en ese caso, el órgano controlador que verifica que las autoridades actúen dentro de sus atribuciones, lo que se lleva a cabo a través de instrumentos de tutela constitucional.

En el control de constitucionalidad se pueden observar dos roles: un rol saneador o exclutorio y un rol constructivo o positivo. El primero consiste en abolir a la norma violatoria de la constitución; el segundo, en reciclar la norma para hacerla compatible con la constitución, descartando las interpretaciones opuestas a la constitución, donde el operador jurídico actúa como un selector de interpretaciones, o incluso recreando la norma para entenderla desde la constitución, en cuyo caso es un constructor de interpretaciones.³⁹

El control concentrado de constitucionalidad se basa fundamentalmente en la noción de supremacía de la Constitución y se caracteriza porque en el ordenamiento constitucional se establece que un solo órgano estatal es el que tiene la facultad de anular leyes que se consideren inconstitucionales, de modo que tal control debe estar expresamente inserto en el texto constitucional. Este control puede asignarse a un Tribunal Constitucional especializado o a la Suprema Corte de un país.

El control de constitucionalidad difuso consiste en otorgar la facultad para controlar la constitución a todos los jueces de un país, y no sólo a un órgano. El control de constitucionalidad parte de la idea del carácter supremo de la Constitución y de la premisa de que ninguna ley puede ser contraria a la constitución, y, por tanto, en caso de que se detecte alguna norma inconstitucional no puede ser efectiva.

El rasgo característico del control difuso es que en este caso el juez no anula la ley, sino que la considera nula y sin valor; por tanto, este control solo puede ser cumplido en un proceso concreto, la inconstitucionalidad de la norma no es el objeto principal del mismo, su pronunciamiento es incidental.

Ahora bien, el llamado “control de convencionalidad” o “control de la regularidad de normas ante estándares de fuente internacional”, se inspira en el “control de constitucionalidad” y desde esa óptica, existen dos modalidades del control de convencionalidad: el control supranacional o internacional y el control interno. Uno se lleva a cabo por órganos internacionales, el otro por autoridades locales.⁴⁰

de convencionalidad en el sistema interamericano: particularidades del caso mexicano”, en *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, México, 2016, p. 309.

38 SAGÜES, Néstor Pedro, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘constitución convencionalizada’”, en *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, México, 2016, p. 372

39 SAGÜES, Néstor Pedro, “Empalmes entre el...” pp. 372-373.

40 CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Apuntes al control de convencionalidad”, pág. 3, en <http://www.>

El control de convencionalidad que realiza la Corte IDH, es un control concentrado, en tanto que es el órgano cúspide intérprete de la CADH; sin que esto signifique que en el caso de que se declare que una norma es incompatible con la Convención o el tratado de derechos humanos en cuestión, la norma sea desaplicada, ni expulsada del ordenamiento interno; lo que procede en ese caso es que se realice la declaración de trasgresión de la Convención y se emitan las medidas que corresponderá adoptar a los órganos estatales internos, tales como derogar o abrogar una norma. Esto en virtud de que el órgano jurisdiccional supranacional no puede ejecutar sus fallos, pues esto incumbe a los órganos internos.

El control difuso de convencionalidad, es el que deben de realizar todos los órganos internos del Estado, y consiste en la realización de un test de convencionalidad a las normas aplicables y en caso de que el test no sea aprobado por la norma, debe inaplicarse.

Podemos entender que al control difuso de convencionalidad como aquella “[...]hermenéutica de confrontación y remisión normativa, entre disposiciones de derecho interno... y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en la cual el operador jurídico realiza una interpretación compatible con el bloque de constitucionalidad-convencionalidad a la luz de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales e internacionales; y en caso de no ser posible dicha adecuación, conlleva inaplicar la norma[...]”⁴¹.

Es necesario precisar que la inaplicación es el último de los recursos para realizar ese control, pues previo al mismo se debe partir de la base de que la norma a aplicar es constitucional y, por tanto, convencional.

Las normas de derecho interno gozan de la presunción de constitucionalidad y por lo mismo, de ser convencionales. Es por ello que lo primero que debe hacerse es analizar e interpretar las normas a la luz de las normas constitucionales y convencionales, buscando el contexto que las haga congruentes con el parámetro de regularidad. Es a esto a lo que se le llama interpretación conforme.

Es posible advertir el paralelismo entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, los roles exclutorio y constructivo mencionados también operan en el control de convencionalidad.

Se discute si el rol exclutorio lo deben practicar todos los jueces o solo los habilitados mediante control concentrado, pero en cuanto al rol constructivo está claro que todos los jueces deben aplicar el derecho nacional de conformidad con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Además, “[...] el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución “convencionalizada”, vale decir, de una constitución acorde con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica: (i) una constitución depurada de ingredientes anticonvencionales; (ii) una constitución conformada y completada con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella. En otras palabras, la constitución convencionalizada es una constitución opuesta a la constitución autista que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan”⁴².

miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/apuntes_al_control_de_convencionalidad.pdf, consulta 30 de julio de 2018.

41 FLORES SALDAÑA, Antonio, “Introducción a la hermenéutica constitucional de los derechos humanos: hermenéutica convencional”, en *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, p. 101

42 SAGÜÉS, Pedro Néstor. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la

4.3.- Principales características del control de convencionalidad

Podemos destacar como características del control de convencionalidad las siguientes⁴³:

i) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.

ii) Debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública.

iii) Su ejercicio se realiza en el ámbito de competencias de cada autoridad. Por tanto, su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH.

iiii) La obligación que está siempre presente tras el control de convencionalidad es la de realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas.

v) Es baremo de convencionalidad la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa como consultiva.

vi) La obligatoriedad de realizar el control deriva de los principios del derecho internacional público y de las propias obligaciones internacionales del Estado asumidas al momento de hacerse parte de la CADH.

5- LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

El 10 de junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma Constitucional que es la más importante en muchos años, se reformaron los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105.

“Con la reforma constitucional de 2011, se puede llegar a aseverar lo siguiente: las obligaciones a cargo del Estado deben ser cumplidas por el poder público, el cual se manifiesta mediante los órganos y agentes creados directamente a través del orden jurídico”⁴⁴.

Sin duda, esa reforma constitucional es un

“constitución Convencionalizada”; Parlamento y Constitución. Anuario, N.º 14, Argentina, 2011; p 152.

43 Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia... pp. 4-5

44 BECERRA RAMÍREZ, “El control de convencionalidad...” p. 29.



parteaguas en el tema de la concepción de los derechos humanos y su protección por todas las autoridades de nuestro país. Se otorgó rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluso se cambió la denominación del capítulo primero de la Constitución. “El respeto y expansión de los derechos humanos ya no solo implica que los poderes del Estado reconozcan a la Constitución como la única fuente normativa de dichas prerrogativas”⁴⁵.

No sólo se reformó el artículo 1 de la Constitución para incorporar como parte del derecho interno y en la cúspide a los tratados internacionales en materia de derechos humanos celebrados por el Estado mexicano, sino que también en esa reforma se estableció la obligación de los jueces de realizar control difuso de convencionalidad ex officio; el mecanismo de interpretación conforme y el principio pro persona.

Esta decisión legislativa trajo a nuestro sistema jurídico un cambio de paradigma en materia de derechos humanos, la Constitución deja de ser un sistema cerrado para conformarse como un sistema abierto susceptible de adoptar nuevas formas para la vigencia efectiva de los derechos humanos.

La reforma mencionada no surge de generación espontánea, hay varios elementos que nutrieron su gestación, desde movimientos sociales y académicos hasta recomendaciones y observaciones de organismos internacionales.

Encontramos que la obligación de los jueces mexicanos para realizar el control difuso de convencionalidad deriva de lo siguiente^{46 47}:

⁴⁵ FLORES SALDAÑA, “Introducción a la hermenéutica...” p. 109.

⁴⁶ RAMOS VÁZQUEZ, “La doctrina del control de...” pp. 311-312

⁴⁷ ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los Derechos Humanos en México*, México 2013, pp. 45-46.

1.- El artículo 26 y 27 de la CVDT, que se refieren al principio de *pacta sunt servanda* y a la prohibición de la invocación del derecho interno para el incumplimiento de los tratados. De este instrumento internacional deriva la obligatoriedad del control de convencionalidad, al haberse suscrito la CADH y obligarse soberanamente el Estado mexicano a cumplir las disposiciones que la conforman;

2.- Lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 29 de la CADH, que se refieren a la obligación de respetar los derechos, al deber de adoptar disposiciones de derecho interno y a las normas de interpretación más favorables; a partir de la adhesión de México a la CADH, se instituyó la obligación de respetar los derechos y libertades establecidos en ella, además del deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos;

3.- El reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH, que ocurrió en el caso de México el 16 de diciembre de 1998, con ello se comprometió a observar y acatar las decisiones que deriven de la CADH en los términos del artículo 62 de ese instrumento.

4.- Las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas entre 2009 y 2010 por la Corte IDH, en las que se refieren a este deber por parte de todos los jueces. Estos casos son: Caso Rosendo Padilla Pacheco; Caso Fernández Ortega y Otros; Caso Rosendo Cantú y Otra; y, Caso Cabrera García y Montiel Flores;

4.- El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que refiere el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, es decir, reconoce un catálogo de derechos fundamentales eliminando jerarquías entre sus fuentes; además de ordenar la aplicación del principio de interpretación conforme y el principio pro persona.

5.- La aceptación expresa por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de la resolución del expediente Varios 912/2010 del 14 de julio de 2011, del control difuso de constitucionalidad en el que se hace una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución a la luz del vigente artículo 1 de la Constitución.

La interpretación conforme, el principio pro persona y la inaplicación de normas.

El control difuso de convencionalidad entonces, como instrumento de interpretación tiene tres herramientas cuya instrumentación se da de manera sucesiva, son la interpretación conforme, el principio pro persona y la inaplicación de normas.

La interpretación conforme.

El artículo 1 de la Constitución en su segundo párrafo señala 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".

En esta norma constitucional cobra relevancia que se habla de un par de conjuntos normativos, la Constitución y los tratados internacionales, lo que constituye el parámetro de regularidad. De donde se sigue que los tratados internacionales al ser junto con la Constitución la Ley Suprema, de acuerdo con el artículo 133 Constitucional, son la base, la fuente y la medida mínima de todos los derechos fundamentales.

De manera que la interpretación y aplicación del derecho interno debe ser armónico con los derechos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales.

Mediante la interpretación conforme se pretenden llenar las lagunas

existentes en el derecho interno a aplicar, sin que signifique la inaplicación de la norma, con ello se da la subsidiariedad del derecho internacional. Tampoco significa la jerarquización de normas, pues de lo que se trata es de hacer un bloque normativo de derechos humanos que sirva para darle congruencia a la norma interna que se va a aplicar.

Al realizar la interpretación conforme nos damos cuenta de que la jerarquización de las normas ha pasado de ser formal, a ser material, donde el criterio será siempre, que se prefiere la norma que proteja de mejor manera los derechos humanos y en esto consiste también el principio pro persona.

Principio pro persona.

El mismo artículo 1 mandata el uso de esta herramienta hermenéutica al decir que las normas de derechos humanos se interpretaran favoreciendo a las personas la protección más amplia. Lo que significa que siempre que existan varias interpretaciones de la norma deberá aplicarse la que otorgue una protección más amplia.

Este principio puede aplicarse en dos sentidos, uno en el sentido de la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, y el otro, de forma inversa, cuando se trata de restricciones al ejercicio de los derechos, caso en el cual se hará la interpretación menos restrictiva.

El principio pro persona entonces se refiere a la aplicación de normas, no a la inaplicación de ellas, pero siempre usando la interpretación más conveniente a la persona.

Inaplicación de normas por inconstitucionales o inconventionales.

De acuerdo a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente Varios 912/2010 del 14 de julio de 2011, la inaplicación de normas es una potestad de todos los órganos jurisdiccionales del Estado mexicano en ejercicio del control difuso de convencionalidad, fundado en los artículos 1, 104, 116 y 133 de la Constitución Federal, siempre que no se ajusten a la Constitución o a los tratados internacionales.

La inaplicación es el último recurso para la realización de este control, pues como ya se ha dicho, previo a esto, partiendo de la presunción de constitucionalidad y por tanto de convencionalidad de que gozan todas las normas, se debe procurar la interpretación conforme, y ante la posibilidad de diversas



interpretaciones, el principio pro persona, y solo en el caso de que no exista forma de armonizar una norma con la constitución o los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es que debe inaplicarse la norma.

Ahora bien, la inaplicación no supone la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, pues eso no es materia del control difuso sino del control concentrado, el que solo es competencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, a través de los medios de control constitucional concreto como son el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, en los que sí se declara la inconstitucionalidad de la norma e incluso puede llegar a expulsarse la norma del ordenamiento jurídico nacional.

5.1- El parámetro de regularidad constitucional (CT 293/2011)

Con anterioridad a la reforma de 2011, el tema de la supremacía constitucional y la ubicación de los tratados internacionales se encontraba resuelto por las tesis de los siguientes rubros: "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"⁴⁸; Y "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL"⁴⁹.

En estas tesis se puede observar de forma muy clara que en el tema de la jerarquía de normas se utilizaba un criterio formal, el que atendía a la naturaleza y fuente de la norma, dándole mayor jerarquía a las normas constitucionales que a cualquier otra norma.

Este tema quedó superado con la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011, aquí haré una breve reseña de esa sentencia.

El planteamiento de ese expediente de contradicción de tesis precisamente parte de dos criterios asumidos por Tribunales Colegiados de distintos circuitos judiciales, el

Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativas y de trabajo del Décimo Primer Circuito, sobre la jerarquía de los tratados internacionales.

El Colegiado del Primer Circuito sostuvo el criterio imperante hasta ese momento, consistente en que los tratados internacionales forman parte de la Ley Suprema de la Unión en un plano jerárquico superior al de las leyes federales e inferior a la Constitución; mientras que el del Décimo Primer Circuito sostuvo que el tratado internacional al ser ratificado por el Estado mexicano se incorpora al derecho interno mexicano y que por tanto, los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución porque deben concebirse como una extensión de lo previsto en ella respecto a los derechos fundamentales.

Otro punto de contradicción entre ambos tribunales se refirió al carácter vinculante o no de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el del Primer Circuito asumió que se trata de criterios orientadores cuando se trata de la interpretación y cumplimiento de disposiciones protectoras de derechos humanos; el Colegiado del Décimo Primer Circuito refirió que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos es obligatoria.

Los puntos jurídicos analizados en la sentencia que resolvió la contradicción reseñada fueron los siguientes: 1) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la constitución; y, 2) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana.

La posición jerárquica de los tratados internacionales.

De acuerdo al nuevo paradigma de derechos humanos, el enfoque tradicional de la jerarquía de fuentes resulta insatisfactorio para definir qué posición jerárquica tienen los tratados internacionales frente a la Constitución, y más bien el planteamiento del problema se hace bajo la pregunta sobre cómo se relacionan las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales con la Constitución.

Las interpretaciones preexistentes sobre el artículo 133 de la Constitución están conceptualizadas bajo la noción de jerarquía formal, sin embargo, este criterio jerárquico limita el análisis bajo el nuevo enfoque que plantea el contenido del artículo 1 constitucional.

El artículo 1 de la Constitución claramente señala que en el ordenamiento mexicano se reconocen los derechos humanos provenientes de dos fuentes: la constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte. De modo que este precepto convierte en derecho interno a todas las normas de derechos humanos reconocidas en tratados internacionales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación interpreta ese artículo primero "en el sentido de que el conjunto normativo previsto en dicho precepto se compone por normas de derechos humanos, cuya fuente de reconocimiento puede ser la Constitución o un tratado internacional ratificado por México con independencia de la materia de éste".

De manera que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos; la jerarquización de las normas ha pasado de ser formal a ser material, donde el criterio será siempre que se prefiere la norma que proteja de mejor manera los derechos humanos y en esto consiste también el principio pro persona contenido en el propio precepto constitucional.

En la sentencia por contradicción que se analiza, la Suprema Corte de Justicia además, establece que a partir de esta interpretación al artículo 1 de la Constitución, surge un nuevo parámetro de control de regularidad

⁴⁸ Época: Novena Época Registro: 172650 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Abril de 2007 Materia(s): Constitucional Tesis: P. IX/2007 Página: 6.

⁴⁹ Época: Novena Época Registro: 192867 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo X, Noviembre de 1999 Materia(s): Constitucional Tesis: P. LXXVII/99 Página: 46

constitucional, el que se integra no solo con los derechos humanos constitucionales reconocidos por la Constitución, sino todos aquellos derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte y todos estos derechos son justiciables independientemente de que su fuente sea un tratado internacional.

De modo que las relaciones entre derechos humanos integrados al parámetro de control de regularidad deben desarrollarse de forma armónica sin introducir criterios de jerarquía.

No obstante lo anterior, el Pleno de la Corte dejó un punto, a mi parecer contradictorio, al resolver este tema, me refiero a las restricciones que establece la Constitución, las cuales en todo caso siguiendo la línea argumentativa de la ejecutoria, debieron dejarse al análisis bajo el principio pro persona, pues al concluir que frente a una restricción expresa de la Constitución prevalece la Constitución sobre los tratados internacionales se deja un tanto la idea nuevamente de la supremacía de la Constitución.

Valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia en análisis reformula su criterio respecto al valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para llegar a la conclusión de que los criterios interpretativos contenidos en las sentencias interamericanas independientemente de la posición del Estado mexicano en los casos dirimidos, deben considerarse vinculantes.

El argumento fundamental para arribar a esta conclusión consiste en que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una extensión de la CADH Humanos y si, como se ha dicho, todos los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales conforman el parámetro de control de regularidad, entonces, todos los criterios que emita la Corte IDH, como último intérprete de la CADH en el ámbito internacional, resultan vinculantes para los tribunales del país.

La ejecutoria que comentamos concluyó con dos tesis de jurisprudencia que resultan ser de gran importancia para el quehacer judicial, los rubros son los siguientes: 1) "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL"⁵⁰; Y 2) "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA"⁵¹.

5.2- Metodología para instrumentar el control difuso de convencionalidad

La Corte IDH, ha sostenido que la CADH no impone un determinado modelo de control de convencionalidad: "124.Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión (...) sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un

modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles"⁵².

Por ello resulta digna de mención para el tema que nos ocupa, y muy ilustrativa, la tesis aislada del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región cuyo rubro dice: "CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO"⁵³, en la que, de una forma muy didáctica a mi parecer, señala paso a paso, lo que debe hacerse para realizar el test de convencionalidad de una norma, para definir su interpretación conforme, la aplicación del principio pro persona o en su caso la inaplicación de la norma.

Esa tesis señala que deben seguirse estos pasos:

Identificar el derecho humano, subderecho o garantía prevista en la Constitución o en un tratado internacional; al respecto es preciso mencionar que, si bien el artículo 1 Constitucional refiere a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, no hay discusión en el sentido de que se refiere a todos los cuerpos jurídicos que contengan normas de derechos humanos, independientemente de que la materia sustancial no sean los derechos humanos.

Reconocer los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establezcan su alcance e interpretación; como se mencionó, sobre este tópico, surgió el debate respecto a si los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos eran siempre obligatorios para los jueces mexicanos, en un principio se determinó que aquellos criterios emitidos en los casos en los que el Estado mexicano fue parte serían obligatorios, mientras que aquellos en los cuales no fue parte solo resultaban orientadores; sin embargo, con posterioridad, se concluyó que

50 Época: Décima Época Registro: 2006224 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) Página: 202.

51 Época: Décima Época Registro: 2006225 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Común Tesis: P./J. 21/2014 (10a.) Página: 204.

52 Corte IDH, sentencia de 30 de enero de 2014, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, párr. 124

53 Época: Décima Época Registro: 2004188 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3 Materia(s): Común Tesis: XXVII.10.(VIII Región) 15 K (10a.) Página: 1618



la Jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable para la persona, independientemente de la intervención o no del Estado mexicano como parte.

Fijar la norma o porción normativa que será objeto de control; puede tratarse de un cuerpo normativo íntegro, un precepto o una porción normativa.

Determinar si ésta tiene como fin promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos; se refiere a que debe considerarse si la norma sujeta a control versa o no sobre materia de derechos humanos, pues dado el principio de indivisibilidad de los derechos humanos debe ponderarse su aplicación en conjunto con otros derechos en conflicto.

Examinar las posibles interpretaciones que la norma permite y verificar si una de ellas guarda conformidad con el derecho humano, subderecho o garantía; con esto queda claro que lo primero que debe analizarse es la interpretación conforme, es decir, la armonización de la norma en análisis con el parámetro de regularidad y una vez hecho, de encontrarse varias interpretaciones válidas, aplicar la que proteja de mejor manera los derechos humanos.

Si no permite interpretaciones conformes, o todas sus interpretaciones resultan disconformes con el derecho humano, debe procederse a contrastarla frontalmente, para lo cual deben tomarse en cuenta los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, progresividad y pro homine; y, en este paso se debe realizar el ejercicio argumentativo de porqué la norma en análisis resulta trasgresora de la constitución o del derecho internacional.

Desaplicarla cuando resulte contradictoria con el derecho humano; como ya se ha dicho, de llegar al extremo de encontrar a la norma en conflicto con los derechos humanos consagrados en la Constitución o en los tratados internacionales, la norma debe desaplicarse, lo que no conlleva su expulsión, simplemente se deja de aplicar al ser considerada contraria a los derechos humanos.

Emplear este método u otro en la instrumentación del control difuso de convencionalidad, redundará en el efecto útil de los derechos contenidos en la CADH, principio bajo el cual todos los tratados de derechos humanos están para ser cumplidos y aplicados por los Estados.

Conclusiones

El derecho internacional de los derechos humanos, es la rama del derecho internacional público en el que se contienen las normas y principios mínimos para la promoción y protección de los derechos humanos, que tiene como fuente principal a los tratados internacionales.

Dentro de los principios fundamentales que rigen el derecho de los tratados encontramos los de *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta* y *ex consensu advenit vinculum*, en virtud de los cuales, los Estados contratantes se someten a un orden legal y asumen obligaciones no en relación con otros Estados, sino con los individuos bajo su jurisdicción.

De acuerdo al ámbito competencial, el derecho internacional de los derechos humanos se divide en dos sistemas: el sistema universal y los sistemas regionales que son tres, el europeo, el interamericano y el africano.

En el continente americano, los derechos humanos están protegidos por la OEA, constituida por 35 países que han ratificado la Carta de la OEA, por la DADDH y por la CADH, a la que solo pertenecen 23 Estados, lo que constituye el sistema interamericano de derechos humanos, y son dos los órganos que lo conforman, la CIDH y la Corte IDH.

El conjunto normativo en el que descansa la protección de los derechos humanos de la región es conocido como *corpus juris interamericano*, en el que están incluidos, además de la CADH, todos los instrumentos internacionales derivados de dicha convención.

En virtud de principio de subsidiariedad, el Estado es el principal garante de la protección de derechos humanos, de modo que a este corresponde resolver los asuntos a nivel interno y solo en caso de que no sea así, deberá responder frente a las instancias internacionales.

Para atribuir una violación internacional a un Estado, es necesario que el acto u omisión sea atribuido a un agente estatal; las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares, pueden presentar peticiones individuales a la CIDH, no obstante, la propia CIDH puede iniciar el trámite *motu proprio* cuando tenga conocimiento de una violación de derechos humanos.

Una vez agotado el trámite ante la CIDH, sin que se cumplan las recomendaciones emitidas al Estado denunciado, la comisión puede remitir el caso a la Corte IDH (siempre que el Estado haya admitido la competencia contenciosa de la Corte IDH), y seguido el procedimiento se dictará sentencia en el que se determine la responsabilidad del Estado demandado.

Existen mecanismos de la CIDH y de la Corte IDH, para hacer cumplir sus determinaciones; sin embargo, el cumplimiento de estas está sujeto a la buena fe de los Estados parte, debido a que, de acuerdo con la CADH, las decisiones deben ser de directo cumplimiento a nivel local.

En la protección de derechos humanos, lo ideal es que las autoridades estatales cumplan con las obligaciones que imponen los instrumentos internacionales antes de echar a andar el sistema interamericano mediante un procedimiento correctivo, y es ahí donde toma importancia el control difuso de convencionalidad, que, si bien es una herramienta hermenéutica, también es un mecanismo de cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

El control difuso de convencionalidad lo deben de realizar todos los órganos internos del Estado, consiste en la realización de un *test* de convencionalidad a las normas aplicables y en caso de que una norma no lo apruebe, la norma debe inaplicarse.

En México la adopción de este control pasa por la reforma constitucional de 2011, la que surge alimentada por varios elementos, desde movimientos

sociales y académicos hasta recomendaciones, observaciones y sentencias de organismos internacionales.

La metodología de implementación del control de convencionalidad, no está definida, pues no existe un determinado modelo impuesto por la Corte IDH, sin embargo, los pasos estructurados de la tesis XXVII, 1º. (VIII Región) 15 K (10ª.), resultan una guía muy útil y didáctica para realizarlo.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

- CASTAÑEDA, Mireya, El derecho internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional; Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, PELAYO MÖLLER Carlos María, "Comentario al artículo 1", Christian Steiner / Patricia Uribe (ed.), Convención Americana Sobre Derechos Humanos Comentada, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014
- FLORES SALDAÑA, Antonio; "Introducción a la hermenéutica constitucional de los Derechos Humanos: hermenéutica convencional", Flores Saldaña, Antonio, (Coord.), Control de convencionalidad y decisiones judiciales, Tirant lo Blanch, México 2016.
- GATTINONI DE MUJÍA, María; "Independencia judicial y tutela judicial efectiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Flores Saldaña, Antonio, (Coord.), Control de convencionalidad y decisiones judiciales, Tirant lo Blanch, México 2016.
- HITTERS, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", Estudios Constitucionales, año 7, No. 2 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2009.
- NUÑO, Alejandra, "Comentario al artículo 65 de la CADH", Christian Steiner / Patricia Uribe (ed.), Convención Americana Sobre Derechos Humanos Comentada, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014.
- RAMOS VÁZQUEZ, Eréndira Nohemí; "La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano: particularidades del caso mexicano", Flores Saldaña, Antonio, (Coord.), Control de convencionalidad y decisiones judiciales, Tirant lo Blanch, México 2016.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, Los Derechos Humanos en México, Editorial Porrúa, México 2013.
- El Control difuso y la recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos, Editorial Porrúa, México 2015.
- SAAVEDRA, Yuria, "Teoría de las Reparaciones a la Luz de los Derechos Humanos", Metodología para la enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, Tomo 7, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2013.
- SAGÜES, Néstor Pedro, "Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad", Estudios Constitucionales, año 8, No.1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2010.
- "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La 'constitución convencionalizada'", Flores Saldaña, Antonio, (Coord.), Control de convencionalidad y decisiones judiciales, Tirant lo Blanch, México 2016.
- TOJO, Liliana, ELIZALDE, Pilar, "Comentarios a los artículos 48 a 51 de la CADH", Christian Steiner / Patricia Uribe (ed.), Convención Americana

Sobre Derechos Humanos Comentada, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014.

Decisiones Judiciales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, OPINIÓN CONSULTIVA OC-1/82 DEL 24 DE SETIEMBRE DE 1982 "OTROS TRATADOS" OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE (ART. 64 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-2/82 DEL 24 DE SETIEMBRE DE 1982 EL EFECTO DE LAS RESERVAS SOBRE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (ARTS. 74 Y 75), Serie A número 2.
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-10/89 DEL 14 DE JULIO DE 1989 INTERPRETACION DE LA DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE EN EL MARCO DEL ARTICULO 64 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-16/99 DE 1 DE OCTUBRE DE 1999, SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS "EL DERECHO A LA INFORMACION SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTIAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL"
- Sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, Caso Baena Ricardo y Otros contra Panamá.
- Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C 154, Caso Almonacid Arellano y Otros vs Chile.
- Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No.157, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú.
- Resolución de 29 de junio de 2005 Supervisión de cumplimiento de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- Sentencia de supervisión de cumplimiento de fecha 12 de julio de 2007 Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú.
- Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No.259, Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia.
- Sentencia de supervisión de cumplimiento de fecha 20 de marzo de 2013, Caso Gelman contra Uruguay.
- Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.



- Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, “CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO” Época: Décima Época Registro: 2004188 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3 Materia(s): Común Tesis: XXVII.10. (VIII Región) 15 K (10a.) Página: 1618.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Época: Novena Época Registro: 192867 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo X, Noviembre de 1999 Materia(s): Constitucional Tesis: P. LXXVII/99 Página: 46.

- “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” Época: Novena Época Registro: 172650 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Abril de 2007 Materia(s): Constitucional Tesis: P. IX/2007 Página: 6.

- “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, Época: Décima Época Registro: 2006224 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) Página: 202.

- “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA” Época: Décima Época Registro: 2006225 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Común Tesis: P./J. 21/2014 (10a.) Página: 204.

Fuentes electrónicas

- BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús, “El control de convencionalidad en México: Origen y desarrollo”, Joaquín A. Mejía R., José de Jesús Becerra, R. y Rogelio Flores, (Coord.) El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá, Editorial Casa San Ignacio / [Editorial Guaymuras], Tegucigalpa, 2016, versión electrónica en https://www.academia.edu/21117265/El_control_de_convencionalidad_en_M%C3%A9xico_Centroam%C3%Agrica_y_Panam%C3%A1

- CARMONATINOCO, Jorge Ulises, “Apuntes al control de convencionalidad”, en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/apuntes_al_control_de_convencionalidad.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad, en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

- SAGÜES, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”; Publicado en: LA LEY, Año LXXIII, No. 35, 19/02/2009, 1, Argentina, 2009, pág. 3, en http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_LL_2009.pdf

- “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la ‘Constitución Convencionalizada’”; Parlamento y Constitución. Anuario, N.º 14, Argentina, 2011; en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4259243>

- VILLÁN DURÁN, Carlos, Manual sobre el sistema universal de protección de derechos humanos, Universidad para la Paz, Costa Rica, Junio 2016, versión electrónica en <https://www.upeace.org/uploads/file/publication/MANUAL%20DDHH%20DIGITAL-2016.pdf>

Apuntalando la paridad en Guanajuato

YARI ZAPATA LÓPEZ

TUTORA: DRA. ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS





INTRODUCCIÓN

México vivió dos procesos electorales en los que implementó el principio constitucional de paridad (2014-2015 y 2017-2018), a pesar de ello, los avances en la representación de las mujeres y su inclusión en el ejercicio de los poderes públicos ha sido lenta y tortuosa.

Tradicionalmente al ser apartada o segregada de los espacios públicos por su naturaleza reproductora, de alimentación y cuidado, la confinaron en el ámbito privado al carecer de educación y acceso al resto de los servicios básicos; en esta esfera privada, sus derechos fueron disminuidos considerablemente y al día de hoy no es posible que ella pueda ocupar posiciones de poder en condiciones de igualdad con el hombre.

Conforme la mujer va escalando y ocupando más posiciones en la vida pública, mayor violencia y discriminación recibe, por el simple hecho de ser mujer.

Este trabajo pretende evidenciar los avances que en la materia electoral, concretamente, en el ejercicio del derecho a ser votada, presenta la mujer con las diversas normas y reformas a las leyes para valorar el impacto que estas han tenido en el acceso de la mujer al ejercicio del poder público y fortalecer con una propuesta de reforma a la ley de la materia, la paridad en el estado de Guanajuato.

Se presenta un título denominado “Antecedentes” que esboza brevemente las olas del feminismo, la participación de la mujer y la introducción de las cuotas, la equidad y la paridad en la Carta Magna y en la legislación de la materia de manera histórica.

Otro título llamado “Paridad de Género”, expone diversas declaraciones y consensos internacionales e interamericanos que aluden a la igualdad y a la paridad, se cita la reforma al sistema nacional electoral, conceptos de paridad vertical y horizontal emanados de jurisprudencia del Tribunal Electoral y la tipificación de la violencia política en el Estado.

El tercer tema es de “Resultados Electorales” que como su nombre lo señala hace evidente la participación de las mujeres en el poder legislativo federal y estatal, así como la representación en las presidencias municipales a nivel nacional; se aborda también el Índice de Paridad Política.

El siguiente título es “Implementación de la paridad horizontal en Guanajuato”, describe el primer ejercicio llevado a cabo en la entidad en la que se dio el registro de candidaturas observando el principio paritario para la renovación de presidencias municipales, sindicaturas y regidurías.

El penúltimo título es la “Propuesta de reforma a la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato en materia de paridad”, para fortalecer este principio constitucional.

Se presenta también la conclusión del tema de estudio en el sentido del cumplimiento irrestricto del principio de paridad en beneficio de la sociedad y en la importancia de impulsar la democracia paritaria en aras de una sociedad igualitaria.

Los temas abordados se acompañan de las definiciones de tratados, convenciones y consensos en los que México es parte.

ANTECEDENTES

A través de la historia, las mujeres han enfrentado a un fenómeno de discriminación estructural de derechos, por medio del cual, estos les fueron negados o reducidos simplemente por pertenecer a un sexo.

Ello motivó a diversos movimientos feministas que iniciaron en el siglo XIX con los movimientos de las sufragistas. La primera ola feminista se dio en la primera mitad del siglo XX, buscaba principalmente el reconocimiento del derecho al sufragio, reformas a leyes que regían las relaciones en la familia y mejoramiento de la situación económica. La segunda ola del feminismo ocurrió entre 1960 y 1970 mencionando la situación del mercado laboral, educación y derechos reproductivos. A partir de 1980 surgió la tercera ola del feminismo que agrupó diversos movimientos feministas, incluso algunos de ellos contrapuestos. Estos grupos surgieron por la apreciación de que no se logró transformar a la sociedad y conseguir la igualdad entre hombres y mujeres (Gilas, 2014, págs. 13-14).

En México, la primera ola feminista logró el reconocimiento de derechos de inspiración liberal como el de participación política, extendiendo a las mujeres este derecho en el ámbito municipal.

Así, en 1946 la Cámara de Diputados aprobó la iniciativa enviada por el entonces Presidente de la República Miguel Alemán Valdés en la que se adicionó al artículo 115 constitucional que “en las elecciones municipales participarán las mujeres en igualdad de condiciones que los varones, con el derecho a votar y ser votadas”; esta reforma se publicó y entró en vigor el 12 de febrero de 1947 en el Diario Oficial de la Federación¹ (DOF, 1947, pág. 3).

Lo que originó que varias mujeres se postularan a la presidencia municipal y a regidurías y ganaran por abrumadora mayoría (Dalton, 2014, pág. 40).

Siguiendo con los avances en esta materia, el 17 de octubre de 1953 se publicaron en el DOF reformas constitucionales a los artículos 34 y 115, el nuevo texto del artículo 34 señaló: “Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: haber cumplido 18 años de edad, siendo casados, o 21 si no lo son; y tener un modo honesto de vivir” (DOF, 1953, pág. 2).

Este reconocimiento constitucional de ciudadanía para la mujer apertura el derecho fundamental a votar y ser votada en igualdad de condiciones y libres de discriminación, sin embargo no abrió la posibilidad real de ser elegida y tuvo que ser impulsado y recogido por

¹ En adelante DOF.

las leyes secundarias de la materia con base en instrumentos internacionales e interamericanos² y al empuje de grupos organizados de la sociedad civil, que dieron paso en un primer momento a las acciones afirmativas.

II.1 Llamado a la participación de la mujer

De esta manera, se llega a la reforma publicada en el DOF el 24 de septiembre de 1993 de la fracción III del artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales,³ en el que señala: “Los partidos políticos promoverán, en los términos que determinen sus documentos internos, una mayor participación de las mujeres en la vida política del país, a través de su postulación a cargos de elección popular” (DOF, 1993, págs. 22-23); como se observa, la ley hace un llamado o invitación a los partidos políticos a suscitar la participación política de mujeres.

En septiembre de 1995 se lleva a cabo la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer lo que da pie a la Declaración de Pekín y a su Plataforma de Acción, por lo que el entonces Presidente de la República, Ernesto Zedillo Ponce de León presenta un Programa Nacional de la Mujer en consonancia a estos principios y declaraciones que busca la inclusión de la mujer en todos los ámbitos de la vida pública (CONMUJER, 2000).

II.2 Cuotas y Equidad

Las cuotas de género son una forma de acción afirmativa cuyo objetivo es reservar a las mujeres un porcentaje determinado de candidaturas para garantizar la integración de mujeres en cargos públicos de elección popular.

Por otro lado, la equidad es un principio ético-normativo asociado a la idea de justicia, bajo esta idea se trata de cubrir las necesidades e intereses de personas que son diferentes, especialmente aquellas que están en desventaja⁴.

Con la reforma del 22 de noviembre de 1996 al COFIPE se estableció, en el artículo vigésimo

segundo transitorio, de manera indirecta, por primera vez, una cuota de género sin determinar ninguna sanción por incumplimiento con esa recomendación, señalando: “Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores, no excedan del 70% para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participación política de las mujeres” (DOF, 1996).

Más adelante, con la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001, se incorpora en el artículo primero, la prohibición específica de discriminación basada en sexo, entre otras. Además, en el artículo segundo se garantiza la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a hombres en pueblos y comunidades indígenas (DOF, 2001).

En consonancia, el 24 de junio de 2002 se publican en el DOF diversas reformas al COFIPE en las que se tuvo la primera cuota obligatoria de candidatos propietarios del mismo sexo 70%-30%; incluyó el término “equidad”, se establecieron sanciones en caso de incumplimiento por parte de los partidos políticos a la cuota, salvo que se tratase de candidaturas por el principio de mayoría relativa que hubieran sido producto de un proceso interno de elección mediante voto directo y se deroga el artículo 22 transitorio de la pasada reforma (DOF, 2002).

Esta nueva regulación asentó que: “es derecho de los ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la equidad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular” (artículo 4.1). “Los partidos políticos tienen la obligación de garantizar la participación de las mujeres en la toma de decisiones en las oportunidades políticas” (artículo 38.1, inciso s), por lo que:

Promoverán y garantizarán en los términos del presente ordenamiento, la igualdad de oportunidades y la equidad entre mujeres y hombres en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de elección popular en el Congreso de la Unión, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional (artículo 175.3).

De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, en ningún caso incluirán más del setenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género (artículo 175-A).

Las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de tres candidaturas. En cada uno de los tres primeros segmentos de cada lista habrá una candidatura de género distinto. Lo anterior sin perjuicio de los mayores avances que en esta materia señale la normatividad interna y los procedimientos de cada partido (artículo 175-B).

1. Hecho el cierre del registro de candidaturas, si un partido político o coalición no cumple con lo establecido en los artículos 175-A y 175-B, el Consejo General del IFE le requerirá en primera instancia para que en el plazo de 48 horas, contadas a partir de la notificación, rectifique la solicitud de registro de candidaturas y le apercibirá de que, en caso de no hacerlo le hará una amonestación pública. 2. Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior, el partido político o coalición que no realice la sustitución de candidatos, será acreedor a una amonestación pública y el Consejo General del IFE le requerirá, de nueva cuenta, para que en un plazo de 24 horas, contadas a partir de la notificación, haga la corrección. En caso de reincidencia se sancionará con la negativa del registro de las candidaturas correspondientes. 3. Quedan exceptuadas de lo señalado en los numerales 1 y 2 del presente artículo las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección mediante voto directo (artículo 175-C).

² Como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (DOF 07/05/1981), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (DOF 20/05/1981), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DOF 12/05/1981), Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (DOF 29/04/1981), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, CEDAW (DOF 12/05/1981), Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (DOF 28/04/1981), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belem Do Pará (DOF 19/01/1999), y Protocolo Facultativo CEDAW (DOF 03/05/2002), (SCJN, 2012).

³ En adelante COFIPE.

⁴ ONU Mujeres. (2015). La Igualdad de Género. Pág. 7.

Por otro lado, se destaca la temporalidad de la aplicación de la cuota de género, pues el artículo segundo transitorio de la reforma señala: “Lo dispuesto en los artículos 175-A, 175-B y 175-C se aplicará por lo menos para la celebración de los cinco procesos electorales federales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto”.

Esta reforma además, introduce el sistema de “listas cremallera” para evitar que los partidos postulen a las mujeres a los peores lugares de la lista aún dando cumplimiento a la cuota, ya que esta no es suficiente para garantizar el acceso de las mujeres a los puestos públicos, si no se establece un mandato de colocación u orden de esas candidaturas (Carbonell, 2003).

Las listas cremallera en materia electoral, se definen “como la inclusión de hombre/mujer en la composición de las listas electorales para órganos representativos” (Pulido, 2006).

En sintonía con las convenciones, se sigue actualizando el marco normativo mexicano, por lo que el 11 de junio de 2003 entró en vigor la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, cuyo objeto es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato (DOF, 2003).

El 2 de agosto de 2006, se publica la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, que tiene por objeto regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales para el cumplimiento de la igualdad sustantiva, promoviendo el empoderamiento de las mujeres (DOF, 2006).

Por lo que toca al tema de violencia, este se encuentra normado en la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia que entró en vigor el 1 de febrero de 2007, el objeto de esta ley es prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y garantizar su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y de no discriminación, así como para garantizar la democracia, el desarrollo integral y sustentable que fortalezca la soberanía y el régimen democrático (DOF, 2007).

II.3 Equidad y Paridad

Por otro lado, México participó en la X Conferencia Regional sobre la Mujer, en la que se suscribió el Consenso de Quito acordando:

25.1, inciso ii) Adoptar todas las medidas de acción positiva y todos los mecanismos necesarios, incluidas las reformas legislativas necesarias y las asignaciones presupuestarias, para garantizar la plena participación de las mujeres en cargos públicos y de representación política con el fin de alcanzar la paridad en la institucionalidad estatal (poderes ejecutivo, legislativo, judicial y regímenes especiales y autónomos) y en los ámbitos nacional y local, como objetivo de las democracias latinoamericanas y caribeñas (CEPAL, Consenso de Quito, 2007).

Así, el 14 de enero de 2008 se publicó en el DOF un nuevo COFIPE (DOF, 2008), que estableció como obligación de los partidos políticos: “garantizar la equidad y procurar la paridad de los géneros en sus órganos de dirección y en las candidaturas a cargos de elección popular” (artículo 38.1 inciso s). Por lo que:

Promoverán y garantizarán en los términos del presente ordenamiento, la igualdad de oportunidades y procurarán la paridad de género en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de elección popular en el Congreso de la Unión, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional (Artículo 218).

De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, deberán integrarse con al menos el cuarenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género, procurando llegar a la paridad. Quedan exceptuadas de esta disposición las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección democrático, conforme a los estatutos de cada partido (artículo 219).

Las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de cinco candidaturas. En cada uno de los segmentos de cada lista habrá dos candidaturas de género distinto, de manera alternada. (artículo 220).

Asimismo, se estableció un presupuesto anual de 2% del financiamiento público ordinario de los partidos políticos destinado a la capacitación, promoción y desarrollo del liderazgo político de la mujer (artículo 78.1 inciso a, fracción V).

Esta reforma resultó novedosa por introducir el término “paridad de género⁵”, por mandar la colocación alternada entre los géneros en la integración de las listas y por el incremento de la cuota a un 40%, pero mantuvo la excepción a la cuota respecto de las candidaturas de mayoría relativa que fueran producto de un proceso democrático interno.

Derivado de la aplicación de esta reforma y como resultado del proceso electoral federal 2008- 2009, varias mujeres que ganaron un escaño en la Cámara de Diputados, renunciaron al cargo o dejaron de acudir a las sesiones, para que en ambos casos fuera llamado el suplente de la fórmula por la que contendieron, todos los suplentes eran hombres (Riancho, 2010).

Estas mujeres recibieron el mote de “las juanitas”, en referencia a un candidato delegacional del entonces Distrito Federal⁶ apodado “Juanito” que señalaba que en caso de ganar la elección renunciaría en favor de una candidata de otro partido político, lo que a la larga ocurrió, pues ganó la elección de la Delegación Iztapalapa, pero solo ejerció el cargo por escasos dos meses (Medina, 2009).

La situación de “las juanitas” dejó manifiesta

⁵ Definida como una herramienta para asegurar de hecho la participación igualitaria de mujeres y hombres. (Bustillo, R. Pág. 24).

⁶ Ciudad de México, CDMX derivado de la reforma del 29 de enero de 2016.

la facilidad con la que los partidos políticos evadían o burlaban el mandato a la ley y evitaban el cumplimiento de la cuota, pues, ejercían violencia y discriminación en contra de la mujer al impedir el real y pleno ejercicio del derecho a ser votada, es decir, acceder y ejercer el cargo público para el que fueron electas.

Posteriormente, el 11 de junio de 2011, se da la reforma constitucional en materia de derechos humanos, misma que reconoce constitucionalmente los derechos humanos de las personas y establece las garantías para lograr su efectiva protección e incorpora disposiciones en materia de derechos humanos que den cumplimiento a los tratados internacionales de los que México sea parte (DOF, 2011).

En octubre de 2011, el Consejo General del entonces Instituto Federal Electoral⁷ emitió un acuerdo que estableció criterios aplicables para el registro de candidaturas para el proceso electoral federal 2011-2012 en curso, por el cual iba a verificar entre otros datos, que los partidos políticos: cumplieran la cuota en la totalidad de candidaturas, hayan observado los porcentajes de género establecidos en sus propios estatutos, con la excepción de candidaturas de mayoría relativa que fueran resultado de un proceso de elección democrático y que procuraran registrar fórmulas integradas por candidatos del mismo género⁸.

Inconformes con este acuerdo emitido por la autoridad administrativa electoral, diez mujeres de diversos partidos políticos, que observaron que no hubo ninguna medida para combatir el fenómeno de “las juanitas” y que aspiraban a candidaturas para ese proceso electoral presentaron sendos juicios para la protección de sus derechos políticos electorales.

Como resultado, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación⁹ emitió la emblemática sentencia 12624¹⁰, que obligó al IFE a que, a su vez, obligara a los partidos políticos al cumplimiento estricto de las cuotas de género, ya no sólo en las listas plurinominales, sino también en las candidaturas de mayoría relativa. Esta determinación implicaba que

los partidos políticos tendrían que presentar por lo menos 120 fórmulas femeninas para la Cámara de Diputados y 26 para el Senado, considerando el total de las candidaturas de mayoría, 300 y 64, respectivamente.

Esta determinación impidió que las mujeres propietarias ganadoras de alguna fórmula, fueran obligadas a renunciar, ya que las suplentes también serían mujeres. La “sentencia anti-juanitas” generó diversas tesis y jurisprudencia sobre el tema de género, como la jurisprudencia 16/2012 de rubro: “CUOTA DE GÉNERO. LAS FÓRMULAS DE CANDIDATOS A DIPUTADOS Y SENADORES POR AMBOS PRINCIPIOS DEBEN INTEGRARSE CON PERSONAS DEL MISMO GÉNERO”¹¹.

Por su parte, el poder legislativo continuó con la armonización normativa y en noviembre de 2012, realiza una reforma integral a la Ley Federal del Trabajo, que permitió fortalecer los derechos de las mujeres trabajadoras a través de, entre otras medidas, la prohibición expresa de la discriminación por cuestiones de género, y de hostigamiento o acoso sexual (DOF, 2012).

III. PARIDAD DE GÉNERO

En noviembre de 1992 reunidas ministras y exministras europeas suscribieron la Declaración de Atenas, en la que señalaron

La igualdad formal y real entre las mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano. Las mujeres representan más de la mitad de la población. La democracia exige la paridad en la representación y en la administración de las naciones. Las mujeres constituyen la mitad de las inteligencias y de las capacidades potenciales de la humanidad y su infra-representación en los puestos de decisión constituye una pérdida para el conjunto de la sociedad. Una participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones puede generar ideas, valores y comportamientos diferentes, que vayan en la dirección de un mundo más justo y equilibrado tanto para las mujeres como para los hombres. La infra-representación de las mujeres en los puestos de decisión impide asumir plenamente los intereses y las necesidades del conjunto de la sociedad. PROCLAMAMOS la necesidad de alcanzar un reparto equilibrado de los poderes públicos y políticos entre mujeres y hombres. REIVINDICAMOS la igualdad de participación de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones públicas y políticas. DESTACAMOS la necesidad de realizar modificaciones profundas en la estructura de los procesos de decisión con el fin de asegurar dicha igualdad (Declaración de Atenas, 1992).

En esta cumbre se retoma con gran fuerza el concepto de democracia paritaria que viene usando desde años atrás el Consejo de Europa.

Por otro lado, el punto 17 del Consenso de Quito, reconoce que

La paridad es uno de los propulsores determinantes de la democracia, cuyo fin es alcanzar la igualdad en el ejercicio del poder, en la toma de decisiones, en los mecanismos de participación y representación social y política, y en las relaciones familiares al interior de los diversos tipos de familias, las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, y que constituye una meta para erradicar la exclusión estructural de las mujeres (CEPAL, Consenso de Quito, 2007).

A su vez el Consenso de Brasilia señala:

3. Ampliar la participación de las mujeres en los procesos de toma de

⁷ En adelante IFE. Instituto Nacional Electoral en virtud de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014.

⁸ IFE (7 de octubre de 2011). Instituto Nacional Electoral. Obtenido de <http://portalanterior.ine.mx/docs/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2011/octubre/CGex201110-07/CGe71011ap9.pdf>

⁹ En adelante TEPJF.

¹⁰ TEPJF (30 de noviembre de 2011). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Obtenido de <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-12624-2011.html>

¹¹ TEPJF (7 de junio de 2012). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Obtenido de <http://sief.te.gob.mx/IUSE/tesisjur.aspx?idtesis=16/2012&tpoBusqueda=5&Word=16/2012>

decisiones y en las esferas de poder. d) Promover la creación de mecanismos y apoyar los que ya existen para asegurar la participación político-partidaria de las mujeres que, además de la paridad en los registros de candidaturas, aseguren la paridad de resultados, garanticen el acceso igualitario al financiamiento de campañas y a la propaganda electoral, así como su inserción en los espacios de decisión en las estructuras de los partidos políticos. De la misma forma, crear mecanismos para sancionar el incumplimiento de las leyes en este sentido (CEPAL, Consenso de Brasilia, 2010).

De la misma manera, en República Dominicana dentro de la XII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, realizada entre el 14 y el 18 de octubre de 2013, se elaboró el Consenso de Santo Domingo, que señala en el punto:

E. Igualdad de género y empoderamiento de las mujeres para la participación política y la toma de decisiones.

101. Asegurar el acceso de las mujeres en condiciones de igualdad a los puestos de toma de decisiones en todos los poderes del Estado y los gobiernos locales, por medio de iniciativas y medidas legislativas y de carácter electoral que garanticen la representación paritaria de las mujeres en todos los ámbitos del poder político y el compromiso con las agendas estratégicas para alcanzar la paridad en la participación política y la paridad de género como política de Estado.

102. Fortalecer la participación de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres, adoptando y aplicando leyes que aseguren la representación paritaria en los espacios de decisión, promoviendo medidas afirmativas de inclusión, tanto en partidos políticos como en otras instituciones de la vida democrática, del ámbito público o privado, y estableciendo mecanismos para sancionar el incumplimiento de las leyes en este sentido; (CEPAL, Consenso de Santo Domingo, 2013).

México dio paso a la reforma de 10 de febrero de 2014 (DOF, 2014) en materia político-electoral, en esta se previó de manera expresa, en el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el principio de paridad entre los géneros, tanto en candidaturas de legislaturas federales y locales. Mismo principio que por disposición transitoria constitucional se recogió en las leyes de la materia que debían establecer las reglas y procedimientos para ejercer y garantizar este principio, por lo que vio la luz la nueva Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (DOF, 2014) y la Ley General de Partidos Políticos (DOF, 2014).

Asimismo, estableció la obligación para los estados de ajustar las constituciones y leyes locales en concordancia.

Esta reforma señaló que los partidos políticos deberían hacer públicos los criterios para garantizar la paridad de género, los cuales debían ser objetivos y asegurar condiciones de igualdad entre géneros; no se admitirían criterios que tengan como resultado que alguno de los géneros le sean asignados exclusivamente distritos en los que el partido haya perdido en el proceso electoral anterior.

Además recoge el criterio jurisprudencial de que las fórmulas se integrarán por personas del mismo género. También incrementó al 3% el recurso para la capacitación, promoción y desarrollo del liderazgo político de las mujeres.

Las entidades federativas dieron cumplimiento a lo mandatado en la reforma que cambió el sistema electoral imperante a un nuevo sistema nacional electoral, por lo cual Guanajuato llevó a cabo su reforma a la constitución (PO, 2014) y norma secundaria (PO, Congreso del Estado de

Guanajuato, 2014) que cobró vigencia el 27 de junio de 2014 con las respectivas publicaciones en el Periódico Oficial del Estado de Guanajuato.

La reciente Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato, refirió en su articulado a “la paridad entre los géneros, en la postulación de candidatos a los cargos de elección popular para diputados al Congreso del Estado y de regidores de los ayuntamientos” (artículo 184).

Aludió también que

Las listas de diputados y de ayuntamientos por el principio de representación proporcional se integrarán por fórmulas de candidatos compuestas cada una por un propietario y un suplente del mismo género, y se alternarán las fórmulas de distinto género para garantizar el principio de paridad hasta agotar cada lista (artículo 185 2º. párrafo).

Sin embargo, no implementó medidas afirmativas encaminadas a impulsar el ejercicio de la mujer en puestos públicos de elección, ya que en las fórmulas de candidatos por mayoría relativa no resultaba aplicable la alternancia y en caso de postulación de candidaturas en número impar estaba permitido una fórmula más de cualquiera de los géneros.

Concluido el proceso electoral concurrente federal y local 2014-2015, la producción de criterios por parte del TEPJF fue abundante en proteger las postulaciones de las mujeres y garantizar que accedieran a los cargos públicos.

Sobre la postulación paritaria ¹² señala que “está encaminada a generar de manera efectiva el acceso al ejercicio del poder público de ambos géneros, en auténticas condiciones de igualdad, debe permear en la postulación de candidaturas para garantizar un modelo plural e incluyente de participación política en los distintos ámbitos de gobierno”.

III.1 Paridad vertical y horizontal

El TEPJF define a las dimensiones o vertientes de la paridad ¹³ como:

La paridad vertical, para lo cual están llamados a postular candidatos de un mismo ayuntamiento para presidente, regidores y síndicos municipales en igual proporción

¹² Jurisprudencia 6/2015 PARIDAD DE GÉNERO. DEBE OBSERVARSE EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS PARA LA INTEGRACIÓN DE ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN POPULAR FEDERALES, ESTATALES Y MUNICIPALES.

¹³ Jurisprudencia 7/2015 PARIDAD DE GÉNERO. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO EN EL ORDEN MUNICIPAL. Las negrillas no son de origen.

de géneros; y por otra, desde de un enfoque horizontal deben asegurar la paridad en el registro de esas candidaturas, entre los diferentes ayuntamientos que forman parte de un determinado Estado. A través de esa perspectiva dual, se alcanza un efecto útil y material del principio de paridad de género.

Sobre el interés legítimo¹⁴, necesario para que mujeres pudieran acudir al tribunal aún sin estar directamente agraviadas, argumentan que

La paridad de género produce un impacto colateral en la esfera jurídica de las mujeres, ello genera el interés legítimo para acudir a juicio, tomando en cuenta, en primer lugar, su pertenencia al grupo colectivo a favor del cual se pretende la instauración de la medida alegada; y en segundo, el perjuicio real y actual que genera en las mujeres al pertenecer al grupo que histórica y estructuralmente ha sido objeto de discriminación, incluso cuando la norma no confiere un derecho subjetivo o la potestad directa de reclamarlo.

También fue motivo de diversas impugnaciones la modificación de las listas para cumplir la paridad¹⁵ y determinan que

Deben atenderse las reglas específicas previstas en la normativa aplicable, a fin de armonizar los principios que sustentan la implementación de una medida especial en la asignación de diputaciones o regidurías por el principio de representación proporcional y hacer una ponderación a fin de que la incidencia de las medidas tendientes a alcanzar la paridad no impliquen una afectación desproporcionada o innecesaria de otros principios o derechos implicados.

Con base en estos criterios, finalmente la paridad en sus dos vertientes, vertical y horizontal fue recogida por los estados, por lo cual, en Guanajuato, el 4 de abril de 2017 se reformó nuevamente la Constitución Política para el Estado (POE, Congreso de Guanajuato, 2017) y el 26 de mayo se adecuó la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para el estado de Guanajuato¹⁶ (POE, 2017), para señalar que los “partidos políticos deben garantizar la paridad entre los géneros en

candidaturas a diputados, presidentes municipales, síndicos y regidores, por los principios de mayoría relativa y de representación proporcional” (artículo 33 fracción XIX).

III.2 Violencia política

La Declaración sobre la Violencia y Acoso Políticos contra las mujeres del Mecanismo de seguimiento a la Convención de Belem do Pará, señala

Que la mayor visibilidad de la violencia y/o acoso político contra las mujeres está vinculada al aumento de la participación política de las mujeres, en particular en los cargos de representación política, que a su vez, es consecuencia de la aplicación de cuotas de género y de la paridad.

Posteriormente Guanajuato publica en el Periódico Oficial del Estado (POE, 2017), el 20 de diciembre de 2017, una reforma al Código Penal para el Estado, que introduce en los delitos en materia electoral y violencia política, el artículo 289-a, el cual señala:

A quien dolosamente anule o limite el ejercicio de los derechos políticos o de las funciones públicas a una mujer por razones de género¹⁷, se impondrá de dos a cuatro años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa. Para efectos de este delito, se presume que existen razones de género cuando: I.-Existan situaciones de poder que den cuenta de un desequilibrio en perjuicio de la víctima. II.- Existan situaciones de desventaja provocadas por condiciones del género.

Las sanciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo se aumentarán de una mitad del mínimo a una mitad del máximo cuando en la comisión de este delito intervenga un servidor público o un dirigente partidista, cuando se emplease violencia o engaño, o por el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de la mujer.

Conviene precisar que a nivel federal y en algunos estados del país todavía no se ha tipificado el delito de violencia política y de violencia política contra la mujer o en razón de género, lo que existen son protocolos o guías para atenderla, así como una legislación general y estatal que define los tipos y ámbitos de la violencia contra la mujer.

Con estas reformas constitucionales y normativas que reconocieron el ejercicio del derecho humano de la mujer de votar, pero sobre todo, el que pueda ser votada, podemos ver lo necesario que resultó que este derecho humano haya sido observado expresamente por la ley suprema (Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos), por tratados y convenciones, y criterios jurisprudenciales, pero establecido de manera articulada en las normas secundarias, pues solo de esta manera se ha permitido a la mujer acceder a las contiendas electorales.

¹⁴ Jurisprudencia 8/2015 INTERÉS LEGÍTIMO. LAS MUJERES LO TIENEN PARA ACUDIR A SOLICITAR LA TUTELA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PARIDAD DE GÉNERO EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR.

¹⁵ Jurisprudencia 36/2015 REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. PARIDAD DE GÉNERO COMO SUPUESTO DE MODIFICACIÓN DEL ORDEN DE PRELACIÓN DE LA LISTA DE CANDIDATURAS REGISTRADA.

¹⁶ En adelante LIPEEG.

¹⁷ Las negrillas son propias.

RESULTADOS ELECTORALES

Los resultados de los procesos electorales federales y locales nos permiten palpar los cambios a las normas procedimentales electorales y los avances que ha presentado la mujer en el ejercicio pleno del voto pasivo, es decir, acceder a un cargo público de elección popular.

Las tablas que se plasman a continuación, muestran claramente los incrementos y/o decrementos en la representación femenina en las legislaturas del Congreso de la Unión acorde a las medidas para el adelanto en la participación política de la mujer.

Tabla 1. Porcentaje de participación de mujeres en la Cámara de Diputados

Período Legislativo	Porcentaje de diputadas	Medida aplicada para garantizar la participación política de la mujer
1994-1997	14.1 %x	Partidos promoverán la participación de la mujer
1997-2000	17.4 %	Cuota 70-30, sin sanción por incumplimiento
2000-2003	16.8 %	Cuota 70-30, sin sanción por incumplimiento
2003-2006	24.9 %	Cuota 70-30 con la excepción en candidaturas de M.R. de proceso democrático interno
2006-2009	26.2 %	Cuota 70-30 con la excepción en candidaturas de M.R. de proceso democrático interno
2009-2012	31.8 %	Cuota 60-40 renunciadas de "las juanitas"
2012-2015	41.4 %	Cuota 60-40 propietario y suplente mismo género
2015-2018	42.8 %	Paridad
2018-2021	48.2 %	Paridad

Fuente: Elaboración propia con datos de la Cámara de Diputados, consultados hasta el 1 de septiembre de 2018 en http://sitl.diputados.gob.mx/LXIII_leg/cuadro_genero.php.

El Senado de la República se renueva en su totalidad cada seis años.

Tabla 2. Porcentaje de participación de mujeres en la Cámara de Senadores

Período Legislativo	Porcentaje de senadoras	Medida aplicada para garantizar la participación política de la mujer
1994-2000	12.5 %	Partidos promoverán la participación de la mujer
2000-2006	17.2 %	Cuota 70-30, sin sanción por incumplimiento
2006-2012	18 %	Cuota 70-30 con la excepción en candidaturas de M.R. de proceso democrático interno
2012-2018	39 %	Cuota 60-40 propietario y suplente mismo género
2018-2024	49.21 %	Paridad

Fuente: Elaboración propia con datos de la Cámara de Senadores, consultados hasta el 1 de septiembre de 2018 en <http://www.senado.gob.mx/index.php?watch=4&str=M>.

La composición del Congreso del Estado de Guanajuato, también presenta cambios significativos en la integración de la mujer en el ejercicio del poder público. Cabe señalar que hasta antes de la reforma político electoral de 2014 que dio paso al sistema nacional electoral, cada entidad federativa gozaba de soberanía en su régimen interior por lo que en uso de la libertad configurativa cada estado expedía sus normas.

En la entidad, los procesos electorales se encontraban regulados por el abrogado Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato (CIPEG, 2014), que señalaba una escueta participación de la mujer en su artículo 31:



V. Promover en los términos de este código, la igualdad de oportunidades y la equidad entre mujeres y varones en la vida política del estado, a través de las postulaciones a cargos de elección popular tanto de mayoría relativa como de representación proporcional; (Fracción reformada. P.O. 2 de agosto del 2002)

VI. Incluir en los tres primeros lugares de cada lista de candidatos propietarios por el principio de representación proporcional a varones y mujeres. En el resto de la lista incluirá por lo menos una candidatura propietaria distinta entre mujeres y varones. Lo anterior no será aplicable, en el caso de que las candidaturas se elijan por el voto de los militantes en procesos internos de acuerdo a lo dispuesto por sus estatutos. (Fracción reformada. P.O. 2 de agosto del 2002)

Por lo anterior, en la siguiente tabla se aprecia la participación de la mujer pero en un porcentaje bajo en comparación a la representación obtenida derivada de la implementación del principio de paridad.

Tabla 3. Porcentaje de participación de mujeres en el Congreso del Estado de Guanajuato

Período Legislativo	Porcentaje de diputadas	Medida aplicada para garantizar la participación política de la mujer
1994-1997	10.7 %	
1997-2000	8.3 %	
2000-2003	16.6 %	
2003-2006	19.4 %	Inclusión en las listas de representación proporcional en los primeros tres lugares
2006-2009	16.6 %	
2009-2012	27.7 %	
2012-2015	19.4 %	
2015-2018	44.4 %	Paridad
2018-2021	47.22 %	Paridad

Fuente: Elaboración propia con datos del Observatorio de Participación Política de las Mujeres en Guanajuato el 31 de julio de 2018 en <https://igualdad.ine.mx/mujeres-electas-2/> y en <https://ieeg.mx/integracion-de-diputaciones/> hasta el 31 de agosto de 2018.

Por lo que toca a las presidencias municipales las cifras no son halagadoras. De la misma manera, la participación de la mujer se duplicó con motivo del principio paritario en la postulación de candidaturas, lo que podemos observar a continuación.

Tabla 4. Porcentaje de participación de mujeres en presidencias municipales del país

Período	Porcentaje de presidentas municipales o alcaldesas
1993	2.8 %
1995	3.7 %
1996	3.6 %
1997	3.6 %
1998	3.5 %
1999	3.6 %
2000	3.7 %
2001	3.9 %
2002	3.3 %
2004	3.5 %
2006	3.8 %
2014	7.3 %
2015	9 %
2016	14 %

Fuente: Elaboración propia con datos extraídos de <http://www.scielo.org.mx/pdf/gpp/v19n1/v19n1a4.pdf> (Vazquez, 2010) y <https://www.alcaldesdemexico.com> (editores, 2017).

Cabe recalcar que derivado de la reforma de 2014 al marco normativo electoral, la paridad casi se alcanzó, pero solo en elecciones del Poder Legislativo, es decir, se cumplió con la paridad vertical.

En cambio, en los ayuntamientos del estado de Guanajuato solo se aplicó la paridad para la elección de regidores (paridad vertical), no así la paridad horizontal, lo que trajo como consecuencia que solo hayan obtenido su constancia de mayoría dos mujeres que contendieron a la presidencia municipal, tanto de Pueblo Nuevo, como de Santiago Maravatío¹⁸, lo que se traduce en un 4.3% de representación de la mujer en este ámbito.

Caso distinto se produjo en la elección de 2018 que elevó significativamente este porcentaje, pues lograron el triunfo trece mujeres¹⁹ lo que representa un 28.26% de presidentas municipales en la entidad.

Por otro lado, según el Proyecto Atenea, Mecanismo de aceleración de la participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe desarrollado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Regional, ONU Mujeres e IDEA Internacional, el Índice de Paridad Política en México (IPP) es de 66.2 sobre un total de 100 puntos posibles²⁰.

El informe rendido en 2017 derivado de este proyecto, señala la aplicación del IPP con base en conceptos establecidos en los instrumentos internacionales adoptados por los Estados, y define el derecho a la participación política de las mujeres como: "El derecho (...) al acceso y la plena participación en la vida política y pública lo que implica un ejercicio real y efectivo del poder político así como del proceso de toma de decisiones en todas las esferas de la vida pública y política en igualdad de condiciones con los hombres y sin discriminación de ningún tipo"²¹.

A partir de esta definición, el IPP mide el estado del ejercicio de los derechos políticos de las mujeres desde una perspectiva paritaria con base en ocho dimensiones y cuarenta indicadores. A cada dimensión le es asignada una valoración de acuerdo a la ponderación de sus indicadores.

La primera dimensión es el compromiso nacional con la igualdad en la constitución y marco legal con valoración de 80; la segunda es el ejercicio de las mujeres del derecho al sufragio con 66.1; la tercera es la existencia de mecanismo de cuota o paridad con 86.1; la cuarta mide la presencia de mujeres en el poder ejecutivo y administración pública federal con 44.6; la quinta valora la presencia de mujeres en el poder legislativo federal (cámara baja) con 70.4; la sexta evalúa la presencia de mujeres en el poder judicial y el poder judicial electoral con puntaje de 64.5; la séptima, tasa la presencia de mujeres en los partidos políticos con 57.4 y el último puntaje mide la presencia de mujeres en el gobierno municipal con 60.2²².

De estas valuaciones podemos observar que si bien la primera dimensión refleja la realidad normativa del México garantista de los derechos humanos de la mano de la tercera dimensión con la existencia de cuotas y paridad, al mismo tiempo vemos que la sociedad igualitaria a la que aspira la democracia paritaria dista de ser una realidad pues en los poderes públicos en los que no existe cuota obligatoria como en los

poderes ejecutivo y judicial y en los propios partidos políticos es donde el país obtuvo las valoraciones más bajas.

IMPLEMENTACIÓN DE LA PARIDAD HORIZONTAL EN GUANAJUATO

Dentro de la etapa preparatoria, con motivo del proceso electoral en curso, el Consejo General²³ del Instituto Electoral del Estado de Guanajuato²⁴, por disposición legal, convocó a sesión especial el 6 de abril de 2018 para: proceder al registro de candidaturas a los cargos de presidencias municipales, sindicaturas y regidurías de los cuarenta y seis ayuntamientos de la entidad; negar el registro de candidaturas para algunos de esos ayuntamientos y determinar la fecha en que resolverían lo conducente sobre los registros pendientes.

Debido a que dos partidos políticos y una coalición²⁵ no cumplían con el principio de paridad en la vertiente horizontal, la aprobación de planillas se pospuso después de un intenso debate sobre qué debía hacerse ante el vacío procedimental de la ley, pues los partidos políticos presentaron sus solicitudes de registro de manera paritaria, pero algunas solicitudes no contaban con todos los requisitos legales por lo que el registro les fue negado al no resultar procedente²⁶, en consecuencia, quedaron menos planillas validas de las propuestas, situación que generaba un desequilibrio en el cumplimiento de la paridad, pues las planillas con inconsistencias eran principalmente de mujeres.

Refiere la LIPEG para el registro de candidaturas que:

"Artículo 184.- Los partidos políticos promoverán y garantizarán la paridad entre los géneros, en la postulación de candidatos a los cargos de elección popular para diputados al Congreso del Estado y de los presidentes municipales, síndicos y regidores".

"Artículo 185.- De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como integrantes del ayuntamiento

18 2 municipios de los 46 que existen en el estado de Guanajuato.

19 Instituto Electoral del Estado de Guanajuato. (12 de agosto de 2018). Obtenido de <https://ieeg.mx/integracion-de-ayuntamiento/>

20 ONU Mujeres, PNUD, IDEA Internacional (2017). Atenea, Mecanismo de aceleración de la participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe, La Democracia Paritaria en México: Avances y Desafíos. México. Página 12.

21 *Ibidem* Pág. 12.

22 *Ibidem* Págs. 15-16.

23 En adelante CG.

24 En adelante IEEG.

25 Partido de la Revolución Democrática, en adelante PRD. Movimiento Ciudadano, en adelante MC. Coalición Juntos Haremos Historia, en adelante Coalición integrada por los partidos MORENA, PT y PES.

26 Al PRD le negaron el registro de 3 planillas acuerdo CGIEEG/140/2018. A MC le negaron el registro de 13 planillas acuerdo CGIEEG/141/2018. A la Coalición le negaron el registro de 7 planillas acuerdo CGIEEG/142/2018.

que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el Instituto Estatal, deberán integrarse salvaguardando la paridad entre los géneros, conforme a la Constitución federal, la Constitución del estado y esta ley.

La planilla de candidatos a integrantes de ayuntamientos por el principio de mayoría relativa y representación proporcional deberán estar integradas de manera paritaria y alternada entre géneros, comenzando desde el candidato a presidente municipal y continuándola hasta agotar las fórmulas (párrafo 5).

De la totalidad de las solicitudes de registro de planillas de candidatos a integrantes de ayuntamiento, el cincuenta por ciento deberá estar encabezada por personas del mismo género (párrafo 6)".

"Artículo 186.- Hecho el cierre del registro de candidaturas, si un partido político o coalición no cumple con lo establecido en los artículos 184 y 185 de esta Ley, el Consejo General le requerirá en primera instancia para que en el plazo de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la notificación, rectifique la solicitud de registro de candidatura.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior si el partido político o coalición no realiza la sustitución de candidatos, el Consejo General le requerirá de nueva cuenta, para que en un plazo de veinticuatro horas, contadas a partir de la notificación, haga la corrección.

Entodocaso, ser respetará la autodeterminación de los partidos políticos para decidir sobre la sustitución de los registros de candidaturas a fin de cumplir con el principio de paridad.

En caso de no atender los requerimientos se sancionará con la negativa del registro de la totalidad de las candidaturas correspondientes.

En cumplimiento al acuerdo tomado en la pasada sesión, se convocó de nueva cuenta a otra sesión especial para el 11 de abril en la que tomaron diversos acuerdos: a algunas planillas de partidos políticos y aspirantes a candidatos independientes se les negó el registro; a los dos partidos y coalición que no observaron la paridad horizontal por inconsistencias en sus registros se les requirió para que realizarán el ajuste correspondiente en atención al principio de paridad horizontal en las solicitudes de registro de sus planillas postuladas a los municipios del estado de Guanajuato²⁷".

Estos acuerdos fueron votados por cuatro votos a favor y tres en contra²⁸; dos consejeros electorales formularon voto particular. Uno de los consejeros señala en su voto particular que:

Los partidos políticos y la coalición cumplieron con la paridad, pues postularon candidaturas de manera paritaria, que el hecho que les hubieran negado el registro a varias planillas fue lo que generó que se perdiera la paridad horizontal, lo que no es un hecho doloso atribuible al partido político. Considera que se violentan los principios de certeza, legalidad y seguridad jurídica, pues debió haberseles dicho a los partidos políticos previo al inicio del proceso electoral que en caso de negativa de algún registro debían observar la paridad del resto de planillas. Señala que los partidos y candidatos tienen derechos adquiridos y que están haciéndolos valer ante los tribunales, por lo que no existe certeza de que candidatos podrán iniciar las campañas. Argumenta también la violación al principio de legalidad, en razón de que no existe fundamento constitucional ni legal que establezca el supuesto de que los partidos políticos sustituyan las solicitudes postuladas a efecto de cumplir con el principio de paridad horizontal después de la postulación. Señala que los artículos 184 y 185 no señalan la situación concreta y no son aplicables ni por analogía. Refiere que además el IEEG está resolviendo el registro de candidaturas y que puedan ser impugnados, lo que pone en riesgo el proceso electoral pues los tribunales no han emitido resolución si son o no procedentes los registros²⁹.

Otro consejero en su voto particular argumenta:

Que el artículo 186 señala una obligación a cargo del CG para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en los numerales 184 y 185 para en su caso, requerir su cumplimiento. Que a su juicio el conjunto de disposiciones normativas busca garantizar en la postulación inicial, los partidos políticos y coaliciones presenten para su registro planillas encabezadas por hombres y por mujeres, en igual número. Refiere que el cumplimiento del principio de paridad es insoslayable y debe trascender a la etapa de registro, pero hay que construir la solución, pues el artículo 186 no es aplicable. Se requiere de un análisis de otros principios, el de certeza, legalidad y seguridad jurídica, por lo que es necesario armonizar el deber de los partidos políticos de postular candidaturas a los cargos de elección popular con el principio de paridad de género, con el derecho de ser votados. Refiere que a la paridad horizontal debe dársele un efecto útil para alcanzar la igualdad material en el acceso a los cargos de elección popular, en el caso concreto, su aplicación debe ponderarse con los principios de certeza y seguridad jurídica que rigen el proceso electoral y relacionarse con el derecho de autoorganización de los partidos políticos. Señala que la decisión tomada no brinda certeza al partido político ni a los ciudadanos y ciudadanas que fueron postulados por este, pues no resuelve ni hace referencia alguna respecto de la procedencia, o no, de las planillas restantes, lo que los mantiene en un estado de incertidumbre y con la posibilidad de que alguna o algunas puedan ser negadas y, bajo el criterio adoptado en el acuerdo ser requerido una o más veces adicionales para de nuevo recomponer las planillas. Lo procedente hubiera sido negar el registro de planillas, segundo aprobar los registros procedentes y tercero verificar la paridad³⁰.

Acuerdo CGIEEG/150/2018, a MC le negaron el registro de 13 planillas de las 44 que presentó, quedando pendientes 31, de las cuales 20 eran encabezadas por hombre y 11 por mujer.
Acuerdo CGIEEG/151/2018, a la Coalición le negaron el registro de 7 planillas de las 44 que presentó, quedando pendientes 37, de las cuales 22 eran encabezadas por hombre y 15 por mujer.

28 El CG se integra por siete consejeros electorales: el Presidente, tres consejeros y tres consejeras. Su renovación se da de forma escalonada.

29 Voto particular del consejero electoral Santiago López Acosta, obtenido a través de solicitud de acceso a la información pública folio 00665018.

30 Voto particular del consejero presidente Mauricio Guzmán Yáñez, obtenido a través de solicitud de acceso a la información pública folio 00665018.

27 Acuerdo CGIEEG/149/2018, al PRD le negaron el registro de 3 planillas de las 41 que presentó, quedando pendientes 38, de las cuales 20 eran encabezadas por hombre y 18 por mujer.

Cumplidos los requerimientos por parte de los partidos políticos para recomponer las planillas y cumplir con la paridad, estas finalmente fueron aprobadas en sesión especial del CG del IEEG del 15 de abril del año en curso³¹.

Inconformes MC y la Coalición, impugnaron los acuerdos de negativa del registro del seis de abril. MC recurrió ante el Tribunal Estatal Electoral de Guanajuato por lo que se radicó el expediente TEEG-REV-11/2018, dentro del cual se resolvió la revocación del acuerdo CGIEEG/141/2018 el once de mayo. La Coalición, per saltum, acudió a la Sala Monterrey del TEPJF y de igual manera el veinte de abril revocaron la negativa del registro y el requerimiento para recomponer la paridad dejando insubsistentes los acuerdos CGIEEG/142/2018 y CGIEEG/151/2018 y modificando parcialmente el CGIEEG/155/2018.

De nueva cuenta el IEEG debió sesionar en acatamiento a sendas resoluciones, para aprobar los registros de candidaturas para contender en la elección de ayuntamientos observando la paridad en sus dos vertientes.

Ante esta primera experiencia en la implementación de la paridad en su vertiente horizontal, se puede observar la fragilidad en la ejecución del principio de paridad constitucional, por lo que el riesgo de retroceso en detrimento de la sociedad guanajuatense es palpable.

Propuesta de reforma a la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato en materia de paridad.

La Norma Marco para consolidar la Democracia Paritaria resulta una guía para avanzar hacia su consolidación en el que la igualdad sustantiva y la paridad implican un compromiso del Estado, pero también de los partidos políticos como entidades de interés público que tienen entre sus fines permitir la renovación periódica del poder público y a la ciudadanía el acceder a los cargos públicos.

Es claro como lo señala Julio González que para los partidos políticos es un “factor muy importante que tomar en consideración y que consiste en la propia decisión de las candidatas para presentarse, de ahí que, en lo que haya que incidir sea en incentivar la libre concurrencia de los dos sexos a los procesos electorales”.

Por otro lado, afirma (Llanos, 2013) “la paridad no es un camino fácil, por lo que tejer fino las normas en las que se apoya resulta básico, además de que surgirán retos que se deberán enfrentar”.

De la experiencia narrada en el punto anterior considero conveniente proponer las siguientes modificaciones³² al articulado de la LIPEEG para apuntalar la paridad vertical y horizontal, así como medidas afirmativas que refuercen el principio de paridad constitucional en la postulación y registro de candidaturas.

“Artículo 184.- Las candidaturas:

Los partidos políticos promoverán y garantizarán la paridad entre los géneros, en la postulación y al momento en que se aprueba en el registro de candidatos a los cargos de elección popular para diputados al Congreso del Estado y de los presidentes municipales, síndicos y regidores”.

“Artículo 185.-

Las fórmulas de:

Tratándose de la postulación de fórmulas encabezadas por

hombres, la posición de suplente puede ser ocupada, de manera indistinta, por un hombre o una mujer.

En caso de que el partido político o coalición postule planillas de candidatos a integrantes de ayuntamientos en un número impar, será permitido que exista una planilla más encabezada por mujeres. alguno de los géneros”.

CONCLUSIÓN

Que la mujer pueda ser votada en igualdad de oportunidades y con paridad en los procesos electorales federales y locales tiene que cumplirse por ser un mandato constitucional y convencional, que deberá ponderarse proporcionalmente con otros principios, como el democrático y el de autoorganización de los partidos políticos, pero siempre bajo los principios de universalidad y progresividad en los derechos humanos, salvaguardando la certeza y seguridad jurídica que deben prevalecer en todo proceso comicial.

Al día de hoy existe la igualdad formal pero no la igualdad sustantiva, pues en la realidad la mujer se enfrenta a la discriminación y la violencia que está presente en la vida cotidiana, ya que es reproducida socialmente por la familia, los medios de comunicación, las escuelas, los centros de trabajo y en los todos los ámbitos del poder público.

Como lo han señalado organismos internacionales en las diversas convenciones, conferencias y consensos, mientras las mujeres no ocupen puestos de toma de decisiones políticas, en los que detenten poder, principalmente en el ámbito público, no habrá la generación de políticas públicas con perspectiva de género. Si bien un cuerpo de mujer, no implica necesariamente conciencia de género, resulta primordial la participación equilibrada en la toma de decisiones para que se dé un cambio estructural en la sociedad.

La paridad como principio constitucional no garantiza a las mujeres el ejercicio del poder público, por lo cual se debe llegar a la

³¹ Acuerdo CGIEEG/154/2018 aprobó las planillas del PRD; acuerdo CGIEEG/155/2018 aprobó las planillas de la Coalición; acuerdo CGIEEG/156/2018 aprobó las planillas de MC.

³² La propuesta de reforma se plasma en cursivas y negrillas.

transversalidad de la paridad, es decir, a la democracia paritaria que permita cambiar las estructuras familiares, educativas, sociales, culturales y económicas, no sólo enfocándose en el plano político, sino en todos los niveles y ámbitos de los poderes públicos y organizaciones privadas.

La paridad como medida permanente debe ser vista como la oportunidad de fortalecer la calidad y legitimidad de la democracia transformando a la población en una sociedad igualitaria.

La materia electoral como puntera en perseguir la igualdad real o sustantiva entre hombres y mujeres, debe ser vigilada para que sus avances impacten en el ejercicio pleno de los derechos político electorales de las personas, pues el riesgo de retroceso es tangible con cada nuevo proceso comicial. Además de que es ejemplo a seguir en la adecuación normativa y en experiencias de éxito que deben retomar los poderes ejecutivo y judicial, así como en el ámbito privado y académico.

El ejercicio de los derechos político electorales pareciera menor al ponerlo de frente a necesidades básicas de alimentación, salud, vivienda, educación y seguridad, pero ellos abren la puerta a mejorar las políticas públicas encaminadas al bienestar de la población al incidir de manera directa en el adelanto y pleno ejercicio de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bustillo, R. Equidad de Género y Justicia Electoral. Líneas Jurisprudenciales. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Carbonell, M. (2003). La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género. Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional.
- Dalton, M. D. (2014). Mujeres al poder. El impacto de la mayor representación de mujeres en políticas públicas. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Elizondo, R. (2017). Violencia Política contra la Mujer, una Realidad en México. México: Porrúa.
- Gilas, K. M. (2014). Con las cuotas no basta. De las cuotas de género y otras acciones afirmativas. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- González, J. (2009). Paridad en el gobierno de las Universidades Públicas. Revista española de Derecho Administrativo num.142 parte Estudios. Pamplona: Civitas.
- Llanos, B. (2013). La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina. Casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica. Lima: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral. Comisión Interamericana de Mujeres.
- Llanos, B. (Ed.)(2016). La Democracia Paritaria en América Latina. Los casos de México y Nicaragua. Comisión Interamericana de Mujeres.
- Pulido, M. (2006). Listas cremallera. Actualidad Jurídica Aranzadi Num.713 parte Tribuna.
- Varela, M. R. (2016). Mujeres en Campaña, Capacitación y empoderamiento de las candidaturas femeninas en la elección de 2015 en el estado de Guanajuato. México: IEEG, INE, Secularte.
- Vazquez, V. (2010). Mujeres y gobiernos municipales en México. Lo que sabemos y lo que falta por saber. Gestión y Política Pública. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/gpp/v19n1/v19n1a4.pdf>

DOCUMENTACIÓN

- CEPAL. (2007). Consenso de Quito. Décima Conferencia Regional sobre la Mujer. Quito: ONU.
- CEPAL. (2010). Consenso de Brasilia. Décima primera Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Brasilia: ONU.
- CEPAL. (2013). Consenso de Santo Domingo. Décima segunda Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Santo Domingo: ONU.
- CONMUJER. (2000). Informe de Ejecución. Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Pekín. México.
- Declaración de Atenas. (1992). Cumbre Europea «Mujeres en el Poder». Atenas.
- Declaración sobre la Violencia y Acoso Políticos contra las mujeres. Mecanismo de seguimiento a la Convención de Belém do Pará. (2015) Sexta Conferencia de los Estados parte de la Convención de Belém do Pará. Perú.
- Los editores (1 de marzo de 2017). Alcaldes de México.
- Medina, L. A. (13 de septiembre de 2009). ¿Quién es Juanito? El Siglo de Torreón.
- ONU Mujeres, PNUD, IDEA Internacional (2017). Atenea, Mecanismo de aceleración de la participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe, La Democracia Paritaria en México: Avances y Desafíos. México. Obtenido en: <http://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20>

mexico/documentos/publicaciones/2017/10/diagnostico%20atenea%20la%20democracia%20paritaria%20en%20mexico.pdf?la=es&vs=2919

- ONU Mujeres, Parlamento Latinoamericano y Caribeño. (2016). Norma Marco para consolidar la Democracia Paritaria, obtenido en: <http://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/norma%20marco%20de%20democracia%20paritaria.pdf?la=es&vs=2258>
- SCJN (2012). Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes. Obtenido de <http://www2.scjn.gob.mx>
- Riancho, D. M. (21 de enero de 2010). De las Adelitas a las Juanitas. Obtenido de <http://dulcesauri.blogspot.com/2010/01/de-las-adelitas-las-juanitas-la-lucha.html>

LEGISLACIÓN

- Código de Instituciones y Procedimientos Electorales:
 - DOF (24 de septiembre de 1993). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipec/COFIPE_abro.pdf
 - DOF (22 de noviembre de 1996). Obtenido de <http://www.dof.gob.mx>
 - DOF (24 de junio de 2002). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipec/COFIPE_ref10_24jun02.pdf
 - DOF (14 de enero de 2008). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipec_2008/COFIPE_abro.pdf
- Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato (27 de junio de 2014). Instituto Electoral del Estado de Guanajuato. Obtenido de <file:///C:/Users/Yari/Downloads/codigo-instituciones-procedimientos-elect-edo-gto-abrogado.pdf>
- Código Penal para el Estado de Guanajuato. POE (20 de diciembre de 2017). Congreso del Estado de Guanajuato.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:
 - DOF (12 de febrero de 1947). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_044_12feb47_ima.pdf
 - DOF (17 de octubre de 1953). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_053_17oct53_ima.pdf
 - DOF (14 de agosto de 2001). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_151_14ago01.pdf
 - DOF (11 de junio de 2011). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf
 - DOF (10 de febrero de 2014). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_216_10feb14.pdf
- Constitución Política para el Estado de Guanajuato:
 - POE (27 de junio de 2014). Congreso del Estado de Guanajuato. Obtenido de https://www.congresogto.gob.mx/uploads/ley/publicacion/119/PO_102_3ra_Parte_20140627_2348_18.pdf
 - POE (4 de abril de 2017). Congreso del Estado de Guanajuato.
- Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato:
 - POE (27 de junio de 2014). Congreso del Estado de Guanajuato. Obtenido de https://www.congresogto.gob.mx/uploads/codigo/publicacion/3/PO_102_4ta_Parte_27_de_junio_de_2014.pdf

- POE (26 de mayo de 2017). Congreso del Estado de Guanajuato.
- Ley Federal del Trabajo. DOF (30 de noviembre de 2012). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft/LFT_ref26_30nov12.pdf
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. DOF (11 de junio de 2003). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfped/LFPED_orig_11jun03.pdf
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida Libre de Violencia. DOF (1 de febrero de 2007). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgamvlg/LGAMVLV_orig_01feb07.pdf
- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. DOF (23 de mayo de 2014). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgipe/LGIPE_orig_23may14.pdf
- Ley General de Partidos Políticos. DOF (23 de mayo de 2014). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPP_130815.pdf
- Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. DOF (2 de agosto de 2006). Cámara de Diputados. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgimh/LGIMH_orig_02ago06.pdf



La Desaparición Forzada de Personas: México ante los Organismos del Sistema de Naciones Unidas

JUAN CARLOS
PÁRAMO VÁZQUEZ

TUTOR: DR. MANUEL LÓPEZ ESCUDERO



INTRODUCCIÓN

Bajo el contexto de la llamada “guerra contra la delincuencia organizada”, emprendida por el gobierno federal desde finales del año 2006, la situación de inseguridad y violencia en México se ha agravado. Una de sus causas y manifestaciones más notorias es la militarización de la seguridad pública en el país. En este contexto, resulta particularmente preocupante el incremento en la cifra de desapariciones forzadas.

La política de seguridad del Gobierno Calderón, según el informe de actividades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), tan solo durante 2010 el 33% de las quejas recibidas ante dicha instancia fueron dirigidas en contra de la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA), de cuyo total alrededor del 13% se referían a desaparición forzada de personas. En total, se han presentado 390 quejas por desaparición forzada ante la CNDH entre diciembre de 2006 y 2011, de las cuales 277 se registraron entre 2010 y 2011 (más del 70%). El incremento de quejas ante la CNDH sobre desapariciones ha sido sostenido, pasando de 4 quejas en 2006, a 153 en 2011.¹

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas (GTDFI) señaló, tras su reciente visita al país en el mes de marzo de 2011, que más de 3.000 personas habrían sido desaparecidas desde el 2006 y que el aumento en las desapariciones forzadas en México responde directamente a la estrategia emprendida por el Presidente Calderón para hacer frente a la problemática de seguridad pública en el país. En opinión del GTDFI, el despliegue de miles de elementos militares para realizar labores de seguridad pública ha fomentado la comisión de delitos puesto que las Fuerzas Armadas no se limitan únicamente a actuar como apoyo a las autoridades civiles y a aceptar sus órdenes, sino a realizar tareas que corresponden exclusivamente a dichas autoridades civiles. Por tal motivo, el grupo de expertos recomendó al Gobierno mexicano considerar en el corto plazo el retiro de las fuerzas militares de las operaciones de seguridad pública, por considerar estos patrones y tendencias de la desaparición forzada en México. En el contexto de la guerra contra la delincuencia organizada, miles de personas han sido detenidas por distintos cuerpos de seguridad, ya sean militares o policiales, quienes en muchas ocasiones no ofrecieron ninguna justificación para su detención. Cuando sus familiares se enteraron de la detención y solicitaron información a diversas autoridades, en la gran mayoría de los casos se negó la participación de las fuerzas de seguridad, dejando a los familiares sin información sobre sus seres queridos.²

Entre los elementos comunes de los casos de desaparición forzada encontramos que, una vez que se interponen denuncias formales, éstas no son investigadas como desaparición de personas u otro delito similar, argumentado que el delito no está tipificado o no hay elementos para generar una línea de investigación. En muchos de estos casos, los funcionarios públicos intimidan a las familias sugiriendo que debe haber alguna causa por la cual sus familiares fueron desaparecidos, por ejemplo algún vínculo con actividades ilícitas o bandas delincuenciales.

Este tipo de tratamiento es seguido de la negativa a investigar. A muchas de estas personas el mismo Ministerio Público les llega a recomendar que no presenten denuncias formales, argumentando que podrían sufrir posteriores represalias. En otras ocasiones, las autoridades obstaculizan las

investigaciones al clasificar éstas de un inicio como levantones o secuestros.³

Es importante señalar que el término levantón no es un término jurídico y no existe en ningún cuerpo penal. El término levantón se refiere a una desaparición cometida por la delincuencia organizada, en muchas ocasiones en contra de alguna banda rival. Finalmente, en aquellos casos en que se inicia una investigación, se han registrado serias deficiencias en la integración de los procedimientos. Human Rights Watch, en su más reciente informe sobre México, documenta que al conducir las investigaciones, en muchas ocasiones no se interroga a testigos clave, no se acude a la escena del crimen o no se investigan ciertas pruebas.⁴

Se ha identificado a cuatro grandes grupos de personas que son particularmente vulnerables a las desapariciones forzadas en el contexto actual: los defensores de derechos humanos; personas con algún tipo de militancia política o en movimientos sociales; personas migrantes; y personas que viven en lugares en los que se ha incrementado la violencia por el choque entre los cuerpos de seguridad nacional o pública y grupos de delincuencia organizada. Los defensores de derechos humanos, tal y como ha sido documentado por la OACNUDH, se encuentran en una situación de vulnerabilidad derivada del actual contexto de violencia, así como de la resistencia a cambios culturales, la persistencia de prácticas antidemocráticas y fuertes intereses económicos que la defensa de los derechos pone en riesgo.⁵ Sin embargo, la actual estrategia de seguridad pública ha tenido también un impacto directo en la ciudadanía en general, muchas veces en contra de personas inocentes no vinculadas al crimen organizado; en estos casos se trata de personas que no tienen ninguna militancia social o política, que son señaladas o estigmatizadas como miembros de organizaciones criminales por parte del Estado o que se encontraban en medio de operativos militares o policiales y fueron desaparecidas.

En muchos casos, la prensa ha registrado a estas personas como “víctimas de levantones”.

México es parte de la Convención Internacional para la Protección de Todas las

1 Informe de Actividades 2006-2011 Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

2 Desaparición Forzada en Ni Seguridad Ni Derechos – ejecuciones, tortura y desapariciones en la guerra contra el Narcotráfico en México. Human Rights Watch, 2011. Pp 125-158.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.

5 Observaciones finales del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. Naciones Unidas, 2011. Clave A/HRC/19/58/Add2.



JUAN CARLOS PÁRAMO VÁZQUEZ

Es licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato (UG), maestro en Derecho con especialización en Litigación Oral (LLM) por la California Western School of Law de San Diego California, maestro en Derechos Humanos por la Universidad de Granada (UGR), maestrante en Política Criminal por la Universidad de Salamanca España, y maestrante en Justicia Penal por la Escuela de Estudios e Investigación Judicial del Poder Judicial del Estado de Guanajuato. Tiene una especialidad en Sistema Interamericano por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Diplomado en Defensa Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Zaragoza, España, realizó un Curso Internacional en Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos por el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del MERCOSUR. Ha sido asesor jurídico del Bufete Jurídico Gratuito de la Universidad de Guanajuato. Primer oficial de la Cuarta Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato (STJE) en el período en el que se implementó el Nuevo Sistema de Justicia Penal en el Estado de Guanajuato, desde 2013 es parte de la Fiscalía Especializada en Investigación de Delitos de Alto Impacto (FEIDAI) de la Fiscalía General del Estado de Guanajuato. Desde 2015 es primer fiscal de oralidad adscrito a la Dirección de Litigación Oral de dicha fiscalía.

Personas contra las Desapariciones Forzadas, ratificada el 18 de marzo de 2008, así como de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), ratificada el 2 de abril del año 2002. Y ante ello México no ha dado muestras de poseer la voluntad política para cumplir con las sentencias de la CoIDH.

Sin embargo, al momento de ratificación de la Convención Interamericana, México presentó una reserva expresa al artículo IX “toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Respecto de esta reserva, el Estado mexicano ha expresado, en su informe sobre el cumplimiento de la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos⁶, entregado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a principios de 2011, que ha iniciado “el procedimiento interno correspondiente con miras al eventual retiro de la reserva”. Sin embargo, a pesar de haber hecho tal declaración ante la CoIDH, el Estado ha dado contantes muestras de no poseer la voluntad política para realizar estos cambios.

Asimismo, el Estado mexicano interpuso también la siguiente declaración interpretativa ante la CIDFP: “Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política, el gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención”.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su Tesis jurisprudencial 49/2004 determinó que “La mencionada declaración interpretativa, que señala que las disposiciones de ese instrumento internacional se aplicarán a los hechos que constituyan el delito de desaparición forzada de personas, el gobierno mexicano quiso significar que tales disposiciones no podrán aplicarse a aquellas conductas constitutivas de ese ilícito cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, pero no debe interpretarse en el sentido de que no se aplique a las conductas típicas de tal delito que habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición forzada de personas el carácter de permanente o continuo puede darse el caso de que las conductas comisivas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención”.

De igual forma ha sido estipulado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en reiteradas ocasiones ha señalado que el delito de desaparición forzada constituye una violación continua por ejemplo en el caso; Almonacid Arellano y otros VS Chile, por lo que podrá tener conocimiento de hechos que hayan sucedido previamente pero que no se hayan consumado al momento.

La reserva del Estado mexicano a la CIDFP contraviene lo establecido por

⁶ http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=360

⁷ TRUJILLO, ÁNGEL ALONSO. “La naturaleza permanente en el delito de desaparición forzada de personas y sus implicaciones penales”, biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pp. 68. Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/5.pdf>

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el sentido de garantizar que quienes investiguen las violaciones a derechos humanos no sean los órganos potencialmente implicados en su comisión pues, de lo contrario, se pone en duda la independencia e imparcialidad debidas.

Además, la reserva va en contra del fin y objeto del tratado, lo que según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hace inadmisibles la reserva.

La tipificación de la desaparición forzada en la legislación mexicana

A nivel federal, la desaparición forzada fue tipificada el 25 de abril de 2001 en el artículo 215-A del Código Penal Federal. No obstante, el tipo penal resulta inadecuado por lo que hace a la definición del sujeto activo, ya que restringe la autoría del delito únicamente a “servidores públicos”, dejando fuera de la definición a todas aquellas terceras personas que con el apoyo, autorización o aquiescencia del Estado cometan tal delito.

Además, el tipo penal reduce el “agente del Estado” presente en los estándares internacionales mediante la denominación de “servidor público”, el cual queda circunscrito únicamente al Poder Ejecutivo, lo cual, fue señalado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el caso Anzualdo Castro Vs. Perú⁸. Ésta deficiencia presenta un obstáculo para asegurarla sanción de todos los autores, cómplices y encubridores provenientes de cualesquiera poderes del Estado.

Estas consideraciones llevaron a la CoIDH a condenar al Estado mexicano en el caso Rosendo Radilla Pacheco (23 de noviembre de 2009) a reformar el artículo 215-A del Código Penal Federal, dada la inadecuación del tipo penal a los estándares internacionales, particularmente a los interamericanos. Sin embargo, a casi diez años de emitida la sentencia, el Estado aún no ha acatado dicha resolución. En cuanto a la tipificación del delito solo en las legislaciones locales, contemplan el delito de desaparición forzada de personas en su Código Penal, con lagunas y deficiencias en la definición y la determinación de los sujetos activos (Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Distrito Federal, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla y San Luis Potosí); en Michoacán se presentó una iniciativa, pero aún no ha sido aprobada por el Congreso. Asimismo, en Guerrero si bien no se ha incorporado el delito en las legislaciones penales, se cuenta hoy en día con una ley especial para el tema, y en Zacatecas se discute en el Congreso una ley similar. Cabe destacar que 16 entidades federativas no cuentan con un tipo penal de desaparición forzada ni es contemplada en alguna legislación especial local, lo cual genera mayores violaciones a los derechos humanos de las víctimas y sus familiares.

Aunado a la deficiencia en la tipificación del delito de desaparición forzada, la inexistencia de recursos judiciales efectivos amplía aún más la desprotección de las personas frente a este delito. El recurso que tutela la libertad e integridad personal en México es una modalidad del amparo que tiene como fin resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales, al no existir un procedimiento específico como el habeas corpus. El recurso judicial en mención está regulado por la Ley de Amparo; sin embargo, este que podría ser el medio jurisdiccional más efectivo al alcance de las personas en casos de desaparición forzada, resulta inefectivo habida cuenta de los requisitos de interposición y de ratificación que exige la demanda de amparo tal como se encuentra legislado actualmente, pues la Ley de amparo señala que se debe especificar, según el artículo 117, el lugar en que se encuentre el agraviado

así como la autoridad o agente que ejecute o trate de ejecutar el acto. Estos requisitos rematan la ineficacia del recurso dadas las exigencias procesales de exhibición personal o de identificación del paradero del agraviado y de la autoridad responsable del acto.

Además, según el artículo 17 de la misma ley, para la ratificación del amparo se requiere la presencia física del quejoso como indispensable para que la acción jurisdiccional tenga efecto, quien señala la propia ley no puede ser otro que la persona que ha sufrido la violación de garantías. Evidentemente este requisito no podrá ser cubierto en casos de desaparición, pues se desconoce el paradero de la víctima.

Por otro lado, la primacía de la jurisdicción militar en casos de violaciones a los derechos humanos en que se encuentran implicados militares dificulta aún más la interposición de un recurso frente a la desaparición forzada y promueve la impunidad de este crimen. Si bien el artículo 13 de la Constitución mexicana establece la prohibición estricta de que la jurisdicción militar atraiga casos en los que se encuentren involucrados civiles, una interpretación laxa y vaga del artículo 57 del Código de Justicia Militar (CJM) que establece la jurisdicción militar “para todos los delitos de la disciplina militar” ha permitido que todo acto ilícito cometido por militares sea atraído por la jurisdicción militar. Durante el mes de agosto de 2012, la SCJN retomó las discusiones sobre los alcances de la jurisdicción militar tras el análisis de 28 casos que se encontraban en tribunales militares. Tras un mes y medio de debates, la SCJN sentó el precedente jurídico de que todos los casos de violaciones de derechos humanos cometidos por militares donde se encuentren involucrados civiles deberán ser competencia civil. En uno de estos casos, la SCJN declaró el artículo 57 del Código de Justicia Militar inconstitucional, pero aún no ha sentado jurisprudencia sobre este asunto. Cabe mencionar en este respecto que la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) informó mediante solicitud de acceso a la información pública gubernamental (folio 0000700153309) que de 2001 a finales de 2009, la Procuraduría General de Justicia Militar no había conocido de ningún caso de desaparición forzada de personas y, “como consecuencia – indica la respuesta de SEDENA – no existen sancionados ni procesados”.

Existe un antecedente que por su trascendencia histórica y jurídica amerita una especial mención; lo es el caso de “Los 43 Normalistas desaparecidos

⁸ http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=279



de Ayotzinapa”: en Guerrero las tomas de autobuses se realizan desde hace años en muchas de las escuelas normales del país que, con un fuerte enfoque social, preparan a los jóvenes para ser maestros en pequeñas comunidades. Una práctica necesaria porque, ante el desinterés gubernamental por financiar este modelo educativo, permitía a los jóvenes buscar recursos para llevar a cabo sus actividades sociales y políticas, y que incluso llegó a contar con el aval tácito de empresas y autoridades. Sin embargo, aquella noche todo fue diferente. Los agentes cerraron el paso de cinco autobuses y dispararon para impedir que los muchachos salieran de la ciudad con los vehículos. Asesinaron a seis personas, entre ellas tres estudiantes, hirieron al menos a 40 más y detuvieron a 43 jóvenes que luego desaparecieron. Nadie los volvió a ver desde que la policía los amontonó en los asientos traseros de sus camiones.

Indagaciones llevadas a cabo por el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) demostraron que en los ataques, que se ejecutaron en nueve ubicaciones diferentes a lo largo de casi siete horas, además de fuerzas de seguridad públicas, también participaron miembros de la organización criminal Guerreros Unidos, estrechamente vinculada con las instancias estatales de Guerrero. Tanto el gobierno federal como el estatal construyeron varias descripciones de los hechos, minimizando el papel de la policía municipal, negando la participación de soldados y de policías estatales y federales, y atribuyendo toda la responsabilidad a Guerreros Unidos, cuyos miembros habrían asesinado y quemado los cuerpos de los jóvenes en la localidad de Cocula hasta hacerlos desaparecer casi por completo.

Pero la versión oficial, bautizada por las propias autoridades como “verdad histórica”, no calza con las declaraciones de los acusados y hay evidentes contradicciones que cuestionan su validez. Se ha documentado que las indagaciones oficiales se sostienen exclusivamente en supuestas confesiones –varias obtenidas bajo la tortura–, sin el respaldo de pruebas forenses, y que presentan violaciones graves al debido proceso y a los derechos humanos de los detenidos. Además, varias diligencias se llevaron a cabo fuera de la legalidad. De hecho, el primero de los dos informes emitidos por el GIEI ya descartó la posibilidad de que la quema de los 43 cuerpos se diera en el basurero de Cocula. “La mentira del gobierno federal se construyó a base de la tortura de detenidos, la siembra de

evidencias falsas en los lugares del basurero de Cocula y el llamado Río de San Juan, y la destrucción de evidencias clave”.⁹

Entre los señalados como presuntos responsables de practicar diligencias ilegales está Tomás Zerón, entonces director de la Agencia de Investigación Criminal (AIC) de la Procuraduría General (PGR). Sin embargo, cuando el presidente Enrique Peña Nieto supo de su implicación, en vez de suspenderlo, decidió premiarlo entregándole el cargo de secretario del Consejo de Seguridad Nacional, con dependencia directa de la Presidencia de la República. “El mensaje fue muy claro: el Estado protege a todos los que elaboraron y defendieron el encubrimiento de los ataques y la desaparición forzada masiva de los estudiantes”, asegura Gibler.

Pero la versión oficial va cayéndose a medida que avanzan las indagaciones de expertos y organismos internacionales. Hace unas semanas, Forensic Architecture, un grupo interdisciplinario de arquitectos, abogados y periodistas especializado en armar narrativas innovadoras de hechos complejos, presentó una cartografía interactiva de los hechos de Iguala que permite comparar la información oficial, contrastarla y cuestionarla. Lo cual advierte, sin duda el gran problema en la investigación de este tipo de delitos, la participación del Estado y sus corporaciones policiacas, que, aliadas con grupos del crimen organizado, trabajan sin duda para favorecer ciertos mandos.

2.- Normatividad

A fin de comprender de mejor manera las observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada sobre el Informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; así como el seguimiento que de estas observaciones realizó con posterioridad el mismo Comité, es que se optó por colocar en este apartado, la referencia normativa de carácter internacional en la cual se basan fundamentalmente las observaciones y el seguimiento a estas, no menos importante resulta el hecho de que por cuestión de espacio en el presente trabajo no se transcribirán dichos cuerpos normativos, pero si se inserta información suficiente para su ubicación, entendimiento e integración:

A.- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas

Clase de Instrumento: Tratado internacional.

Apertura firma: 20 de diciembre de 2006

Fecha de entrada en vigor internacional: 23 de diciembre de 2010

Vinculación de México: 18 de marzo de 2008 (Ratificación)

Fecha de entrada en vigor para México: 23 de diciembre de 2010

Publicación DOF: 22 de junio de 2011.

Este tratado viene a llenar un manifiesto vacío en la legislación internacional sobre derechos humanos al hacer explícita la prohibición sobre las desapariciones. Ahora, la gran tarea es asegurar que la nueva Convención sea aplicada lo más pronto posible para hacer realidad la esperanza de las víctimas y sus familias de que se haga justicia y se satisfaga el derecho a conocer la verdad. Esta Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada es un instrumento internacional jurídicamente vinculante que busca prevenir

⁹ GIBLER, JOHN. “FUE EL ESTADO”. LOS ATAQUES CONTRA LOS ESTUDIANTES DE AYOTZINAPA (UNA HISTORIA ORAL DE LA INFAMIA, Editorial Pepitas de Calabaza, año 2017. Pp. 45-61.

este fenómeno y reconocer el derecho de las víctimas y sus familiares a la justicia, la verdad y a una reparación. Consecuentemente la adopción de este instrumento representa un importante paso de la comunidad internacional para poner fin a esta práctica, que constituye una violación simultánea de varios derechos humanos, y en nuestro caso (México) una oportunidad invaluable para las víctimas directas e indirectas de estos tan lamentables sucesos.

La convención en comento recoge puntos específicos dentro de su cuerpo normativo que resultan ser:

- Prohibir expresamente que cualquier persona sea sometida a una desaparición forzada.
- Establece garantías en cuanto a la prohibición de la detención clandestina de cualquier persona en cualquier lugar.
- Confirma que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad.
- Incluye un concepto amplio de víctima –que puede extenderse a familiares de las personas desaparecidas— y se reconoce su derecho a: la justicia, a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada y el destino final de la persona desaparecida, a la reparación en sus múltiples dimensiones, y a recuperar los restos de las personas desaparecidas.
- Permite el uso de la jurisdicción universal para investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las desapariciones forzadas.
- Establece un órgano de vigilancia independiente (el Comité sobre Desaparición Forzada).

Como en el caso de otras convenciones internacionales, esta Convención establece un órgano encargado de vigilar el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones respectivas. Una vez vigente el tratado, el Comité contra la Desaparición Forzada estará integrado por diez expertos elegidos por los Estados Parte, por periodos de cuatro años. El Comité tendrá competencia sobre las desapariciones forzadas iniciado después de la entrada en vigor de la Convención, y sus funciones principales serán las siguientes:¹⁰

- Recibir informes periódicos de los Estados Parte sobre las medidas tomadas para implementar sus obligaciones, y hacer comentarios, observaciones y recomendaciones.
- Recibir y examinar peticiones sobre casos individuales de desaparición forzada, y transmitir sus observaciones y recomendaciones al Estado con el fin de localizar y proteger a la persona desaparecida.
- Recibir y examinar peticiones presentadas por un Estado Parte que alega el incumplimiento por parte de otro Estado de sus obligaciones bajo la Convención.
- Realizar visitas a los Estados, ya sea a solicitud de éstos o con base en información fidedigna que revele graves violaciones a la Convención dentro de su territorio, para luego ofrecer observaciones y recomendaciones.
- En caso de recibir información de una práctica sistemática y generalizada de la desaparición forzada, el Comité podrá llevar la cuestión con carácter urgente a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su consideración.

B.- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Clase de Instrumento: Tratado internacional.

Apertura a firma: 9 de junio de 1994.

Fecha de entrada en vigor internacional: 28 de marzo de 1996.

Vinculación de México: 9 de abril de 2002 (Ratificación).

Fecha de entrada en vigor para México: 9 de mayo de 2002.

Publicación DOF: 6 de mayo de 2002.

En el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, fue adoptada la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (CISDF) en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, y entró en vigor el 28 de marzo de 1996. A la fecha, la mayoría de los países miembros de la OEA habían ratificado el mencionado instrumento internacional a excepción de Brasil, Colombia, Ecuador, Honduras y Nicaragua.

En el caso de México, el 4 de mayo de 2001 realizó la firma del instrumento, ratificándolo el 9 de abril de 2002. El 18 de enero del mismo año se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto aprobatorio con una reserva, y días después, el 27 de febrero, bajo la denominación de “Fe de erratas” se publicó la declaración interpretativa a la misma convención, ambas objetos de nuestro análisis. La reserva, aunque puede ser aplicable a todo tipo de tratados, se justifica en aquellos de tipo multilateral, y esto es obvio por la cantidad de voluntades que se manifiestan y que hace necesario el consenso, para que el tratado pueda llegar a culminar.

Desde la doctrina, la reserva ha sido definida de diversas maneras, sin embargo, la definición más aceptada es la contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que la define como: “Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado, al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.¹¹ Aunque, como puede deducirse de la definición anterior, el objetivo de la reserva sea particularizar la aplicación de un tratado internacional, como ya sabemos, ésta tiene sus limitantes, pues la misma Convención de Viena en su artículo 19 señala que la reserva estará prohibida, cuando el tratado:

1.- Disponga que únicamente pueden hacerse

¹⁰ <http://acnurdh.org/convencion-internacional-para-la-proteccion-de-todas-las-personas-contra-las-desapariciones-forzadas/>.

¹¹ Rodríguez, Gabriela, El régimen de las reservas en los tratados de derechos humanos, UNAM, México, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, 2001, tesis de maestría, p. 69.



determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva de que se trate, tal es el caso, por ejemplo, de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el cual menciona, en su artículo 42, que se podrán formular reservas siempre y cuando no sean sobre los artículos 10., 30., 40., 16, párrafo 1; 33 y 36 a 46.

2.- Cuando la reserva esté prohibida por el tratado, como la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Introducción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, adoptado en Oslo el 18 de septiembre de 1997, que en su artículo 19 menciona que dicha convención no estará sujeta a reservas.

3.- Cuando la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado. En este supuesto se encuentra, entre otras, la Convención Interamericana de 12 de septiembre de 1985, para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual en su artículo 21, menciona que serán aceptadas las reservas siempre y cuando no sean incompatibles con el objeto y propósito de la convención.

La mencionada reserva, a la letra dice: “El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa a artículo IX, toda vez que la Constitución política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”.¹²

Podemos decir que siguiendo el sentido de la reserva, la postura del Gobierno mexicano se manifiesta en dos sentidos: por una parte, indicar que en el supuesto de que el sujeto activo fuera militar, éste no podrá ser sometido a la jurisdicción común, pues se encuentra revestido de fuero de guerra y dicha institución se encuentra elevada a rango Constitucional. Y por otro, para no poner en duda la supremacía Constitucional, expresar que la primera parte de la reserva no se ubicaría dentro del rubro

de jurisdicción especial prohibido por la Convención, ya que también en México, el artículo 14 Constitucional es claro en el sentido de que todo juicio debe ser seguido ante tribunales plenamente establecidos.

Hay que recordar que cuando se habla de fuero de guerra, no se está hablando de un privilegio, exención o preferencia otorgada a los militares, sino a la esfera de competencia de los tribunales marciales para conocer de los delitos y las faltas que en contra de la disciplina militar cometan los miembros de las fuerzas armadas, es decir una jurisdicción especializada.¹³ Aclarado lo anterior, el artículo 13 Constitucional habla precisamente del fuero de guerra, el cual subsistirá para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero también menciona que cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Aunque el Código de Justicia Militar, en su artículo 57, indica cuáles son los delitos contra la disciplina militar, quizás no sea necesario realizar un análisis de éste, si tomamos en cuenta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado para intentar dar luces sobre la correcta interpretación del mencionado artículo 13 Constitucional. Aunque en principio ésta ha adolecido de cierta inconsistencia, la SCJN se ha inclinado por la opinión de que en aquellas causas donde intervenga un civil el juicio se seguirá ante un juez común. Con base en lo anterior, y tratándose del delito de desaparición forzada que se encuentra contemplado en el artículo 215-A del Código Penal Federal, éste siempre se someterá a la jurisdicción común.

Además, por otra parte, en la reserva se menciona “...formula reserva expresa a artículo IX, toda vez que la Constitución política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio”. En relación con lo anterior, hay que mencionar que el delito de desaparición forzada no es, en ninguna circunstancia, una acción que se pueda realizar derivada de la actividad normal de un militar que se encuentra en servicio, por lo que la reserva no tendría razón de ser.

En relación con la declaración interpretativa, se tendrían que realizar cuestionamientos en varios sentidos, y el primero de ellos sería precisamente si fue correcta la ubicación de esta manifestación del Gobierno Mexicano dentro del rubro de las declaraciones interpretativas, es decir y retomando líneas anteriores, si la declaración interpretativa no estaría en realidad excluyendo o modificando los efectos jurídicos de la Convención en su aplicación, lo cual, de ser así, estaría dentro de la esfera de las reservas.

No es posible afirmar o negar lo anterior, si no nos detenemos en los efectos jurídicos que se pudieran derivar. Abordando el ámbito interno, hay que mencionar el principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 14 Constitucional, el cual se traduce como “el principio de que las leyes sólo deben ser aplicadas a los hechos ocurridos durante su vigencia”.¹⁴

Este principio es muy claro, sin embargo el problema se dará con aquellos hechos cuyas consecuencias jurídicas se continúan realizando cuando ha entrado en vigor una ley, y sería el caso de la desaparición forzada. En mi opinión, no se estaría violando dicho principio por el carácter de continuo del delito, es decir, que la consumación se prolonga en el tiempo, tal y como lo indica el artículo III de la Convención que menciona “...Dicho delito [el de desaparición forzada] será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

¹³ Bermúdez, Renato de, *Compendio de derecho militar mexicano*, 2a. ed. rev. y aum., México, Porrúa, 1998. Carlos, Alejandro, *Derecho militar mexicano*, 2a. ed. corr. y aum., México, Porrúa, 2000.

¹⁴ Ovalle Favela, José, “Opinión sobre el artículo 14 constitucional”, en varios autores, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cámara de Diputados, t. III, 2000, p. 84.

A mi juicio, los argumentos planteados en líneas anteriores con respecto a la declaración interpretativa son suficientes para afirmar que los efectos jurídicos que trae consigo, van en contra de los objetivos primordiales de la convención, por lo que debería sujetarse al régimen de las reservas.

C.- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

Clase de Instrumento: Resolución de la Asamblea General (AG) de las Naciones Unidas.

Fecha: Aprobada el 18 de diciembre de 1992.

Identificación Oficial: Resolución A/RES/47/133.

Dicho documento es una guía para la tarea encargada al Experto Independiente en este tema, y es pilar fundamental de la Convención Internacional sobre la misma materia, así como instrumento esencial de la labor del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias (GTDFI), todas ellas normas vigentes y mecanismos plenamente aceptados por México. La Declaración ha sido la herramienta siempre invocada por los familiares de las víctimas de desaparición forzada, los activistas y las organizaciones defensoras de los derechos humanos en sus exigencias frente a las autoridades para el cumplimiento estricto de sus obligaciones internacionales.

Ahora bien al respecto la Asamblea General de Naciones Unidas, considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, “el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, Teniendo presente la obligación impuesta a los Estados por la Carta, en particular por el Artículo 55, de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, preocupada por el hecho de que en muchos países, con frecuencia de manera persistente, se produzcan desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”.

Considerando que las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad, fue que se implementaron dichas declaraciones.

3.- Observaciones finales del Comité Contra la Desaparición Forzada sobre el Informe presentado por México en virtud del artículo 29, Párrafo 1, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas

El Comité contra la Desaparición Forzada examinó el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención (CED/C/MEX/1) en sus sesiones 119.^a, 120.^a y 121.^a (CED/C/SR.1119, 120 y 121), celebradas los días 2 y 3 de febrero de 2015. En su 133.^a sesión, celebrada el 11 de febrero de 2015, dicho Comité aprobó las diversas observaciones finales de las cuales re realizo un extracto de ellas y a continuación se detallan:

A. Introducción

El Comité acoge con satisfacción el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, elaborado de conformidad con las directrices para la presentación de informes, y la información en él expuesta. Asimismo, el Comité expresa su reconocimiento por el diálogo constructivo mantenido con la delegación de alto nivel del Estado parte sobre las medidas adoptadas para aplicar las disposiciones de la Convención.

El Comité agradece además al Estado parte sus respuestas por escrito (CED/C/MEX/Q/1/Add.1) a la lista de cuestiones (CED/C/MEX/Q/1).

B. Aspectos Positivos

El Comité celebra que el Estado parte haya ratificado la totalidad de los instrumentos fundamentales de derechos humanos de las Naciones Unidas y la casi totalidad de sus protocolos facultativos, así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

El Comité también saluda las medidas adoptadas por el Estado parte sobre aspectos que guardan relación con la Convención, incluyendo:

- a) Que se haya otorgado rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en los que México es parte, incluyendo la Convención.
- b) Que se haya reconocido en el artículo 29 de la Constitución que en ningún caso podrá restringirse ni suspenderse la prohibición de la desaparición forzada.
- c) La adopción de la Ley General de Víctimas en 2013.
- d) La adopción de una nueva Ley de Amparo en 2013.

El Comité saluda la puesta en marcha de una página web conteniendo información sistematizada sobre las recomendaciones internacionales en materia de derechos humanos realizadas al Estado parte y lo alienta a fortalecer su conocimiento y difusión.

El Comité observa con reconocimiento la existencia de una sociedad civil y una Comisión Nacional de Derechos Humanos dinámicas que contribuyen significativamente a la vigilancia de la aplicación de la Convención en el Estado parte.

El Comité observa con satisfacción que



el Estado parte haya cursado una invitación permanente a todos los titulares de mandatos de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos para que visiten el país. Al respecto, el Comité saluda la visita a México del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en 2011 y alienta al Estado parte a asegurarse de que todas sus recomendaciones sean aplicadas (A/HRC/19/58/Add.2, párrafos 79 a 113).

El Comité recuerda el intercambio de correspondencia con el Estado parte en relación con el mecanismo previsto en el artículo 33 de la Convención y espera el consentimiento del Estado parte para que la visita se realice en un plazo razonable.

C. Principales motivos de preocupación y recomendaciones

El Comité considera que el marco normativo en vigor así como su aplicación y el desempeño de algunas autoridades competentes no se conforman plenamente con las obligaciones de la Convención. La información recibida por el Comité ilustra un contexto de desapariciones generalizadas en gran parte del territorio del Estado parte, muchas de las cuales podrían calificarse como desapariciones forzadas,

incluso iniciadas a partir de la entrada en vigor de la Convención. El grave caso de los 43 estudiantes sometidos a desaparición forzada en septiembre de 2014 en el Estado de Guerrero ilustra los serios desafíos que enfrenta el Estado parte en materia de prevención, investigación y sanción de las desapariciones forzadas y búsqueda de las personas desaparecidas. El Comité alienta al Estado parte a aplicar sus recomendaciones, formuladas con un espíritu constructivo y de cooperación, con el fin de asegurar que el marco jurídico existente y su aplicación por las autoridades federales, estatales y municipales sean plenamente compatibles con los derechos y las obligaciones que establece la Convención. El Estado parte podría valerse de la oportunidad que ofrece el hecho de que actualmente se están discutiendo diversas iniciativas a nivel legislativo, en particular la posibilidad de adoptar una ley general en materia de desaparición forzada, para implementar las recomendaciones de las presentes observaciones finales.

INFORMACIÓN GENERAL

Procedimiento de acción urgente

El Comité saluda la cooperación del Estado parte en el marco de su procedimiento de acción urgente y toma nota de la información brindada en relación con los organismos involucrados en el tratamiento de peticiones de acción urgente y en la implementación de medidas cautelares otorgadas por el Comité (artículo 30).

El Comité insta al Estado parte a continuar cooperando con el Comité en el marco de su procedimiento de acción urgente y a garantizar el tratamiento inmediato y el seguimiento regular de todas las acciones urgentes y solicitudes de medidas cautelares y de protección remitidas por el Comité.

Comunicaciones individuales e interestatales

El Comité observa que el Estado parte aún no ha reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales e interestatales en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención. Al respecto, toma nota de la información proporcionada por la delegación de que se continúa evaluando el reconocimiento de la competencia del Comité en virtud del artículo 31 de la Convención (arts. 31 y 32).

El Comité alienta enérgicamente al Estado parte a reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales e interestatales en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención con miras a reforzar el régimen de protección contra las desapariciones forzadas previsto en la misma.

Estructura federal del Estado Parte

El Comité, mientras es consciente de los desafíos que plantea la estructura federal del Estado parte, observa con preocupación que, tanto a nivel legislativo como en la práctica, las distintas jurisdicciones presentan desiguales niveles de cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Al respecto, el Comité toma nota de las iniciativas presentadas con miras a reformar la Constitución Política a fin de facultar al Congreso de la Unión para, inter alia, expedir una ley general en materia de desaparición forzada.

El Comité, recordando el artículo 41 de la Convención, recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para asegurar que, tanto a nivel federal como estatal, la legislación y la práctica se ajusten plenamente a las obligaciones consagradas en la Convención. Al respecto, lo alienta a aprobar a la mayor brevedad posible una ley general que regule de manera integral los aspectos de la desaparición forzada contenidos en la Convención, en particular aquellos relativos a la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de las desapariciones forzadas así como a la búsqueda y situación legal de las personas desaparecidas. Asimismo, el Comité recomienda que se garantice la participación de las víctimas de desaparición forzada, las organizaciones de la sociedad civil y la CNDH en todo el proceso encaminado a la adopción de esta ley.

DEFINICIÓN Y TIPIFICACIÓN COMO DELITO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA (ARTÍCULOS 1 A 7)

Registro de personas sometidas a desaparición forzada

El Comité nota con preocupación la falta de información estadística precisa sobre el número de personas sometidas a desaparición forzada. Lo que impide conocer la verdadera magnitud de este flagelo y dificulta la adopción de políticas públicas que permitan combatirlo con efectividad. Al respecto, mientras toma nota de la Ley del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas (RNDPED), al Comité le preocupa su falta de reglamentación así como el hecho de que el registro no incluye información que permita determinar si la persona pudo haber sido sometida a desaparición forzada (artículos 1, 3, 12 y 24).

El Estado parte debería adoptar las medidas necesarias a fin de contar con un registro único de personas desaparecidas a nivel nacional que permita establecer estadísticas confiables con miras a desarrollar políticas públicas integrales y coordinadas encaminadas a prevenir, investigar, sancionar y erradicar este delito aberrante. Dicho registro debería, como mínimo: a) reflejar de manera exhaustiva y adecuada todos los casos de personas

desaparecidas, incluyendo información acerca del sexo, edad y nacionalidad de la persona desaparecida y lugar y fecha de desaparición; b) incluir información que permita determinar si se trata de una desaparición forzada o de una desaparición cometida sin ninguna participación de agentes estatales; c) permitir generar datos estadísticos respecto de casos de desaparición forzada aun cuando hayan sido esclarecidos; y d) ser completado con base en criterios claros y homogéneos y actualizado de manera permanente. En este contexto, el Estado parte debería valerse de la oportunidad que ofrece el hecho de que la reglamentación de la ley del RNDPED aún esté pendiente para asegurar que cumpla con los criterios antes expuestos. Asimismo, debería adoptar las medidas necesarias para garantizar que las autoridades encargadas de ingresar los datos pertinentes lo hagan de manera uniforme, exhaustiva e inmediata luego de que se tenga conocimiento de una desaparición.

Delito de desaparición forzada

El Comité observa con preocupación que algunas legislaciones del Estado parte no tipifican la desaparición forzada y que aquellas que la tipifican prevén penas disímiles y definiciones que no se ajustan a la definición de la Convención en todos los casos (artículos 2, 4, 6, 7 y 8).

Una mirada desde los organismos del sistema de Naciones Unidas

El Estado parte debería adoptar las medidas legislativas necesarias a fin de asegurar que a la mayor brevedad posible la desaparición forzada sea tipificada, tanto a nivel federal como estatal, como delito autónomo que se ajuste a la definición contenida en el artículo 2 de la Convención y que prevea penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad. A la luz del artículo 8 de la Convención, debería también garantizar que, en caso de que se aplique un régimen de prescripción al delito de desaparición forzada, el plazo del mismo sea prolongado y proporcionado a su extrema gravedad y que, teniendo en cuenta el carácter continuo de la desaparición forzada, se cuente a partir del momento en que cesa el delito.

Responsabilidad penal del superior jerárquico

El Comité, mientras toma nota de las iniciativas existentes en el Congreso de la Unión en las que se prevé la responsabilidad penal del superior



jerárquico, observa que la legislación vigente en la materia no se ajusta plenamente a la obligación que surge del artículo 6, párrafo 1(b), de la Convención (artículos 6).

El Comité recomienda que el Estado Parte adopte las medidas legislativas necesarias con miras a que, tanto en la legislación federal como en la estatal, se prevea específicamente la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos en los términos establecidos en el artículo 6, párrafo 1(b), de la Convención.

Desapariciones de migrantes

El Comité observa con preocupación la información que da cuenta de que habría numerosos casos de desaparición de migrantes, incluyendo niños, entre los cuales habría casos de desaparición forzada, así como los desafíos que esta situación dramática plantea en relación con la plena observancia de los derechos a la justicia y a la verdad consagrados en la Convención, en particular dado que los allegados de las personas desaparecidas normalmente no residen en el Estado Parte. Al respecto, el Comité toma nota de la información proporcionada por el Estado Parte en relación con la investigación de las desapariciones de migrantes y la búsqueda, atención y protección de los mismos, y de que está trabajando en el diseño de un mecanismo transnacional de búsqueda y acceso a la justicia (artículos 1, 3, 12, 15 y 24).

El Estado Parte debería, en cooperación con los países de origen y destino y con la participación de las víctimas y la sociedad civil, redoblar sus esfuerzos con miras a prevenir e investigar las desapariciones de migrantes; perseguir penalmente a los responsables; y proteger adecuadamente a los denunciantes, peritos, testigos y defensores. Asimismo, el mecanismo transnacional de búsqueda y acceso a la justicia debería garantizar: a) la búsqueda de las personas migrantes desaparecidas y, en caso de hallarse restos, su identificación y restitución; b) el relevamiento de información ante mortem y su integración a la Base de Datos Ante Mortem - Post Mortem; y c) que los allegados de las personas desaparecidas, independientemente del lugar en el que residan, tengan la posibilidad efectiva de obtener información y participar de las investigaciones y búsqueda de las personas desaparecidas.

RESPONSABILIDAD PENAL Y COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA (artículos 8 al 15)

Jurisdicción militar

El Comité, mientras acoge con beneplácito la reforma del Código de Justicia Militar de 2014 que excluyó la jurisdicción militar en relación con los delitos del orden común o federal cometidos por militares en contra de civiles, observa con preocupación que el mencionado Código aún conserva la jurisdicción militar en relación con los delitos del orden común o federal, incluyendo las desapariciones forzadas, que fuesen cometidos por un militar en contra de otro militar. El Comité considera que, por principio, los tribunales militares no ofrecen la independencia e imparcialidad requeridas por la Convención para abordar violaciones de derechos humanos como las desapariciones forzadas (artículo 11).

El Comité recomienda al Estado Parte que adopte las medidas legislativas necesarias a fin de asegurar que las desapariciones forzadas cometidas por un militar en contra de otro militar queden expresamente excluidas de la jurisdicción militar y solamente puedan ser investigadas y juzgadas por las autoridades civiles competentes.

Investigaciones de casos de desaparición forzada

El Comité toma nota de la información proporcionada por el Estado Parte acerca de las autoridades encargadas de llevar adelante las investigaciones cuando se produce una desaparición así como las acciones desplegadas al respecto. Asimismo, observa con beneplácito que la PGR se encuentra trabajando en la elaboración de un protocolo de investigación en materia de desaparición forzada, como fuera solicitado por el Consejo Nacional de Seguridad Pública. Sin embargo, el Comité se muestra preocupado por la impunidad respecto de los numerosos casos denunciados por desaparición forzada, que se expresa en la casi inexistencia de condenas por este delito. Al Comité le preocupan también los informes que dan cuenta de una serie de obstáculos que no permitirían que las investigaciones de las desapariciones forzadas se realicen de manera eficaz, incluyendo: a) el hecho de que en varios casos las autoridades competentes no habrían iniciado las investigaciones con la debida celeridad inmediatamente luego de haber recibido información acerca de una posible desaparición forzada; y b) la calificación de los hechos con base a otros delitos en numerosos casos en los que habrían existido indicios para suponer que se podría haber cometido una desaparición forzada (artículo 12).

El Estado Parte debería redoblar sus esfuerzos con miras a asegurar que, cuando haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, se proceda a realizar sin demora una investigación exhaustiva e imparcial, aun cuando no se haya presentado una denuncia formal, y que los presuntos autores sean enjuiciados y, de ser declarados culpables, sancionados de conformidad con la gravedad de sus actos. Asimismo, el Estado Parte debería:

- a)** Garantizar que, cuando haya indicios para suponer que se pudiera haber cometido una desaparición forzada, se proceda, sin dilación, a investigar de manera efectiva a todos los agentes u órganos estatales que pudieran haber estado involucrados, así como a agotar todas las líneas de investigación.
- b)** Fomentar y facilitar la participación de los allegados de la persona desaparecida en las investigaciones, sin que esto les confiera la responsabilidad de producir las pruebas necesarias para la investigación.
- c)** Garantizar la efectiva coordinación y cooperación entre todos los órganos encargados de la investigación y asegurar que cuenten con las estructuras y los recursos técnicos, periciales, financieros y de personal adecuado a fin de que puedan desempeñar sus funciones con celeridad y de manera eficaz.

d) Tomar las medidas necesarias para garantizar que las fuerzas del orden o de seguridad, sean civiles o militares, cuyos miembros se encuentren bajo sospecha de haber cometido una desaparición forzada no participen en la investigación.

El Comité alienta al Estado parte a que considere establecer en el ámbito de la PGR una unidad fiscal especializada en la investigación de las desapariciones forzadas que cuente con recursos adecuados, en particular personal específicamente capacitado en la materia; con una perspectiva estratégica a nivel nacional y transnacional sobre este fenómeno delictivo; que nutra las tareas de búsqueda; y trabaje de manera coordinada con otras agencias relevantes, en particular la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas.

Protección de las personas que denuncian y/o participan en la investigación de una desaparición forzada

El Comité toma nota de la legislación y mecanismos existentes para asegurar la protección de víctimas, testigos y denunciantes, así como del mecanismo de protección específico para personas defensoras de derechos humanos y periodistas. No obstante, le preocupan los informes que dan cuenta de la persecución y amenazas de las que habrían sido objeto los familiares de personas sometidas a desaparición forzada y los defensores de derechos humanos que trabajan para asistir a las víctimas, así como la carencia de información oficial sobre estos hechos. Asimismo, le preocupan los informes que dan cuenta de que agentes estatales habrían descalificado públicamente a algunas de estas personas y organizaciones (artículos 12 y 24).

El Estado parte debería

a) Redoblar sus esfuerzos para asegurar la implementación rápida y eficaz de las medidas de protección previstas en la legislación con miras a garantizar la efectiva protección de todas las personas a las que se refiere el artículo 12, párrafo 1, de la Convención contra todo maltrato o intimidación de los que pudieran ser objeto.

b) Incrementar sus esfuerzos con miras a prevenir y sancionar los actos de intimidación y/o malos tratos de los que pudieran ser objeto los defensores de derechos humanos que trabajan para combatir las desapariciones forzadas y asistir a las víctimas.

c) Documentar hechos de agresiones, amenazas e intimidaciones a fin de elaborar políticas de prevención y protección y facilitar una investigación eficaz de los hechos.

d) Asegurar muy especialmente que todos los agentes estatales se abstengan de realizar declaraciones públicas que pudieran descalificar, estigmatizar o poner en riesgo a los allegados de personas desaparecidas o a los defensores de derechos humanos que trabajan para combatir las desapariciones forzadas y asistir a las víctimas.

Desapariciones forzadas durante el período conocido como “guerra sucia”

Al Comité le preocupa que, a pesar del tiempo transcurrido, no ha habido avances significativos en la investigación y sanción de los responsables de las desapariciones forzadas que habrían sido perpetradas durante el período conocido como “guerra sucia” ni en relación con la búsqueda de las personas desaparecidas. Asimismo, y mientras toma nota de las dificultades que enfrenta el Estado parte para localizar a los familiares de todas las personas cuyas desapariciones forzadas fueron corroboradas por la CNDH en el marco de su recomendación 26/2001, al Comité le preocupa el lento progreso en materia de reparación. Por otro lado, el Comité toma nota del reciente informe final de la Comisión de la Verdad de Guerrero

y de lo expresado por la delegación de que se continuará trabajando con relación al mismo (arts. 12 y 24).

El Estado parte debería intensificar sus esfuerzos con miras a:

a) Asegurar que todos los casos de desaparición forzada que hubiesen sido perpetrados durante el período conocido como “guerra sucia” sean investigados sin demora y los presuntos autores enjuiciados y, de ser declarados culpables, sancionados de conformidad con la gravedad de sus actos.

b) Localizar, y en caso de fallecimiento identificar, a la mayor brevedad posible a todas las personas que hubiesen sido sometidas a desaparición forzada durante ese período.

c) Garantizar el derecho a la verdad respecto de lo ocurrido.

d) Garantizar que todas las víctimas, se relacionen o no con los casos corroborados por la CNDH, reciban reparación adecuada, que incluya los medios para su rehabilitación y sea sensible a cuestiones de género.

MEDIDAS PARA PREVENIR LAS DESAPARICIONES FORZADAS (Artículos del 16 al 23)

Registros de personas privadas de libertad

El Comité toma nota de la información brindada por el Estado parte acerca de los datos que deben ingresarse en el Sistema de Registro de Detenidos y en el Registro Administrativo de Detenciones. Sin embargo, lamenta no haber recibido información detallada acerca de los registros que se llevan en todos los lugares donde pueda haber personas privadas de libertad, como las estaciones migratorias o los centros de detención militar (artículos 17 y 22).

El Estado Parte debería adoptar las medidas necesarias para garantizar que:

a) Se proceda a la inscripción de todas las privaciones de libertad en registros y/o expedientes uniformes que incluyan, como mínimo, la información requerida en virtud del artículo 17, párrafo 3, de la Convención.

b) Todos los registros y/o expedientes de personas privadas de libertad sean completados y actualizados con precisión y prontitud.

c) Todos los registros y/o expedientes de personas privadas de libertad sean objeto de verificaciones periódicas y, en caso de irregularidades, se sancione a los funcionarios responsables.



Formación sobre la convención

El Comité toma nota de la información proporcionada por el Estado parte en relación con la formación en derechos humanos brindada a servidores públicos y observa con beneplácito que, en algunos casos, se ha brindado formación específica en materia de desaparición forzada. Sin embargo, el Comité observa que no se imparte capacitación específica y regular a todos los agentes federales, estatales y municipales sobre las disposiciones pertinentes de la Convención conforme a su artículo 23 (artículos 23).

El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para asegurar que, tanto a nivel federal como estatal y municipal, todo el personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, el personal médico, los funcionarios y otras personas que puedan intervenir en la custodia o el tratamiento de personas privadas de libertad, incluyendo los jueces, los fiscales y otros funcionarios encargados de la administración de justicia, reciban formación adecuada y regular acerca de las disposiciones de la Convención, de conformidad con el artículo 23 de la misma.

MEDIDAS DE REPARACIÓN Y DE PROTECCIÓN DE NIÑOS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS (artículos 24 al 25)

Derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada

El Comité acoge con beneplácito la adopción de la Ley General de Víctimas que, inter alia, contempla la reparación integral para las víctimas de delitos y violaciones de derechos humanos y establece que podrá considerarse víctima a una persona con independencia de que se identifique, aprehenda o condene al responsable del daño o de que participe en algún procedimiento judicial o administrativo. Asimismo, saluda la creación de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) para poner en práctica los amplios derechos de las víctimas garantizados en la ley. Sin embargo, al Comité le preocupa que la ley todavía no haya sido plenamente implementada, en particular a nivel estatal (art. 24).

A fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada de todas las personas que hubieran sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada, el Comité recomienda que el Estado parte:

- a) Intensifique sus esfuerzos con miras a asegurar que la Ley General de Víctimas sea plenamente implementada en todo el Estado parte a la mayor brevedad posible.
- b) Garantice que el acceso a la reparación y a una indemnización no se vea obstaculizado por cuestiones formales tales como la falta de implementación de la ley a nivel estatal.
- c) Tome medidas para asegurar que todas las instancias que tengan información de una víctima en el sentido de la ley procuren la inscripción de esta persona en el registro de víctimas de la CEAV.

Búsqueda de personas desaparecidas

El Comité toma nota de la información acerca de las medidas adoptadas con miras a buscar y localizar a las personas desaparecidas e identificar sus restos cuando hubieran fallecido, así como sobre el marco normativo aplicable en la materia, en particular el artículo 21 de la Ley General de Víctimas. Asimismo, observa con beneplácito el Grupo Especializado de Búsqueda Inmediata que se puso en marcha en la Procuraduría General de Justicia del Estado de Nuevo León. Sin embargo, observa con preocupación los numerosos informes que dan cuenta de las serias dificultades que existen en la práctica en materia de búsqueda de personas desaparecidas e identificación de restos. Al Comité le preocupan en particular los informes de que la búsqueda de las personas desaparecidas no siempre se inicia de forma inmediata (artículo 24).

A la luz del artículo 24, párrafo 3, de la Convención, el Estado parte debería redoblar sus esfuerzos con miras a la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, respeto y restitución de sus restos. En particular, debería:

- a) Garantizar en la práctica que cuando se tenga noticia de una desaparición se inicie la búsqueda de ocio y sin dilaciones de modo de acrecentar las posibilidades de encontrar a la persona con vida.
- b) Asegurar que la búsqueda sea llevada adelante por las autoridades competentes con la participación de los allegados de la persona desaparecida.
- c) Fortalecer la Base de Datos Ante Mortem – Post Mortem, asegurar que esté plenamente operativa en todas las entidades federativas a la mayor brevedad posible, y garantizar que sea completada con la información pertinente de todos los casos de personas desaparecidas, sin excepción, en estricta conformidad con los protocolos relevantes.
- d) Fortalecer la Base de Datos Genéticos de la PGR con miras a garantizar que incorpore información relativa a todas las personas que hubieran desaparecido en el Estado Parte.
- e) Garantizar la efectiva coordinación, cooperación y cruce de datos entre los órganos con competencia para la búsqueda de personas desaparecidas e identificación de sus restos cuando hubieran fallecido y asegurar que cuenten con los recursos económicos, técnicos y de personal necesarios.

Situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados

Al Comité le preocupa que la mayoría de las legislaciones vigentes en el Estado parte relativas a la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados no refleja con precisión la especificidad del fenómeno de la desaparición forzada. Al

respecto, y mientras nota con interés que en la Conferencia Nacional de Gobernadores surgió el compromiso de promover las reformas legislativas necesarias en la materia, el Comité observa que hasta el momento solo dos estados, Coahuila y Querétaro, han regulado la gura de ausencia por desaparición (artículo 24).

El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para asegurar que la legislación en todo el Estado parte establezca un procedimiento para obtener una declaración de ausencia por desaparición forzada con el n de regular de manera apropiada la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y la de sus allegados.

Legislación relativa a la apropiación de niños

El Comité observa con preocupación que en la legislación vigente, tanto a nivel federal como estatal, no se prevén disposiciones que específicamente sancionen las conductas relativas a la apropiación de niños contempladas en el artículo 25, párrafo 1, de la Convención (art. 25).

El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas legislativas necesarias con miras a incorporar como delitos específicos, tanto a nivel federal como estatal, las conductas descritas en el artículo 25, párrafo 1, de la Convención, que prevean penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

Difusión y seguimiento

El Comité desea recordar las obligaciones contraídas por los Estados al ratificar la Convención y, en ese sentido, insta al Estado parte a asegurarse de que todas las medidas que adopte, sean de la naturaleza que sean y emanen del poder que emanen, se conformen plenamente a las obligaciones que asumió al ratificar la Convención y otros instrumentos internacionales pertinentes. Al respecto, el Comité insta particularmente al Estado parte a garantizar la investigación eficaz de todas las desapariciones forzadas y la satisfacción plena de los derechos de las víctimas tal y como están consagrados en la Convención.

Asimismo, el Comité desea enfatizar la singular crueldad con la que las desapariciones forzadas afectan a los derechos humanos de las mujeres y los niños. Las mujeres que son sometidas a desaparición forzada son particularmente vulnerables a actos de violencia sexual y otras formas de violencia de género. Las mujeres que son miembros de la familia de una persona desaparecida son particularmente vulnerables a sufrir serios efectos sociales y económicos adversos, así como a padecer violencia, persecución y represalias como resultado de sus esfuerzos para localizar a sus seres queridos. Por su parte, los niños víctimas de desaparición forzada, ya sea porque ellos mismos son sometidos a desaparición o porque sufren las consecuencias de la desaparición de sus familiares, son particularmente vulnerables a múltiples violaciones de los derechos humanos, incluida la sustitución de su identidad. En este contexto, el Comité hace especial hincapié en la necesidad de que el Estado parte integre perspectivas de género y enfoques adaptados a la sensibilidad de los niños y niñas en la implementación de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de la Convención.

Se alienta al Estado parte a que difunda ampliamente la Convención, su informe presentado en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, las respuestas escritas que ha facilitado en relación con la lista de cuestiones preparada por el Comité y las presentes observaciones finales

para sensibilizar a las autoridades judiciales, legislativas y administrativas, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales que actúan en el Estado parte, así como a la población en general. Asimismo, el Comité alienta al Estado parte a que favorezca la participación de la sociedad civil, en particular las organizaciones de familiares de víctimas, en el proceso de implementación de las presentes observaciones finales.

De conformidad con su reglamento, el Comité solicita al Estado parte que facilite, a más tardar el 13 de febrero de 2016, información pertinente sobre la aplicación de las recomendaciones que figuran en los párrafos 18, 24 y 41. 50. En virtud del artículo 29, párrafo 4, de la Convención, el Comité solicita asimismo al Estado parte que presente, a más tardar el 13 de febrero de 2018, información concreta y actualizada acerca de la aplicación de todas sus recomendaciones, así como cualquier otra información nueva relativa al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención, en un documento elaborado con arreglo al párrafo 39 de las Directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención (CED/C/2). El Comité alienta al Estado parte a que, en el proceso de elaboración de esa información, fomente y facilite la participación de la sociedad civil, en particular de las organizaciones de familiares de víctimas.

4.- Informe de misión a México del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS.

19º PERÍODO DE SESIONES.

TEMA 3 DE LA AGENDA.

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS, CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO.

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS.

ADICIÓN MISIÓN A MÉXICO.¹⁵ (Distr. General 20 de diciembre de 2011, Original en Español)

RESUMEN

Por invitación del gobierno de México, el Grupo

¹⁵ El resumen del presente informe se distribuye en todos los idiomas oficiales. El informe propiamente dicho, que figura en el anexo del resumen, se distribuye únicamente en el idioma en que se presentó y en inglés.



de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias visitó el país del 18 al 31 de marzo de 2011. El objetivo de la visita consistió en conocer los esfuerzos de México en el tratamiento de las desapariciones forzadas, examinar el estado de las investigaciones, las medidas adoptadas para prevenirlas, erradicarlas y combatir su impunidad, así como temas relativos a la verdad, la justicia y la reparación.

El Grupo de Trabajo reconoce los diversos esfuerzos realizados por México en materia de derechos humanos, incluyendo la lucha contra las desapariciones forzadas, así como los desafíos planteados por la compleja situación actual en materia de seguridad pública que tiene lugar en el marco de la lucha contra el crimen organizado. No obstante, México debe seguir trabajando para lograr hacer efectivos los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de todas las víctimas de desaparición forzada.

El Grupo de Trabajo formula una serie de recomendaciones que abarcan desde la prevención, investigación, sanción y reparación de las víctimas de desapariciones forzadas, hasta la protección de grupos en situación de especial vulnerabilidad. Entre estas recomendaciones se destacan: garantizar que el delito de desaparición forzada sea incluido en los códigos penales de todas las entidades federativas y la armonización de la definición de la desaparición forzada de la legislación penal con lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes; garantizar la coordinación entre las autoridades responsables de la seguridad pública con el objetivo de prevenir e investigar adecuadamente la desaparición forzada de personas; garantizar la jurisdicción de los tribunales civiles en todos los asuntos relacionados con las desapariciones forzadas; establecer un programa nacional de búsqueda de personas que cuente con un protocolo de acción inmediata; y garantizar el derecho a la reparación integral a las víctimas de desaparición forzada.

En el presente trabajo se realizó un extracto puntual y específico de dichas recomendaciones las cuales se anotan a continuación.

INTRODUCCIÓN

Por invitación del Gobierno de México, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias visitó el país del 18 al 31 de marzo de 2011. El Grupo de Trabajo agradece al Gobierno dicha invitación, su positiva cooperación antes y durante la misión así como su apertura al

diálogo. Adicionalmente, agradece a las organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de familiares de personas desaparecidas forzosamente y, en particular, a los familiares que proveyeron información y testimonios. Finalmente, agradece a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por su valioso apoyo.

El Grupo de Trabajo felicita al Gobierno por haber ratificado todos los tratados fundamentales de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas, incluyendo la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, así como la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas. El gobierno de México tiene una invitación permanente para todos los Procedimientos Especiales de las Naciones Unidas.

El Grupo de Trabajo estuvo representado por la Sra. Jasminka Dzumhur (Bosnia y Herzegovina), el Sr. Ariel Dulitzky (Argentina), y el Sr. Osman El Hajjé (Líbano). El objetivo de la visita fue conocer los esfuerzos de México en el tratamiento de las desapariciones forzadas, examinar el estado de las investigaciones, las medidas adoptadas para prevenirlas, erradicarlas y combatir su impunidad, así como temas relativos a la verdad, la justicia y la reparación.

El Grupo de Trabajo visitó la Ciudad de México (Distrito Federal); Chihuahua y Ciudad Juárez (Chihuahua); Acapulco, Atoyac de Álvarez y Chilpancingo (Guerrero); y Saltillo (Coahuila). Sostuvo una serie de reuniones con funcionarios de alto nivel, incluyendo el Secretario de Gobernación y el Secretario de Seguridad Pública, así como con autoridades de las Secretarías de Relaciones Exteriores; Gobernación; Defensa Nacional (SEDENA); Seguridad Pública; el Sistema Nacional de Seguridad Pública; la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal; legisladores de las Cámaras de Senadores y Diputados del Congreso de la Unión; Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); integrantes de la Procuraduría General de la República (PGR) (en la Ciudad de México y en los estados de Chihuahua y Guerrero); así como con autoridades de los Gobiernos de Chihuahua, Guerrero y Coahuila. Visitó también la zona militar ubicada en Saltillo. Todas estas reuniones ayudaron al Grupo de Trabajo a comprender las políticas que el Gobierno mexicano está implementando y sustanciaron el presente informe.

Se reunió con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y las Comisiones de Derechos Humanos de Chihuahua, Guerrero, Coahuila y el Distrito Federal. También con numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG) nacionales e internacionales, familiares de personas desaparecidas forzosamente, personas que fueron víctimas de desaparición forzada y otros actores de la sociedad.

Desde su creación, y hasta su informe anual de 2010, el Grupo de Trabajo ha transmitido 412 casos al Gobierno de México. De éstos, 24 casos se han esclarecido sobre la base de la información suministrada por las fuentes, 134 se han esclarecido sobre la base de la información aportada por el Gobierno, 16 se han discontinuado y 238 siguen sin resolverse.

Estos datos, al igual que sucede con otros países, no son representativos de la dimensión de las desapariciones forzadas. El incremento del número de nuevos casos admitidos por el Grupo de Trabajo durante 2010, el gran número de nuevas alegaciones recibidas durante la visita así como el descubrimiento de varias fosas comunes en los últimos meses podrían indicar un deterioro en relación con las desapariciones forzadas en México.

El mandato del Grupo de Trabajo se relaciona con la desaparición forzada tal como se define en la Declaración sobre la protección de todas

las personas contra las desapariciones forzadas (la Declaración). Sin embargo, el Grupo de Trabajo condena todos los actos de desaparición independientemente del autor del crimen.

La misión a México y el presente informe se centran principalmente en dos períodos distintos en los cuales un gran número de desapariciones forzadas tuvieron lugar. Sin embargo, la mayoría de las recomendaciones son relevantes para cualquier caso de desaparición forzada independientemente del momento en que haya ocurrido. Durante el período conocido como la “Guerra Sucia”, desde finales de la década de 1960 hasta principios de la década de 1980, las fuerzas de seguridad llevaron a cabo una política de represión sistemática contra estudiantes, indígenas, campesinos, activistas sociales y cualquier sospechoso de ser parte de un movimiento de oposición. Los graves abusos cometidos incluyeron masacres de estudiantes en 1968 y 1971, la tortura, ejecución y desaparición forzada de cientos de disidentes y presuntos simpatizantes. Hasta hace algunos años, el Estado mexicano se negaba a reconocer la existencia de abusos cometidos por las fuerzas de seguridad. El Estado ha reorientado su curso y ha adoptado algunas medidas relacionadas con los crímenes cometidos durante la “guerra sucia”. Un informe oficial sostuvo que las administraciones de tres presidentes eran responsables de los crímenes, rechazando así la teoría de que las atrocidades fueron cometidas por iniciativa propia de policías o determinadas unidades militares. El segundo período de preocupación es la actual situación de seguridad en la que múltiples casos de desapariciones forzadas han sido y continúan siendo reportados. El Grupo de Trabajo es consciente de los diferentes contextos en los que estos dos patrones de desapariciones forzadas se desarrollaron y desarrollan en México, los cuales fueron debidamente tomados en cuenta. Sin embargo, observa con gran preocupación que, a pesar de estas diferencias, hay identidad de algunos patrones como la impunidad generalizada y la falta de la plena verdad y reparación para las víctimas.

MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL

México es un Estado federal con competencias divididas entre la Federación y las 32 entidades federativas (incluyendo el Distrito Federal). Además, existen más de 2.400 municipios con ciertas responsabilidades en temas de seguridad.

La estructura federal crea oportunidades para experimentar y para desarrollar diferentes niveles de protección. Por ejemplo, Guerrero aprobó en 2005 una legislación integral y detallada en la materia. Guerrero, Jalisco y Puebla han otorgado poder a las instituciones estatales de derechos humanos para abordar las desapariciones forzadas.

Sin embargo, son preocupantes las dificultades que la estructura federal crea en la implementación efectiva de la Declaración en todo el territorio nacional. La distribución de competencias; la ausencia de una ley general que regule todos los aspectos de la desaparición forzada; la existencia de fuerzas de seguridad a nivel federal, estatal y municipal, y la posibilidad de que los delitos sean investigados a nivel federal o estatal dependiendo de quién haya sido el autor imputado, diluyen la responsabilidad de las autoridades federales y locales. La mayoría de los servidores públicos, ONG y víctimas de desaparición forzada enfatizaron el problema de la falta de coordinación vertical y horizontal entre las autoridades gubernamentales en la prevención y en la búsqueda de las personas desaparecidas así como en su investigación. En sus reuniones con autoridades federales, se explicó que algunas de las tareas relacionadas con las desapariciones forzadas eran de competencia estatal. Por su parte, las autoridades estatales informaron que el Gobierno Federal es el que tiene

competencia en cuestiones centrales, tales como el combate al crimen organizado, los secuestros y el garantizar la seguridad mediante la presencia de la Policía Federal, el Ejército y la Marina.

La facultad de aprobar leyes es compartida por los estados y la Federación existiendo algunos delitos que son de competencia exclusiva de la Federación. La desaparición forzada es un delito autónomo en el Código Penal Federal desde 2001 y en la legislación penal de ocho estados (Aguascalientes, Chiapas, Chihuahua, Durango, Distrito Federal, Guerrero, Nayarit y Oaxaca). El Código Penal Federal y la legislación de los Estados que han tipificado la desaparición forzada no utilizan la misma definición ni aquella contenida en la Declaración. La mayoría se refiere sólo a actos cometidos por funcionarios públicos sin incluir la posibilidad de que las desapariciones forzadas sean perpetradas por grupos organizados o particulares que actúen en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o aquiescencia. La pena varía dependiendo de la jurisdicción. El castigo no es necesariamente proporcional a la gravedad del delito, comparado con el de otros crímenes como el secuestro. La prescripción queda excluida en la mayoría de las legislaciones (Distrito Federal, Chiapas, Durango y Chihuahua). En 2004, la SCJN estableció que el plazo para que opere la prescripción en un caso de desaparición forzada empieza a correr cuando el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su destino.

Las inconsistencias de la definición del delito de desaparición forzada en relación con la Declaración y otros instrumentos internacionales y la ausencia de tipificación autónoma en la mayoría de los estados contribuyen a la impunidad. Es preocupante que en 24 estados no se haya tipificado el delito. En estos Estados, las desapariciones forzadas son tratadas como abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad agravada, ejercicio indebido de las funciones públicas, delitos contra la administración de justicia, detención ilegal, secuestro o una combinación de algunos de estos delitos. Dichos delitos carecen del ámbito de aplicación necesario para abordar las desapariciones forzadas o la severidad de la pena no es apropiada. La propuesta presentada en 2010 por el Ejecutivo para modificar el delito de desaparición forzada a nivel federal para ajustarlo a los estándares internacionales se encuentra pendiente de aprobación en el Congreso de la Unión.

En junio de 2011, entraron en vigor importantes reformas constitucionales



en materia de derechos humanos que, en esencia, establecen que los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional. Las enmiendas consagran las obligaciones de todas las autoridades en relación con los derechos humanos y proporcionan mayor fuerza legal a las recomendaciones de los organismos públicos de derechos humanos. Otra reforma constitucional reconoce que las violaciones a los derechos humanos internacionalmente reconocidos pueden ser objeto del juicio de amparo. El Congreso de la Unión y las legislaturas locales deben armonizar la legislación federal y estatal con estos cambios constitucionales así como que los poderes judiciales adecuar su jurisprudencia al nuevo marco constitucional.

DESAPARICIONES FORZADAS EN EL ACTUAL CONTEXTO DE SEGURIDAD

México enfrenta una complicada situación en materia de seguridad pública debido al incremento de la violencia relacionada, principalmente, con el crimen organizado. La

violencia continúa a pesar de las detenciones y asesinatos de presuntos importantes integrantes de grupos delictivos, así como el decomiso de significativas cantidades de drogas y armas. Las organizaciones del crimen organizado han extendido sus actividades ilícitas a la trata de personas, los secuestros y la extorsión. El Grupo de Trabajo reconoce los esfuerzos del Gobierno para abordar esta compleja situación.

Un elevado número de secuestros y delitos con similitudes a las desapariciones forzadas son cometidos por grupos del crimen organizado. Sin embargo, no todas las personas desaparecidas habrían sido secuestradas por grupos del crimen organizado actuando de forma independiente; por el contrario, la participación del Estado en las desapariciones forzadas también está presente en el país. El Grupo de Trabajo recibió información concreta, detallada y verosímil sobre casos de desapariciones forzadas llevados a cabo por autoridades públicas o por grupos criminales o particulares actuando con el apoyo directo o indirecto de algunos funcionarios públicos.

Debido a la impunidad prevaleciente muchos casos que podrían encuadrarse bajo el delito de desaparición forzada son reportados e investigados bajo una - gura diferente o ni siquiera son considerados como delitos. En muchas ocasiones, los casos de desapariciones forzadas son eufemística y popularmente denominados "levantones". El Grupo de Trabajo recibió múltiples testimonios de casos en que la privación ilegal o arbitraria de la libertad era clasificada bajo delitos distintos, tales como el secuestro o el abuso de autoridad, o las personas son simplemente consideradas "extraviadas" o "perdidas" (particularmente en grupos como mujeres, menores y migrantes) sin una adecuada investigación para descartar la posibilidad de que se trate de una desaparición forzada.

El Grupo de Trabajo recibió información diversa sobre el número de desapariciones forzadas. La CNDH registró un aumento sostenido en el número de quejas recibidas sobre desapariciones forzadas, pasando de cuatro quejas en 2006 a 77 en 2010. El Programa de Personas Desaparecidas de la CNDH registró la presunta desaparición de 346 personas en el 2010. La PGR ha iniciado 63 averiguaciones previas por el delito de desaparición forzada (49 relacionadas con la “Guerra Sucia”).

Por su parte, organizaciones civiles reportaron que —de acuerdo con sus estimaciones— más de 3.000 personas habrían sido desaparecidas en el país desde el 2006. De acuerdo con la información recibida por el Grupo de Trabajo, algunas de éstas podrían calificarse como desapariciones forzadas debido a la participación directa o indirecta de agentes estatales.

Sólo mediante una investigación independiente, imparcial y completa se puede descartar una potencial desaparición forzada. Por ende, el número de casos de desaparición forzada no puede ser establecido a cabalidad sin la debida investigación.

Las autoridades federales sostuvieron que el 92% de los delitos cometidos en México se encuentran en el fuero local y no federal. Muchas autoridades federales sostuvieron que mientras las instituciones federales tienden a estar bien equipadas, contar con personal profesional y entrenado, las instituciones locales tienden a ser débiles, con menor desarrollo profesional y con pocos recursos humanos y financieros.

En diciembre de 2006, el gobierno federal decidió desplegar a las Fuerzas Armadas para realizar labores de seguridad pública. De acuerdo con la información recibida, las Fuerzas Armadas no se limitan a actuar como auxiliares de las autoridades civiles y a aceptar sus órdenes (como lo establecen la Constitución y los criterios de la SCJN), sino que realizan tareas que corresponden exclusivamente a las autoridades civiles. Estas operaciones consisten en el despliegue de miles de militares en zonas urbanas o en puntos estratégicos como carreteras y puestos de control y el registro de casas, individuos y automóviles, en muchas ocasiones sin contar con una orden judicial dictada por una autoridad civil competente. El gobierno informó que el uso de las Fuerzas Armadas es temporal y limitado a determinadas regiones del país sin que se informara de un plan para retirar a las tropas militares. Durante las reuniones con las delegaciones de la PGR en Chihuahua y Chilpancingo, así como con las autoridades de la base militar en Saltillo, el Grupo de Trabajo no recibió información clara y específica sobre el tipo de control que las autoridades civiles realizan cada vez que las autoridades militares detienen a civiles.

Un elevado número de elementos castrenses son titulares de la policía estatal (en seis entidades) o de las Secretarías de Seguridad Pública estatal (en 14 estados). Adicionalmente, un número significativo de los cuerpos de policía municipal son dirigidos por oficiales militares. SEDENA informó al Grupo de Trabajo que estos elementos militares (en la mayoría de los casos en retiro) no se encontraban bajo su supervisión.

La lógica y entrenamiento del ejército y la policía son diferentes y por lo tanto los operativos militares desplegados en el contexto de la seguridad pública deben ser estrictamente restringidos y adecuadamente supervisados por autoridades civiles. No es de extrañar que el número de quejas recibidas por la CNDH relacionadas con la SEDENA haya aumentado de 182 en 2006 a 1.230 en 2008; 1.791 en 2009; y 1.415 en 2010. De 2006 a 2010, la CNDH emitió más de 60 recomendaciones (22 solo en 2010) que confirman violaciones a derechos humanos cometidas por el Ejército. Las recomendaciones de la CNDH son, en muchas ocasiones, el único

registro público sobre las investigaciones de abusos cometidos por militares y, como tales, constituyen un instrumento fundamental para resaltar los patrones de violaciones a los derechos humanos. El Grupo de Trabajo fue informado que la discrepancia entre el número de recomendaciones emitidas y el número de quejas recibidas se debe a que la mayoría de las quejas serían resueltas o canalizadas sin que la CNDH hubiera realizado una investigación y determinado que no existió una violación lo cual sólo sucede cuando se emite un “Acuerdo de no Responsabilidad”.

El Grupo de Trabajo recibió información creíble en relación con detenciones que habrían sido cometidas por elementos militares en contra de civiles quienes habrían sido llevados a instalaciones militares. En muchas ocasiones, los elementos militares y de otras fuerzas de seguridad que realizaron las detenciones habrían utilizado los excesivamente amplios conceptos de cuasi-flagrancia y flagrancia equiparada que permiten a cualquier persona detener a otra varias horas e inclusive días después de la comisión de un delito. La eliminación del texto constitucional de la flagrancia equiparada en 2008 entrará en vigencia a más tardar en 2016. El Grupo de Trabajo también recibió documentación detallada de varios casos de desaparición forzada que habrían sido perpetrados por elementos militares en múltiples estados como Coahuila, Guerrero, Chihuahua, Nuevo León y Tamaulipas. Finalmente, la presencia de las fuerzas militares se ha extendido más allá de las funciones de las operaciones de seguridad. El Grupo de Trabajo recibió alegaciones acerca de casos en los que personal militar habría interrogado a personas detenidas y de casos en los que se habría utilizado la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Grupo de Trabajo también recibió información respecto a elementos del ejército y otras fuerzas de seguridad que habrían estado involucradas en desapariciones forzadas por cortos períodos de tiempo. Supuestamente, no se habría reconocido la detención y sólo después de varios días se habría presentado a la persona detenida ante las autoridades civiles.

Adicionalmente México ha implementado una profunda reforma para fortalecer sus políticas de seguridad y para armonizar e integrar en el sistema de seguridad a la policía federal, local y municipal. El Grupo de Trabajo entiende los retos que enfrenta este sistema al requerir la coordinación, armonización y complementariedad entre la Policía Federal,



la Policía de las 32 entidades federativas y las más de 2.400 policías municipales que poseen una enorme diferencia en su entrenamiento, equipos y mecanismos de rendición de cuentas.

Las fuerzas federales fueron reestructuradas en 2009 a fin de dotar a la Policía Federal con nuevas y mayores atribuciones investigativas, integrando la Policía Federal Preventiva y la Agencia Federal de Investigaciones en una sola corporación con cerca de 30.000 miembros. Para complementar este esfuerzo, el Gobierno está implementando medidas para profesionalizar, capacitar y modernizar a las fuerzas policiales en los tres niveles de Gobierno. También se creó una plataforma integral de comunicación conocida como Plataforma México que compila y analiza información y vincula a las fuerzas policiales de todo el país a una base de datos centralizada y a un sistema de inteligencia.

El Grupo de Trabajo no recibió información relacionada con la existencia e implementación de mecanismos de supervisión del uso de la fuerza por elementos policiales y militares. La Secretaría de Seguridad Pública cuenta con un convenio de cooperación con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para promover e integrar las normas en el uso de la fuerza por parte de la policía. Sin embargo, sólo la policía del Distrito Federal tiene un marco legal regulatorio relacionado con el uso de la fuerza. La Secretaría de la Marina cuenta con una directriz en esta materia. El resto de las fuerzas de seguridad federales y locales carecen de una normativa específica sobre el uso de la fuerza. El Gobierno informó que la SEDENA cuenta con lineamientos sobre el uso de la fuerza acordes a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y racionalidad. El Grupo de Trabajo no recibió una copia de estos lineamientos ni información concreta sobre su contenido cuando se le preguntó a las autoridades en la base militar de Saltillo. En 2009, la Cámara de Diputados aprobó la Ley que Regula el Uso de la Fuerza por los Integrantes de las Instituciones de seguridad pública, que está pendiente de aprobación en el Senado. La experiencia del Grupo de Trabajo demuestra que estos marcos legales son indispensables para limitar el uso excesivo de la fuerza pública y para prevenir las desapariciones forzadas.

Apartados de la reforma constitucional de 2008 destinada, entre otros, a combatir el crimen organizado socavan la protección en contra de las desapariciones forzadas. La reforma consagró la gura del arraigo cuando

una persona es investigada por delitos graves o por crimen organizado. Una persona puede ser detenida bajo arraigo por 40 días en casas de seguridad, período que puede ser extendido hasta por 80 días como máximo, sin cargos y con un contacto muy limitado con abogados y familiares. Su paradero es frecuentemente desconocido. El Grupo de Trabajo recibió información de casos en los que una persona que era objeto de una desaparición transitoria después era presentada a las autoridades locales o federales y puesta bajo arraigo.

La reforma constitucional de 2008 establece el registro obligatorio de toda detención, estipulado también en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Dicha ley, pendiente de su completa implementación, establece que la Policía y los Ministerios Públicos deben informar a todo aquel que lo solicite sobre la detención de una persona. Dicho registro es una de las bases de datos menos desarrolladas por el Sistema Nacional de Seguridad Pública ya que las diferentes fuerzas policiales aún no comparten un procedimiento de detención unificado ni una base de datos centralizada. El proyecto de código federal de procedimientos penales también regula de manera detallada la obligación de las autoridades para llevar a cabo el registro de detención.

EL DERECHO A LA JUSTICIA

La impunidad para los delitos en general, y para las desapariciones forzadas en particular, permanece como el reto principal en México a nivel federal y local. Menos del 25% de los delitos son denunciados y sólo el 2% resulta en una sentencia condenatoria. El Grupo de Trabajo sólo fue informado de dos sentencias condenatorias por el delito de desaparición forzada, mismas que se encuentran en apelación, a pesar del alto número de delitos reportados. La SCJN informó que, de los más de 64.000 casos que ha conocido desde 1995, solo uno trataba del delito de desaparición forzada. Este caso no abordó la responsabilidad penal de los acusados ni los derechos de las víctimas, sino que se trató de una controversia constitucional sobre la aplicación de un tratado internacional.

El Grupo de Trabajo ha recibido información extensa y consistente sobre el temor que desanima a las víctimas a denunciar o insistir en las investigaciones sobre desapariciones forzadas. De acuerdo con varias fuentes, las autoridades —especialmente los Ministerios Públicos— intentan desacreditar a las personas desaparecidas declarando que estaban involucradas con grupos delictivos sin ninguna evidencia o investigación en su contra. En varios casos, familiares de las personas desaparecidas forzosamente han sido objeto de intimidaciones, amenazas y represalias por haber exigido una adecuada investigación.

El Grupo de Trabajo observó severos problemas en relación con las investigaciones de desapariciones forzadas, incluyendo omisiones, retrasos y falta de debida diligencia. Muchos Ministerios Públicos se niegan a recibir denuncias de desapariciones forzadas aceptando sólo iniciar actas circunstanciadas por lo cual no inician una adecuada investigación ministerial. Muchos expedientes sobre desapariciones forzadas han sido declarados “en reserva”. En la mayoría de las investigaciones, las únicas pruebas son aquellas ofrecidas por los familiares. Muchas autoridades, tanto civiles como militares, se niegan a colaborar con las autoridades investigadoras. En muchos casos los ministerios públicos consignan por delitos menores en lugar del delito de desaparición forzada (en aquellas entidades donde se encuentra tipificado) y los jueces no utilizan sus atribuciones para reclasificar los delitos.

En 2008 una importante reforma constitucional cambió el sistema penal de un modelo mixto a uno acusatorio. Si bien varios estados han emprendido acciones al respecto, sólo ocho han armonizado sus procedimientos penales con los cambios constitucionales. Los demás estados tienen plazo hasta el 2016. A pesar de los esfuerzos principalmente del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, el nuevo sistema todavía debe ser incluso implementado a nivel federal. Es necesaria una nueva cultura jurídica para garantizar el éxito del sistema acusatorio. Si la policía y los Ministerios Públicos no están adecuadamente entrenados y supervisados, el impacto del nuevo sistema para terminar con el patrón de impunidad será mínimo.

Los familiares de personas desaparecidas forzosamente también han recurrido al juicio de amparo, el cual ha resultado ser insuficiente debido a la interpretación de los artículos 17 y 117 de la Ley de Amparo. Muchos jueces de amparo solicitan a los quejosos que identifiquen a la autoridad responsable por la violación a los derechos constitucionales de la víctima, cuando en casos de desaparición forzada la identidad del perpetrador es muchas veces desconocida. Además, múltiples jueces requieren a los familiares identificar el lugar donde se encuentra la persona detenida y la ratificación de la demanda de amparo por la víctima directa, requisitos de cumplimiento imposible en el caso de desapariciones forzadas. El Grupo de Trabajo entiende que las recientes reformas constitucionales harán más efectiva la gura del amparo en los casos de desapariciones forzadas.

El artículo 13 de la Constitución excluye expresamente la aplicación del fuero militar en casos donde están involucrados civiles sin que se pueda extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Sin embargo, el artículo 57 del Código de Justicia Militar define como delitos ordinarios aquéllos contra la disciplina militar y, por lo tanto, sujetos a la jurisdicción castrense cuando sean cometidos por militares “en los momentos de estar en servicio o con motivos de actos del mismo”. Esta legislación ha sido utilizada para que las alegaciones de violaciones de derechos humanos, incluyendo desapariciones forzadas, cometidas por elementos castrenses sean casi siempre conocidas por la jurisdicción militar.

En tanto el fuero militar carece de la necesaria independencia e imparcialidad para abordar violaciones a los derechos humanos, el derecho de acceso a la justicia les es negado a las víctimas y sus familiares y es un obstáculo clave para poner fin a la impunidad de violaciones a derechos humanos, incluidas las desapariciones forzadas. Hasta ahora el juicio de amparo ha resultado ser ineficaz para controvertir los alcances de la jurisdicción militar. En 2009, la SCJN resolvió que los familiares de una víctima de una ejecución extrajudicial por parte de elementos militares no contaban con el derecho constitucional para impugnar a través del amparo la jurisdicción militar. Estos obstáculos deberían ser eliminados luego de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo, así como a la luz de la decisión de la SCJN respecto a la implementación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Coidh) en el caso *Rosendo Radilla vs. México*, la cual es saludada por el Grupo de Trabajo.

La SEDENA ha aceptado todas las recomendaciones emitidas por la CNDH en relación con los abusos cometidos por autoridades militares. Sin embargo, las investigaciones relacionadas con estos abusos continúan en el ámbito del fuero militar y sin sanciones en el caso de las desapariciones forzadas.

En 2010, el Presidente presentó una iniciativa de reforma al Código de Justicia Militar excluyendo del fuero castrense los delitos de desaparición forzada, violación sexual y tortura. La iniciativa, pendiente de aprobación

en el Senado, limitaría el alcance de la jurisdicción militar. No obstante, también debe establecer que las investigaciones de casos de desaparición forzada cometidos por elementos castrenses deben ser investigadas por autoridades civiles. Adicionalmente cualquier reforma legislativa que sólo excluya el delito de desaparición forzada de la jurisdicción militar podría incentivar a que los fiscales militares investiguen y consignen por delitos distintos a fin de mantener la jurisdicción militar.

El derecho a la justicia en casos de desapariciones forzadas ocurridas en el contexto de la “guerra sucia”

La impunidad afecta a todos los casos de desaparición forzada. Sobre aquellos perpetrados durante la “Guerra Sucia” sólo el 2,5% de los casos investigados habrían resultado en el inicio de una averiguación previa y de éstos, sólo 20 habrían sido consignados. En menos de la mitad de estos casos se habría obtenido una orden de aprehensión y, de hecho, no habrá sido por el delito de desaparición forzada sino por el de privación ilegal de la libertad. La PGR informó que 49 averiguaciones previas continúan abiertas actualmente, pero que ninguna autoridad ha sido sentenciada ni se encuentra detenida o esperando ser juzgada por desaparición forzada. En su reunión con el Grupo de Trabajo, la PGR no aportó ninguna información específica respecto a las líneas de investigación, los avances sustantivos en las indagatorias, la posibilidad de nuevas acusaciones y los canales de comunicación con los familiares de las personas desaparecidas forzosamente. Solamente informó que 149 averiguaciones previas fueron concluidas (69 con la determinación de no ejercicio de acción penal; 29 debido a la falta de competencia; 27 por haber sido acumuladas a otros procesos penales y una que se encuentra en reserva a la espera de nuevos elementos).

Algunas investigaciones fueron transferidas de la PGR al fuero militar a pesar de que el artículo 16 de la Declaración prohíbe el uso del fuero militar para investigar y sancionar los delitos de desaparición forzada. El Procurador General de Justicia Militar no informó al Grupo de Trabajo sobre ningún caso de desaparición forzada perpetrado durante la “Guerra Sucia” que haya resultado en la condena de algún elemento militar.

El Grupo de Trabajo celebra el criterio judicial establecido por la SCJN en el caso *Rosendo*



Radilla relativo a una desaparición forzada en el contexto de la “Guerra Sucia”, en Julio de 2011 pues facilita la completa implementación de las sentencias de la ColDH, muchas de las cuales coinciden con las recomendaciones hechas por el Grupo de Trabajo.

EL DERECHO A LA VERDAD

El Grupo de Trabajo observa que muchas de las familias de las personas desaparecidas y muchos otros sectores de la sociedad mexicana demandan conocer la verdad sobre la suerte o el paradero de sus seres queridos.

EL DERECHO A LA VERDAD EN GENERAL

México carece de una política integral para hacer frente al fenómeno de las desapariciones forzadas, incluyendo la búsqueda de las víctimas, la identificación de restos y la exhumación de cadáveres. Además, adolece de una base de datos centralizada sobre personas desaparecidas y de acceso a la información sobre los casos de desapariciones forzadas. Tampoco existe la exigencia de la emisión de una amplia hoja de datos con la necesaria descripción física para realizar la búsqueda, localización e identificación de la persona desaparecida. En los casos en los que existe una hoja de datos sobre una persona desaparecida, usualmente ésta no es distribuida en hospitales, centros de detención, carreteras o a las autoridades encargadas de localizar personas extraviadas en otras entidades.

La Plataforma México no ha sido utilizada para prevenir, determinar la suerte o el paradero de víctimas de desapariciones forzadas, ni para encontrar posibles fosas clandestinas así como tampoco para la completa y adecuada identificación de los cuerpos encontrados en dichas fosas clandestinas.

Un gran número de autoridades se negaría a registrar casos de desapariciones dentro del período de 72 horas después de que ocurrió la desaparición. Este período es fundamental para obtener información sobre la suerte o el paradero de la persona sujeta a desaparición forzada y evitar su asesinato.

En el municipio de Ciudad Juárez (Chihuahua), se implementó el llamado Protocolo Alba para la recepción, reacción y coordinación entre las autoridades municipales, estatales y federales en casos de

mujeres y niñas desaparecidas. El Protocolo establece un mecanismo para la recepción, reacción y coordinación entre las autoridades de los tres niveles de Gobierno en casos de niñas o mujeres extraviadas en Ciudad Juárez. Si bien el Protocolo es un paso positivo, su aplicación geográfica es limitada, solo se utiliza en casos de “alto riesgo” de desaparición de niñas y mujeres y ha sido activado en muy pocas ocasiones.

No existen reglas claras para realizar procesos de exhumación e identificación de restos mortales así como tampoco para su almacenamiento. Esto es importante para proteger la información genética de los desaparecidos y sus familiares que cobra particular relevancia en el caso de la “Guerra Sucia”, ya que algunos de los familiares han muerto debido a su avanzada edad. Sólo el estado de Chihuahua desde 2009 tiene una ley reglamentaria estableciendo una base de datos con información genética. El CICR está colaborando con las autoridades mexicanas para establecer nuevos procedimientos para identificar restos conforme a protocolos internacionales.

En los últimos meses se han descubierto muchas fosas clandestinas. Estos descubrimientos no habrían resultado de un esfuerzo concertado del Gobierno en la búsqueda de personas desaparecidas. La identificación de los restos en dichas fosas demuestran diferentes insuficiencias tales como falta de equipos forenses profesionales para identificar propiamente los cuerpos, la notificación a los familiares, el cruzamiento de la información con diferentes bases de datos y conservación de archivos suficientes de aquellos cuerpos que fueron enterrados en cementerios municipales.

La CNDH tiene registrados 8.898 cuerpos que no han sido identificados (aunque no todos son de víctimas de desapariciones forzadas). La CNDH ha implementado el Programa de Presuntos Desaparecidos, una base de datos nacional sobre personas extraviadas, desaparecidas o ausentes y de personas fallecidas no identificadas. También creó el Sistema de Información Nacional sobre personas extraviadas y fallecidas no identificadas (SINPEF). Del año 2006 a abril de 2011, el SINPEF registró 5.397 personas.

La información de diferentes instituciones estatales en relación con casos de desapariciones forzadas es recabada sin sistematicidad y, frecuentemente, de forma contradictoria. La dispersión de esta información no contribuye a evidenciar las dimensiones reales del problema. Esto es particularmente cierto respecto al número de casos registrados, investigados y procesados; el número de cadáveres exhumados e identificados; las instituciones responsables; y el número de solicitudes de reparación presentadas. El gobierno federal recientemente creó el Registro Nacional de personas desaparecidas que no está específicamente dedicado a las desapariciones forzadas. En abril de 2011, el Senado aprobó un dictamen de ley para crear el “Registro nacional de datos sobre niños, adolescentes y adultos desaparecidos” actualmente pendiente de aprobación en la Cámara de Diputados. Dicho Registro será administrado por el Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y coleccionará la información de todos los niveles.

El artículo 6 de la Constitución que garantiza la libertad de acceso a la información se encuentra limitado por algunas leyes secundarias, especialmente respecto a la información sobre el estado de una averiguación ministerial. Una reforma al Código Federal de Procedimientos Penales (cuyo artículo 16 se encuentra actualmente impugnado constitucionalmente) restringe el derecho de acceso a la información respecto de las averiguaciones previas estableciendo que únicamente deberá proporcionarse una versión pública de la resolución del no ejercicio

de la acción penal, siempre que haya transcurrido un plazo igual al de la prescripción de los delitos de que se trate, sin que pueda ser menor de tres años ni mayor de 12 años.

EL DERECHO A LA VERDAD EN EL CONTEXTO DE LA "GUERRA SUCIA"

La CNDH y la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (FEMOSPP) se han ocupado de cuestiones relacionadas con la verdad sobre las desapariciones forzadas que tuvieron lugar durante la "Guerra Sucia". En su Recomendación 26/2001, la CNDH documentó 532 casos de presuntas desapariciones forzadas en la "Guerra Sucia" y señaló la responsabilidad del Estado. La CNDH concluyó que en 275 de esos casos las personas fueron víctimas de una detención, interrogatorio y una posible desaparición forzada perpetrada por funcionarios públicos de diversas instancias gubernamentales. En el resto de los casos, las pruebas no fueron suficientes para acreditar la existencia de una desaparición forzada, sin que por ello se pueda descartar como hipótesis de investigación. Por su parte, la FEMOSPP investigó un total de 797 casos de desapariciones forzadas. Organizaciones de la sociedad civil informaron que, de acuerdo a sus estimaciones, se habrían cometido alrededor de 1.350 desapariciones forzadas, incluyendo 650 en Guerrero, de las cuales 450 habrían ocurrido en la región del municipio de Atoyac de Álvarez. De aquellas personas desaparecidas durante la "Guerra Sucia", solamente dos habrían sido localizadas.

Durante las investigaciones que dieron lugar a la Recomendación 26/2001, la CNDH compiló una lista de nombres de aquellas personas que presuntamente participaron en las desapariciones forzadas, la cual no ha sido publicada.

La Recomendación 26/2001 propuso la creación de una Fiscalía Especial, lo que dio lugar al establecimiento de la FEMOSPP. En 2006, el Procurador General ordenó el cierre de la FEMOSPP, después de casi cinco años de existencia.

La FEMOSPP fue la única vía abierta por el Estado para abordar la demanda de verdad y justicia. Por esta razón, algunas víctimas, familiares y organizaciones apoyaron su trabajo y le suministraron información. La FEMOSPP enfrentó muchos retos y, a pesar de algunos avances positivos en su trabajo, no garantizó el derecho a la verdad y la justicia.

La FEMOSPP elaboró un borrador de informe titulado "Para que no vuelva a suceder". En febrero de 2006, una versión preliminar del mismo fue publicada por diversos medios nacionales e internacionales. Este borrador estableció la responsabilidad estatal en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos durante la "Guerra Sucia". En noviembre de 2006, la FEMOSPP hizo público su informe final, el cual limitaba algunas de las conclusiones hechas en el borrador. La versión final nunca recibió la aprobación de la PGR y, en la actualidad, no está disponible en ningún sitio oficial de Internet. La PGR indicó que este informe podría obtenerse mediante una solicitud de acceso a la información pública.

La información recabada por la Oficina de Investigación y Análisis Documental de la FEMOSPP no se encontraría disponible a pesar de que el acuerdo que formalizó el cierre de la FEMOSPP en noviembre de 2006 ordenó que dichos documentos se almacenaran en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. De acuerdo con diferentes fuentes, esta institución no reconoce contar con tales expedientes. La PGR informó tener una copia de todos los documentos y que los originales fueron devueltos al Archivo

General de la Nación, en donde están abiertos al público. Mientras tanto, organizaciones de la sociedad civil informaron no tener acceso a estos documentos pues desconocían el lugar donde se encuentran almacenados.

C.- El derecho a la reparación

Toda víctima de un acto de desaparición forzada y sus familiares tienen derecho a una reparación integral, que incluya indemnización, satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición, según lo previsto por el artículo 19 de la Declaración.

En 2001 se creó el Comité Interdisciplinario para la Reparación del Daño a Víctimas u Ofendidos por Violaciones a Derechos Humanos de Individuos Vinculados a Movimientos Sociales y Políticos en la Década de los Sesenta, Setenta y Ochenta (Comité Interdisciplinario). El Grupo de Trabajo celebra que la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión incluyó en el presupuesto del año 2011, por primera vez, una partida destinada a la reparación de las víctimas de la "Guerra Sucia" y a dar cumplimiento a sentencias de la ColDH.

El Comité Interdisciplinario sólo se ha reunido en seis ocasiones y no ha establecido lineamientos para garantizar la reparación ni la ha brindado a ninguna víctima. El universo de casos de desapariciones forzadas que recibirían una reparación se limitará a los 275 casos corroborados por la CNDH en su Recomendación 26/2001. No existe un programa para ampliar la reparación a otras víctimas de la "Guerra Sucia" ni para incluir a las víctimas de desapariciones forzadas fuera del contexto de la "Guerra Sucia".

La reparación civil o administrativa para los casos de desaparición forzada son extremadamente raras o inexistentes. La obligación del Estado de reparar los daños y el derecho a la compensación se encuentran incluidos en el artículo 113 de la Constitución y su ley secundaria. También a nivel estatal existe legislación para regular la responsabilidad de los servidores públicos. Sin embargo, el Grupo de Trabajo no conoció ningún ejemplo de una resolución en el ámbito civil o administrativo que garantizara la reparación a los familiares.

En el ámbito penal existe la posibilidad de recibir una compensación como complemento de una sentencia condenatoria que raramente es implementada. Si la víctima solicita la reparación del daño, el quantum de la prueba es elevado a los estándares penales. Incluso si se ordena la



reparación del daño, las familias generalmente no la reciben dado que no existen parámetros para determinar su monto y el funcionario público declarado culpable en la mayoría de los casos no cuenta con los recursos financieros para pagar la indemnización. El artículo 32 del Código Penal Federal establece la responsabilidad subsidiaria del Estado para otorgar la reparación en los delitos perpetrados por funcionarios públicos.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos incluye el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y requiere la adopción de una ley secundaria. El Grupo de Trabajo resalta la importancia de adoptar e implementar esta legislación para garantizar una reparación adecuada e integral.

D.- Grupos en situación de particular vulnerabilidad

Los recientes casos de desaparición forzada no presentan un patrón claro en el perfil de las víctimas. Sin embargo, entre ellas existen algunos grupos en situación de particular vulnerabilidad, incluyendo mujeres, migrantes, defensores de derechos humanos y periodistas. El clima de impunidad que rodea las agresiones

en contra de estas víctimas permite la continuidad de estos actos e inhibe una adecuada investigación y sanción de estos delitos.

Existe muy poca información pública disponible sobre desaparición forzada de mujeres. La CNDH, mediante su SINPEF, registró de 2006 a 2011 5.397 personas reportadas como extraviadas o ausentes, de las cuales 1.885 son mujeres. A pesar de que el Gobierno ha tomado varias acciones para prevenir, castigar, y erradicar la violencia contra las mujeres, incluyendo casos de desapariciones forzadas, el Grupo de Trabajo continúa preocupado por el número de mujeres que habrían sido desaparecidas forzosamente. La respuesta de la policía y los operadores de justicia a la violencia basada en el género, incluyendo las desapariciones forzadas, es generalmente inadecuada. El Grupo de Trabajo recibió información sobre los prejuicios, las actitudes discriminatorias, la indiferencia, negligencia o inclusive la obstrucción deliberada que muchas autoridades muestran al abordar el caso de la desaparición de una mujer, así como para tratar a las mujeres familiares de personas desaparecida forzosamente.

Las desapariciones de mujeres son particularmente relevantes en el estado de Chihuahua. Los continuos problemas que se observan en Ciudad Juárez son únicos en su visibilidad, pero no en su naturaleza, pues casos de desapariciones forzadas de mujeres y prácticas discriminatorias en contra de las mujeres familiares se encuentran en otras regiones.

La población migrante es particularmente vulnerable a una desaparición forzada debido a su estatus de indocumentada y la falta de recursos financieros, leyes efectivas, programas destinados a protegerlos o recursos judiciales a su disposición. Muchos de los 150.000 migrantes que viajan a través de México anualmente hacia la frontera norte lo hacen por rutas donde el crimen está presente y donde son fácilmente víctimas de secuestro

o extorsión. En 2009, la CNDH reportó el secuestro de 9,578 migrantes en un período de seis meses. Además, reportó que, entre abril y septiembre de 2010, al menos 11,333 migrantes habrían sido secuestrados, principalmente por grupos del crimen organizado. De acuerdo a los informes y otras fuentes, servidores públicos de diferentes instancias, incluyendo al Instituto Nacional de Migración (INM), policías municipales, estatales y federales, en algunas ocasiones habrían colaborado con organizaciones delictivas en el secuestro de migrantes, perpetrándose así una desaparición forzada. La CNDH reportó que el 8,9% de los secuestros documentados en seis meses de 2010 incluyeron la colusión de autoridades gubernamentales. Hasta que se realice una adecuada y completa investigación, no será posible aceptar que todos los secuestros de migrantes sean realizados exclusivamente por grupos del crimen organizado o descartar que no exista participación directa o indirecta de funcionarios públicos.

El gobierno ha realizado algunos avances para enfrentar la situación de secuestros de migrantes. Ahora existe la posibilidad de conceder a los migrantes que han sobrevivido a un secuestro una visa humanitaria para permitirles permanecer en el país mientras se realiza la correspondiente investigación penal. Algunos Estados también han adoptado ciertas medidas para combatir e investigar los secuestros de migrantes. Finalmente, el gobierno federal ha firmado acuerdos de cooperación con la CNDH y algunos países de Centroamérica sobre la prevención y el combate al secuestro de migrantes. Los testimonios recibidos indican que estos programas aún no producen resultados positivos.

El Grupo de Trabajo recibió información relacionada con agresiones en contra de defensores de los derechos humanos en general y, específicamente, en contra de aquellos que trabajan el tema de la desaparición forzada. El Grupo de Trabajo expresa su especial preocupación por la situación de aquellos defensores de los derechos humanos cuyo actual paradero se desconoce. El Grupo de Trabajo fue informado que las agresiones en contra de los defensores de derechos humanos habrían generado un clima de temor entre sus colegas, y ocasionado que algunos integrantes de las organizaciones civiles decidieran tener un menor perfil en actividades públicas, mudarse de ciudad o estado y rechazar determinados casos. De acuerdo al informe de la oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de septiembre de 2009 a octubre de 2010, se perpetraron 37 agresiones en contra de defensores de derechos humanos, pero sólo en tres casos se realizó una acusación penal. El informe critica la falta de políticas integrales de parte de las autoridades gubernamentales para eliminar los riesgos que enfrentan los defensores de derechos humanos. Según la CNDH, entre enero de 2005 y mayo de 2011, se presentaron ocho quejas por desapariciones forzadas de defensores de derechos humanos. En julio de 2011, el Presidente Felipe Calderón firmó un Acuerdo que establece las bases para la creación de un Mecanismo Nacional de Protección a defensores de derechos humanos.

Los periodistas son otro grupo específico que habrían enfrentado muchos ataques, incluyendo desapariciones. Según la CNDH, 13 periodistas han desaparecido desde 2000. La CNDH registró cuatro desapariciones de periodistas en 2010. De acuerdo con la información recibida, México sería el país más peligroso para ejercer el periodismo en América. En la mayoría de los casos, la falta de investigación no permite encontrar las causas y los perpetradores de estos delitos. Según la información recibida por el Grupo de Trabajo, periodistas que cubren asuntos locales como actos de corrupción en el gobierno, tráfico de drogas, crimen organizado, seguridad pública y temas relacionados se encontrarían en una situación de particular riesgo. En 2006, el

gobierno creó en la PGR la Fiscalía Especial para los delitos cometidos contra la libertad de expresión, y en 2010 se firmó un convenio para la protección de periodistas, ninguno de los cuales ha producido resultados efectivos hasta el momento

E.- Observaciones finales

El Grupo de Trabajo aprecia la información sustantiva que diversas autoridades, organizaciones de la sociedad civil, familiares y víctimas brindaron con el fin de comprender mejor el fenómeno de las desapariciones forzadas. Las desapariciones forzadas han ocurrido en el pasado y continúan ocurriendo en la actualidad. Asimismo, las desapariciones perpetradas en el pasado son una asignatura en el presente dado que se trata de un delito de carácter continuado.

No existe una política pública integral y marco legal que se ocupe de los diferentes aspectos de prevención, investigación, sanción y reparación de las víctimas de desapariciones forzadas. Pareciera no existir una coordinación vertical y horizontal entre las autoridades federales, locales y municipales. Tampoco existe un adecuado sistema nacional para realizar búsquedas de personas desaparecidas forzosamente.

Las preocupaciones en materia de seguridad pública respecto al crimen organizado son reales y el Grupo de Trabajo reconoce el derecho y el deber del Estado de realizar las acciones correspondientes. Sin embargo, no se puede enfrentar esta situación a expensas del respeto de los derechos humanos, ni permitiendo la práctica de las desapariciones forzadas. Los casos de desapariciones tampoco pueden adjudicarse exclusivamente al crimen organizado sin una adecuada y completa investigación penal.

Las víctimas de desaparición forzada no confían en el sistema de justicia, en los ministerios públicos, la policía y las fuerzas armadas. La impunidad es un patrón crónico y presente en los casos de desapariciones forzadas y no se están realizando los esfuerzos suficientes para determinar la suerte o el paradero de las personas desaparecidas, sancionar a los responsables y garantizar el derecho a la verdad y la reparación. Parecería que México no tiene la voluntad o es incapaz de realizar investigaciones efectivas en casos de desapariciones forzadas.

El Grupo de Trabajo reitera su voluntad para continuar el diálogo constructivo con las autoridades mexicanas y ofrece su total apoyo para la plena aplicación de la Declaración.



El Grupo de Trabajo reitera su solidaridad con las víctimas de desaparición forzada y sus familias. Su constante sufrimiento es viva evidencia de que la desaparición forzada es un delito continuado y una permanente violación a los derechos humanos hasta que la suerte o el paradero de la víctima no se haya esclarecido. El Grupo de Trabajo reconoce la labor de los numerosos defensores de los derechos humanos, ONG, abogados y todos aquellos que trabajan incansablemente, inclusive en condiciones adversas, para erradicar esta terrible práctica.

F.- RECOMENDACIONES

Con base en las consideraciones anteriores, el Grupo de Trabajo formula las siguientes recomendaciones al Estado mexicano

:

a.- Recomendaciones generales

El Grupo de Trabajo recomienda que se reconozca la dimensión del problema de la desaparición forzada como el primer paso necesario para desarrollar medidas integrales y efectivas para su erradicación.

El Grupo de Trabajo recomienda la generación de datos estadísticos, desagregados por sexo, edad, lugar y autoridades presuntamente involucradas, sobre las desapariciones forzadas para desarrollar políticas de prevención, erradicación, investigación, sanción y reparación. Se debería incluir información, en caso de estar disponible, sobre la fecha y lugar de la exhumación y la información sobre los miembros de la familia.

El Grupo de Trabajo recomienda que el Estado acepte la competencia del Comité sobre las Desapariciones Forzadas de acuerdo a los artículos 31 y 32 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas relativos a denuncias de particulares e interestatales.

El Grupo de Trabajo recomienda que se lleven a cabo todas las acciones necesarias para garantizar que todos los instrumentos internacionales relevantes en materia de desaparición forzada se cumplan y apliquen en forma efectiva en todo el país, incluyendo el retiro de todas las reservas o declaraciones interpretativas que pudieran socavar su efectividad.

El Grupo de Trabajo recomienda que se asegure la plena independencia y autonomía de todos los organismos públicos de derechos humanos.

b.- Marco legislativo

El Grupo de Trabajo recomienda llevar a cabo las adecuaciones legislativas a nivel federal y local para garantizar la implementación efectiva del nuevo marco constitucional sobre derechos humanos, amparo y sistema penal.

El Grupo de Trabajo recomienda que se garantice que el delito de desaparición forzada sea incluido en los Códigos Penales de todas las entidades federativas y que a la brevedad se apruebe una ley general sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. Dicha ley general debería definir la desaparición forzada como un delito autónomo; crear un procedimiento específico de búsqueda de la persona desaparecida con la participación de los familiares de las víctimas; establecer un registro nacional de personas desaparecidas forzosamente que garantice que los familiares, abogados, defensores de los derechos humanos y cualquier otra persona interesada tenga pleno acceso a este registro; permitir la declaración de ausencia como consecuencia de la desaparición forzada; asegurar la plena protección y apoyo de los familiares de las personas desaparecidas y de los testigos; y garantizar el derecho a la reparación integral.

El Grupo de Trabajo recomienda garantizar la armonización de la definición de desaparición forzada en la legislación penal con lo establecido en la Declaración y otros instrumentos internacionales relevantes.

El Grupo de Trabajo recomienda que se elimine la detención mediante arraigo de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal para prevenir casos de desaparición forzada.

El Grupo de Trabajo recomienda modificar el marco jurídico sobre la flagrancia a fin de restringir su uso al momento preciso de la comisión de un delito y eliminar los conceptos de cuasi flagrancia y flagrancia equiparada, para prevenir las desapariciones forzadas.

c.- Medidas preventivas y de seguridad

El Grupo de Trabajo recomienda considerar en el corto plazo el retiro de las fuerzas militares de las operaciones de seguridad pública y de la aplicación de la ley penal como una medida para prevenir las desapariciones forzadas.

El Grupo de Trabajo recomienda adoptar legislación, normas y protocolos para regular el uso de la fuerza por parte del ejército y todas las corporaciones policiales como una medida preventiva respecto a las desapariciones forzadas, conforme a los principios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad, legalidad y total respeto a los derechos humanos.

El Grupo de Trabajo recomienda que se garantice la coordinación entre las autoridades responsables de la seguridad pública con el objetivo de prevenir e investigar la desaparición forzada de personas.

El Grupo de Trabajo recomienda que se garantice la completa identificación de todas las autoridades competentes en la detención de personas durante las operaciones en el cumplimiento de la ley.

El Grupo de Trabajo recomienda que se fortalezca el registro de detención para garantizar que sea permanentemente actualizado y armonizado con otras bases de datos para monitorear la localización física de las personas detenidas, incluyendo controles estrictos sobre las autoridades responsables del registro de las detenciones y la imposición de sanciones adecuadas para aquellos que no lo hagan. El registro de detención debe indicar los motivos de la detención; la hora exacta de la llegada de la persona detenida al lugar de custodia; la duración de la privación de la libertad; la identidad de la autoridad que ordenó la detención de la persona,

así como de los oficiales a cargo de llevarla a cabo; la cadena de custodia de las personas detenidas; información precisa sobre el lugar de custodia; y el momento en que la persona detenida es presentada por primera vez ante una autoridad judicial o alguna otra autoridad competente.

d.- Derecho a la justicia y a la protección judicial

El Grupo de Trabajo recomienda la adopción de una nueva ley en materia de amparo de acuerdo al reformado marco constitucional. La nueva legislación de amparo debe responder adecuadamente a la peculiaridad de la desaparición forzada de personas, albergar una concepción amplia de víctima, garantizar un rol activo por parte del juzgador y no establecer exigencias gravosas sobre las circunstancias bajo análisis, tales como la identificación del lugar de la detención, la determinación de la autoridad responsable y la ratificación de la demanda de amparo por la víctima directa.

El Grupo de Trabajo recomienda que se garantice el derecho a la justicia y el combate a la impunidad mediante la capacitación del personal judicial y del encargado de hacer cumplir la ley, la adopción de protocolos de investigación y la protección de testigos y familiares. Se deben utilizar todos los medios disponibles para garantizar que las investigaciones y procedimientos judiciales sean expeditos, de acuerdo con los protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las diferentes instancias involucradas en los procedimientos de investigación y en los procesos judiciales deben contar con los necesarios recursos humanos y materiales para realizar sus labores adecuadamente, de forma independiente e imparcial. Aquellas personas involucradas en labores de investigación deben contar con garantías de protección. Las investigaciones deben asumir líneas de investigación específicas de acuerdo con los patrones de la zona, tiempo o período y/o autoridad involucrada. Los resultados de todas las investigaciones deben ser públicos.

El Grupo de Trabajo recomienda que se garantice la pronta entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal a efectos de garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada. Se deben fortalecer y aplicar completamente estos cambios constitucionales, destinando recursos adicionales a la mejor preparación de funcionarios en la investigación y enjuiciamiento de los delitos, incluyendo casos de desapariciones forzadas. Esto incluye la capacitación y los recursos para la búsqueda de la persona desaparecida, para investigar estos casos con una visión sistémica para comprender el patrón de las desapariciones forzadas, incluyendo la cadena de mando.

El Grupo de Trabajo recomienda garantizar la jurisdicción de los tribunales civiles en todos los asuntos relacionados con las desapariciones forzadas y las violaciones a los derechos humanos en general, independientemente de que el perpetrador sea personal militar. Se debe garantizar que Ministerios Públicos civiles realicen investigaciones serias y expeditas en todas las denuncias relativas a violaciones de derechos humanos, incluyendo las desapariciones forzadas perpetradas por elementos militares. Se debe impedir legalmente que los Ministerios Públicos militares inicien o continúen investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos, incluyendo las desapariciones forzadas.

El Grupo de Trabajo recomienda el establecimiento de un mecanismo efectivo para la continuidad de las investigaciones de desapariciones forzadas cometidas durante la "Guerra Sucia".

El Grupo de Trabajo recomienda fortalecer la gura de la coadyuvancia, garantizar el acceso pleno a las investigaciones ministeriales por parte de los familiares de las víctimas y sus representantes, otorgar regularmente a los familiares información sobre los avances en las investigaciones, y asegurar que no recaiga en las víctimas y sus familiares la obligación de obtener y proporcionar los elementos de prueba. Se deben tomar las medidas necesarias para asegurar que las autoridades civiles y militares colaboren completamente con los ministerios públicos y tribunales civiles en la investigación y proceso penal de las desapariciones forzadas.

El Grupo de Trabajo recomienda brindar apoyo a los familiares y a las asociaciones de familiares en el desempeño de su papel fundamental en el tratamiento de las desapariciones forzadas.

e.- Derecho a la verdad

El Grupo de Trabajo recomienda establecer un programa nacional de búsqueda de personas que cuente con un protocolo de acción inmediata. Este programa debe incluir los siguientes parámetros:

- a) Implementar la búsqueda ex ocio y sin dilación en casos de desapariciones.
- b) Coordinar los esfuerzos de las diferentes agencias de seguridad para localizar a la persona.
- c) Eliminar cualquier obstáculo legal o fáctico que reduzca la efectividad de la búsqueda o evite que se inicie.
- d) Asignar los recursos humanos, financieros, logísticos, científicos, o de cualquier otro tipo necesarios para que la búsqueda se realice de forma exitosa.
- e) Contar con personal altamente capacitado en la exhumación e identificación de restos mortales.
- f) Contrastar el reporte de la persona no localizada con todas las bases de datos existentes en la materia.
- g) Dar prioridad a la zona de búsqueda en donde razonablemente sea más probable encontrar a la persona desaparecida, sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o áreas.
- h) Acceder y utilizar plenamente la Plataforma México.
- i) Garantizar que el programa se ejecute con plena independencia presupuestaria y operativa.



El Grupo de Trabajo recomienda crear y mantener actualizada permanentemente una base de datos con la información personal disponible sobre víctimas de desapariciones forzadas a nivel nacional (tanto del fuero federal como del estatal) incluyendo información genética, principalmente el ADN y muestras de tejido obtenidas de restos mortales y de familiares de víctimas, con su previo consentimiento. El Estado debe proteger permanentemente la información personal en estas bases de datos.

El Grupo de Trabajo recomienda desarrollar un marco legislativo adecuado y garantizar la entrega de recursos financieros, humanos y equipo técnico para las investigaciones forenses en casos de desapariciones forzadas.

El Grupo de Trabajo recomienda difundir el informe elaborado por la FEMOSPP y colocarlo en el sitio web oficial de la PGR; esclarecer la ubicación de todos los documentos recibidos por la FEMOSPP; y garantizar su pleno acceso al público.

El Grupo de Trabajo recomienda transferir los archivos militares de la “Guerra Sucia” de la SEDENA al Archivo General de la Nación garantizando el libre acceso del público y sistematizar el ingreso a todos los archivos de la extinta Dirección Federal de Seguridad y de la Fiscalía Especial para que éstos también se encuentren disponibles en el Archivo General de la Nación.

El Grupo de Trabajo recomienda desvelar los nombres de las personas que participaron en actos de desaparición forzada de acuerdo a la información que obra en la CNDH con motivo de la elaboración de la Recomendación 26/2001.

f.- Derecho a la reparación

El Grupo de Trabajo recomienda garantizar el derecho a la reparación integral de las víctimas de desaparición forzada. El marco legal debe establecer que la reparación sea proporcional a la gravedad de la violación y al sufrimiento de la víctima y su familia. Incluir la restitución siempre y cuando sea posible, así como la asistencia médica y psicosocial, la satisfacción, la indemnización y las garantías de no repetición.

El Grupo de Trabajo recomienda adoptar, para los fines de reparación, una amplia definición de víctima que no esté ligada a la determinación de la responsabilidad y condena penal del acusado ni esté limitada a aquellos casos de desaparición forzada plenamente acreditados por la CNDH.

g.- Grupos en situación de particular vulnerabilidad

El Grupo de Trabajo recomienda implementar a la brevedad todas las recomendaciones contenidas en los informes emitidos por la CNDH en relación al secuestro de migrantes (algunos de los cuales podrían calificarse como desapariciones forzadas)

El Grupo de Trabajo recomienda garantizar condiciones de seguridad para defensores de los derechos humanos, incluyendo a quienes combaten las desapariciones forzadas de personas y defienden los derechos de las víctimas. Se debe garantizar que el Mecanismo Nacional de Protección a defensores de derechos humanos cuente con facultades de prevención, protección e investigación; tenga competencia federal; cuente con suficientes recursos así como con independencia. Se debe garantizar también la plena participación de las organizaciones de derechos humanos en el diseño, implementación y monitoreo de este mecanismo nacional.

El Grupo de Trabajo recomienda establecer un mecanismo nacional de protección a periodistas, implementado por funcionarios de alto nivel, y un comité interinstitucional, dirigido por una autoridad federal, con capacidad de coordinar a diferentes autoridades e instancias gubernamentales, con recursos propios y suficientes, y que garantice la participación de los periodistas así como de la sociedad civil en su diseño, operación y evaluación.

El Grupo de Trabajo recomienda garantizar que las medidas diseñadas para erradicar la violencia contra la mujer, incluyendo la desaparición forzada, sean plenamente implementadas. Se debe incorporar la perspectiva de género en todas las investigaciones y políticas para combatir la violencia, considerando las características particulares de la violencia basada en el género en contra de las mujeres, así como las respuestas sociales que la situación requiere, con el fin de eliminar las desapariciones forzadas de mujeres.

5.- Informe de seguimiento a las recomendaciones hechas por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias

SEGUIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS EN SU INFORME RELATIVO A SU VISITA A MÉXICO DEL 18 AL 31 DE MARZO DE 2011. (A/HRC/19/58/ADD.2, PÁRRAFOS 80-113). El presente trabajo incluye, en este apartado, una selección de extractos del informe en comentario, que precisan de manera completa su contenido y son plasmados a continuación.

El 16 de enero de 2015, el Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias envió al Gobierno de México la solicitud de proporcionar información sobre las medidas adoptadas para aplicar las recomendaciones que fueron formuladas en el informe A/HRC/19/58/Add.2, tras su visita al país en marzo de 2011. El 5 de mayo de 2015, el Gobierno de México presentó la solicitada información. El 17 de junio de 2015, el Grupo de Trabajo envió al Gobierno de México el cuadro que figura a continuación invitándolo a proporcionar comentarios y/o información adicional. El 21 de julio de 2015, el Gobierno de México proporcionó información adicional.

El Grupo de Trabajo agradece la información proporcionada por el Estado, así como por diversas organizaciones de la sociedad civil. Dicha información le ha permitido dar un mejor seguimiento a las recomendaciones formuladas en su informe.

El Grupo de Trabajo lamenta observar pocos avances en la implementación de las recomendaciones realizadas. Especialmente preocupante resulta el constatar que la mayoría de las recomendaciones fundamentales para enfrenar los problemas estructurales en materia de desaparición forzada no han sido plenamente implementadas. Pero más

preocupante le resulta al Grupo de Trabajo la situación deteriorada que prevalece en México desde que realizó su visita y presentó su informe.

El Grupo de Trabajo coincide con la afirmación del Comité contra la Desaparición Forzada quien en febrero de 2015 sostuvo que “la información recibida por el Comité ilustra un contexto de desapariciones generalizadas en gran parte del territorio del Estado parte, muchas de las cuales podrían calificarse como desapariciones forzadas”.

Si bien se valora que el Estado indique en su respuesta que enfrenta retos y desafíos en materia de derechos humanos, incluyendo la desaparición forzada, el Grupo de Trabajo constata que el incipiente reconocimiento discursivo al problema de la desaparición forzada no ha sido consistente, uniforme y homogéneo entre todas las autoridades del Estado mexicano, ni al más alto nivel. Tampoco ha habido un reconocimiento respecto de la dimensión del problema, tal y como lo recomendó el Grupo de Trabajo.

No existe un diagnóstico nacional sobre el problema de la desaparición forzada de personas que permita desarrollar las medidas integrales y efectivas para su prevención, erradicación, investigación, sanción y reparación.

Esta falta de reconocimiento cabal a la dimensión del problema se evidenció de manera cruda con la desaparición forzada de 43 estudiantes normalistas en Iguala, Guerrero, en septiembre de 2014, y las investigaciones tardías y deficientes que le siguieron; con las estadísticas oficiales, que aún con sus limitaciones, muestran una situación particularmente crítica, así como con el descubrimiento de fosas clandestinas en diversas partes de la República.

El Grupo de Trabajo alienta al Estado a aceptar la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada para recibir y examinar comunicaciones individuales e interestatales de acuerdo a los artículos 31 y 32 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

El Grupo de Trabajo saluda la presentación del informe del Estado ante el Comité contra la Desaparición Forzada y lo anima a asegurarse de que todas las recomendaciones derivadas de las observaciones finales adoptadas por el Comité sean aplicadas.

El Grupo de Trabajo alienta particularmente al Estado a dar su consentimiento para que el Comité contra la Desaparición Forzada realice en un plazo razonable la visita solicitada con base en el artículo 33 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

El Grupo de Trabajo saluda el retiro de la reserva al artículo IX de la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas y alienta al Estado a culminar el retiro de todas las reservas y declaraciones interpretativas interpuestas a todos los instrumentos internacionales relevantes.

El Grupo de Trabajo reconoce la voluntad del Estado por haber firmado en noviembre de 2014 el acuerdo para la creación del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por haber anunciado el 6 de septiembre del 2015, día de la presentación del informe del GIEI, que solicitará la prórroga de su mandato para que “pueda concluir sus trabajos”. El Grupo de Trabajo también reconoce que el Presidente de la República haya dado indicaciones para que se analicen cada una de las recomendaciones del GIEI y para que en las investigaciones del caso se tomen en cuenta los elementos aportados por el GIEI. El Grupo de Trabajo coincide con el GIEI en que debe darse un “replanteamiento general” de la investigación de los

43 estudiantes normalistas desaparecidos en Iguala, Guerrero. El Grupo de Trabajo alienta al Estado mexicano a implementar de manera efectiva todas las recomendaciones del GIEI y a garantizar que todas las actuaciones que solicite para el desarrollo adecuado de su encomienda, incluyendo aquellas que involucren a autoridades militares, se realicen por el gobierno de manera diligente y exhaustiva.

El Grupo de Trabajo reitera su reconocimiento por las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, amparo y sistema penal y saluda la adopción de la nueva Ley de Amparo y la Ley General de Víctimas. El Grupo de Trabajo insta al Estado a redoblar sus esfuerzos para garantizar la plena y efectiva implementación de este nuevo marco constitucional y legislativo y a acreditar su eficacia para proteger a las personas contra las desapariciones forzadas.

El Grupo de Trabajo valora la emisión de varias leyes a nivel local en materia de desaparición forzada y da su bienvenida a la reforma constitucional del 2015 que faculta al Congreso de la Unión para emitir una ley general sobre desaparición de personas. La futura ley general brinda una oportunidad histórica al Estado mexicano para armonizar su normatividad interna con sus compromisos internacionales, remontar la situación crítica por la que atraviesa y adoptar finalmente las transformaciones estructurales que se requieren en materia de desaparición de personas.

El Grupo de Trabajo sigue consternado porque el derecho de acceso a la justicia y el combate a la impunidad permanecen como el principal reto en México. La impunidad generalizada perdura como un patrón crónico. La alarmante impunidad favorece la perpetración de las desapariciones forzadas.

El Grupo de Trabajo toma nota del Protocolo homologado para la búsqueda de personas desaparecidas y la investigación del delito de desaparición forzada que se adoptó en agosto del 2015 y espera que el mismo contribuya a superar la situación de impunidad prevaleciente y garantice planamente los derechos de las familias y sus representantes en la coadyuvancia.

El Grupo de Trabajo considera que la reforma al Código de Justicia Militar constituye un avance importante pero lamenta que aún se autorice la intervención del fuero militar en delitos que de acuerdo al derecho internacional no son propios de su competencia.



El Grupo de Trabajo toma nota de las acciones tomadas y las que están en proceso de adoptarse en materia de búsqueda de personas desaparecidas. En la mayor parte del territorio las medidas implementadas son notoriamente insuficiente particularmente para la búsqueda y localización de personas cuyo paradero se desconoce a consecuencia de la comisión de un delito, incluyendo el de desaparición forzada. El Grupo de Trabajo insta al Estado para que el futuro Sistema Nacional de Búsqueda de Personas cumpla con los parámetros descritos en su recomendación y observe lo dicho por otros organismos internacionales.

El Grupo de Trabajo toma nota de la aprobación de la Ley del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas (RNPED) de 2012. Sin embargo, el Grupo de Trabajo observa con preocupación que la Ley no incluye la categoría específica que permita registrar a una persona como víctima de desaparición forzada, no incorpora todos los elementos que el Grupo de Trabajo recomendó como parte de la información estadística y aún carece de su reglamento.

El Grupo de Trabajo reconoce la suscripción del Convenio entre la PGR y el CICR para el uso de la licencia del Software de la Base de Datos Ante Mortem – Post Mortem. Para el Grupo de Trabajo es fundamental que la Base de Datos se implemente de manera óptima.

El Grupo de Trabajo lamenta que el Estado no haya proveído información sobre la implementación de su recomendación en materia de investigaciones forenses. El Grupo de Trabajo invita al Estado mexicano a adoptar la recomendación del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de crear una institución nacional de servicios forenses.

El Grupo de Trabajo toma nota de la reducción en el número de quejas en contra de las fuerzas armadas. Sin embargo, reitera el sentido de su recomendación de que se considere el retiro de las fuerzas militares de las operaciones de seguridad pública y aplicación de la ley penal.

El Grupo de Trabajo toma nota de los registros de detenciones existentes. Para el Grupo de Trabajo es necesario que se siga fortaleciendo el sistema de registro de detención y se cuente con un registro “nacional” de detención que albergue todas las privaciones de la libertad que se realicen en la República.

El Grupo de Trabajo reconoce la disminución en el uso del arraigo y las decisiones de la Suprema Corte que han declarado la inconstitucionalidad del arraigo y de otras guras semejantes a nivel local. El Grupo de Trabajo subraya que el arraigo debe ser eliminado tanto de la legislación como en la práctica también a nivel federal. El Grupo de Trabajo observa que se mantiene un concepto amplio de flagrancia que debe ser acotado.

El Grupo de Trabajo reconoce la adopción de normatividad sobre el uso de la fuerza por parte de algunas corporaciones civiles y militares, así como la aprobación de legislación en la materia en contadas entidades federativas. Sin embargo, la escasa reglamentación existente y la fuerza que se emplea sigue sin ajustarse necesariamente y en toda circunstancia a los estándares internacionales.

El Grupo de Trabajo expresa su satisfacción por la emisión de la Ley General de Víctimas. Sin embargo, el Grupo de Trabajo lamenta que a más de dos años de haber entrado en vigor la Ley aún no se haya brindado una sola reparación a víctimas del delito de desaparición forzada con base en ella por parte de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. El Grupo de Trabajo también expresa su preocupación por el escaso número de víctimas de desaparición forzada que se albergan en el Registro Nacional de Víctimas. El Grupo de Trabajo no fue informado de algún tipo de política pública o programa que brinde apoyo a los familiares y a las asociaciones de familiares en el desempeño de su papel fundamental en el tratamiento de las desapariciones forzadas. Por lo anterior, el Grupo de Trabajo insta al Estado a que tome medidas efectivas con el objetivo de que todas las víctimas de desaparición forzada tengan igual derecho a la reparación y que los familiares y a las asociaciones de familiares reciban el respaldo necesario para el desempeño de sus tareas.

El Grupo de Trabajo lamenta el abandono del Estado mexicano al problema de las desapariciones forzadas perpetradas durante el periodo de la así denominada “Guerra Sucia”. Parecería que en este tema el Estado ha renunciado al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Salvo el trabajo de la Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero y las limitadas compensaciones otorgadas a algunas víctimas referidas en la recomendación 26/2001 de la CNDH, no se registran avances de otra índole. La impunidad es generalizada y no se conocen acciones efectivas y resultados concretos para la investigación de lo sucedido. Sigue sin garantizarse el derecho a la verdad. Más aún, se han registrado retrocesos para acceder a documentos históricos de la “Guerra Sucia” albergados en el Archivo General de la Nación. Por lo anterior, el Grupo de Trabajo hace un especial llamado al Estado para que adopte decididamente y de manera inmediata una política que permita garantizar el derecho a la justicia, la verdad, la reparación y la memoria de las víctimas de desaparición forzada de la “guerra sucia”.

El Grupo de Trabajo toma nota de las medidas adoptadas por el Estado en relación a personas migrantes. Sin embargo, las medidas tomadas no han sido suficientes para mejorar sustantivamente la situación que enfrentan las personas migrantes, misma que el Comité contra la Desaparición Forzada ha calificado como “dramática”. El Grupo de Trabajo da la bienvenida al acuerdo para crear un Mecanismo Transnacional de Búsqueda y Acceso a la Justicia y espera que el mismo se vea reflejado en la futura ley general.

El Grupo de Trabajo saluda la aprobación de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas. No obstante, el Grupo de Trabajo sigue preocupado por las agresiones y situación de riesgo que continúan enfrentando los defensores de derechos humanos y los periodistas. El Grupo de Trabajo exhorta al Estado mexicano a

superar los importantes retrasos que se han producido en el análisis de las solicitudes de protección presentadas y en la implementación de las medidas de protección aprobadas. De igual forma, es imperioso que se adopten medidas efectivas de prevención y combate a la impunidad.

El Grupo de Trabajo toma nota del diseño institucional y legal existente para abordar la violencia en contra de las mujeres. El Grupo de Trabajo lamenta la falta de información sobre políticas públicas y resultados en casos específicos de mujeres víctimas de desapariciones forzadas. El Grupo de Trabajo subraya la importancia que supone incorporar una perspectiva de género en todas las medidas que tome el Estado para enfrentar las desapariciones forzadas.

En conclusión, el Grupo de Trabajo reitera su pesar por los pocos avances registrados en la implementación de sus recomendaciones. Los grandes desafíos detectados por el Grupo de Trabajo durante su visita y plasmados en su informe de misión aún perduran. Salvo excepciones, la impunidad prevalece, los hechos no se esclarecen y las víctimas no reciben una adecuada e integral reparación. Esta realidad puede y debe ser transformada. El Estado cuenta con una oportunidad histórica de transformar la situación imperante. Los cambios constitucionales, legales y administrativos recientemente adoptados y los que están por adoptarse brindan una ocasión dorada para que se implemente en los hechos una política de Estado integral que se ocupe de los diferentes aspectos de prevención, investigación, sanción y reparación de las víctimas de desapariciones forzadas. A las víctimas y a todas aquellas personas que trabajan arduamente para erradicar las desapariciones forzadas y enfrentar sus consecuencias, el Grupo de Trabajo les refrenda su solidaridad y reconocimiento. Al Estado, el Grupo de Trabajo le reitera las recomendaciones que siguen sin cumplirse, le invita a proveer información actualizada sobre la implementación de todas sus recomendaciones, pero sobre todo, le manifiesta su plena disponibilidad para continuar con el diálogo constructivo y brindar su apoyo y cooperación para garantizar el pleno cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de desaparición forzada de personas. Asimismo alienta al Estado a implementar las recomendaciones del Comité contra la Desaparición Forzada y del GIEI.

RESPUESTA Y SEGUIMIENTO DEL ESTADO MEXICANO

En marzo de 2016 se recibió una comunicación con la que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) presentó sus recomendaciones finales, resultantes de la visita que llevó a cabo a México en octubre de 2015. El diálogo sostenido con el Alto Comisionado con posterioridad a dicha visita ha destacado la importancia del intercambio oportuno de información y ha permitido al Estado compartir con el Alto Comisionado una visión completa de la situación de los derechos humanos en el país, de los avances y desafíos, y del compromiso para atenderla de manera integral.

Con ello, en general las recomendaciones formuladas serán consideradas y atendidas, como ya se consideran otras recomendaciones de otros mecanismos de derechos humanos que han sido formuladas a México. Cabe señalar que algunas de las recomendaciones dependen en gran medida de las acciones de los poderes judicial o legislativo, o bien los estados. El carácter federal de nuestro país implica que el seguimiento corresponderá a actores más allá del Poder Ejecutivo, si bien en general las recomendaciones se aprecian constructivas y, en general, atendibles.

RESPUESTA DEL ESTADO MEXICANO:

1. Consejo Asesor; Esta recomendación podría atenderse mediante el establecimiento de un organismo nacional de derechos humanos, que cuente con un grupo asesor de personalidades en la materia. En adición, se destaca que el país cuenta con instituciones autónomas que promueven y defienden los derechos humanos, y se abocan al combate a la impunidad, en particular la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal y el Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información. En todos los casos, se cuenta con los expertos y capacidades para atender la sustancia de la recomendación.

2. Debida investigación de graves violaciones a los derechos humanos; Se coincide con esta recomendación y se reafirma el compromiso con la adecuada investigación de violaciones a los derechos humanos. Es por ello que la Procuraduría General de la República cuenta con una Subprocuraduría de Derechos Humanos, que a su vez cuenta con Fiscalías y Unidades Especializadas en la investigación de distintas violaciones graves a los derechos humanos, entre las que destaca una Fiscalía Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas, la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Cometidos contra la Libertad de Expresión, y la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas. Además cuenta con la Unidad Especializada para la Atención de Asuntos Indígenas y la Unidad de Investigación de Delitos para Personas Migrantes –que cuenta con el Mecanismo de Apoyo Exterior Mexicano de Búsqueda e Investigación-. Asimismo, cuenta con una Unidad Especializada en la Investigación del Delito de Tortura, adscrita a la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delitos Federales. La Unidad fue creada por Acuerdo de la Procuradora General de la República A/101/15 publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 27 de octubre del 2015, misma que ya está dotada con un inmueble propio y con el personal sustantivo y operativo necesario para el cumplimiento de sus funciones. Dicha Unidad ya ha concentrado todas las investigaciones que anteriormente estaban radicadas en diversas instancias de la Procuraduría General de la República.

3. Código de Justicia Militar; Se destaca que la



reforma de 2014 al CJM se encuentra siendo implementada, y que no es factible considerar mayores modificaciones. No obstante ello, cabe señalar que a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, las autoridades civiles cuentan con un marco jurídico suficiente y reforzado para conocer sobre casos de presuntas violaciones a derechos humanos cometidas por personal militar. Es decir, cualquier afectación a los derechos humanos cometida en agravio de un militar puede ser revisada o recurrida ante tribunales ordinarios a través de un juicio de amparo, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. No se omite manifestar que la reforma en materia de seguridad y justicia del 18 de junio de 2008, impactó al procedimiento penal militar y a los tribunales militares, lo que son sustituidos por tribunales militares de juicio oral, juzgados militares de control y juzgados militares de ejecución de sentencias, así como, la recaudación de la división territorial en cuanto a la competencia jurisdiccional del tribunal superior militar, los jueces de control y tribunales militares de juicio oral, consecuentemente dicha reforma es promotora de los derechos humanos de

la víctima y del procesado, motivo por el cual, al igual que el resto de las autoridades de los tres niveles de gobierno, la Secretaría de la Defensa Nacional se sigue preparando, tanto en el ámbito estructural, como en la capacitación a su personal, para cumplir adecuadamente con este nuevo esquema, el cual tiene como reto hacer más expedita y eficiente la procuración y administración de justicia. Sobre este aspecto, el Código Militar de Procedimientos Penales, prevé los derechos a favor de las personas imputadas y de las víctimas en igualdad de circunstancias que el Código Nacional de Procedimientos Penales, reconociendo las prerrogativas a favor de quienes intervienen en el proceso, establecidas en la Constitución, respetando la dignidad de las personas, su acceso a un asesor jurídico, a la justicia pronta, gratuita e imparcial, asegurar que se cuente con todos los datos de prueba, protección cuando exista riesgo para su vida, así como medidas de protección, precautorias y cautelares y medios de impugnación.

4. Seguridad pública en línea con los derechos humanos; Se está de acuerdo con el fondo de esta recomendación y se señala que se continuará trabajando a fin de asegurar el enfoque de seguridad ciudadana en la seguridad pública por medio de programas como el Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia. Además se continuarán fortaleciendo las capacidades nacionales para garantizar la seguridad de la sociedad mexicana con pleno apego a los derechos humanos.

5. Uso de la fuerza; Se analizará esta recomendación, consciente de la necesidad de sostener un debate al respecto y continuar las consultas con los diversos actores involucrados. No obstante que no se cuente con un instrumento normativo único en la materia, es importante destacar que las instancias de seguridad pública cuentan ya con lineamientos que regulan el

uso de la fuerza con estricto apego a estándares internacionales de derechos humanos. El Estado mexicano creó protocolos nacionales de actuación que consideran, entre otros aspectos, la homologación de actas y registros de la actuación de los operadores. De esta manera se han estandarizado los criterios para el uso de la fuerza por parte del primer respondiente.

6. Instituciones forenses; Se considera una idea muy interesante que está siendo analizada. México se encuentra considerando la creación de una institución de esta naturaleza; en particular, se destaca que actualmente existe en el Senado una iniciativa para crear el Instituto Nacional de Servicios Forenses, con la intención de que este Instituto tenga competencia federal y local. La propuesta está siendo estudiada en la Comisión correspondiente. Independientemente de ello, la creación de una instancia de esta naturaleza, en un país federal como México, implica la necesidad de llevar a cabo amplias consultas con los distintos estados y poderes de la república.

7. Registro de todas las detenciones; Se considera una idea muy interesante y se reafirma la intención de continuar mejorando en los registros de detención, en atención a la obligación constitucional de realizar un registro inmediato de la detención incorporado por medio de la reforma penal de 2008. Se ha fortalecido el Sistema de Registro de Detenidos relacionados con delitos competencia de la PGR (SIREN) y se seguirá trabajando para que las entidades federativas utilicen herramientas similares. Además, México da seguimiento al cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, y en ese sentido los esfuerzos de fortalecimiento de los registros. Independientemente de ello, la creación de una instancia de esta naturaleza, en un país federal como México, implica la necesidad de llevar a cabo amplias consultas con distintos estados y poderes de la República. Es importante precisar que el párrafo quinto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece un registro inmediato de la detención de cualquier persona. Además la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código Nacional de Procedimientos Penales establecen que deben registrarse todas las detenciones de personas y el Ministerio Público y la Policía están obligados a informar a quien lo solicite, respecto de la detención de una persona y de la autoridad a cuya disposición se encuentre. El 24 de mayo de 2010 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo A/126/10, por el que se crea el Sistema de Registro de Detenidos (SIREN) relacionados con delitos de competencia de la Procuraduría General de la República, el cual tiene por objeto establecer un control administrativo estricto de las detenciones bajo las modalidades de orden de aprehensión, flagrancia, ministerial por caso urgente, arraigo, cateo y provisional con fines de extradición, de personas que sean puestas a disposición del agente del Ministerio Público de la Federación o entregadas a un agente de la Policía Federal Ministerial o sean detenidas por este último. El Acuerdo A/060/15 sumó a la operación del SIREN la precisión de que desde el momento de la detención hasta la puesta a disposición ante la autoridad correspondiente, se deberán respetar los derechos humanos del detenido, por lo que el Agente del Ministerio Público de la Federación constatará, cuando le sean puestos a su disposición los detenidos, que dichas prerrogativas no hayan sido violadas e informará a éstos de manera inmediata sus derechos, asimismo capturará, verificará y en su caso complementará el registro correspondiente.

Para realizar y, en su caso, complementar el registro en el SIREN, el Agente del Ministerio Público de la Federación se podrá valer de auxiliares directos o indirectos, para recabar los datos. La información capturada en el SIREN será confidencial y reservada en los términos de la legislación

aplicable. Asimismo, la Visitaduría General dará seguimiento al debido cumplimiento de este Acuerdo, en las unidades administrativas y órganos desconcentrados de la Procuraduría, de conformidad con el ámbito de sus atribuciones durante las visitas ordinarias que practique.

8. Autonomía de diversos órganos; Se coincide con la propuesta, que es consistente con los esfuerzos y medidas en la materia. En particular, la CNDH – como institución que cumple plenamente con los Principios de París – es la principal institución independiente y autónoma encargada de la protección de los derechos humanos en México. En materia de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura Federal garantiza la autonomía y objetividad de tribunales federales. Finalmente, el 6 de mayo de 2015 se creó el Sistema Nacional de Transparencia, por medio de la nueva Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

9. Ratificación de instrumentos internacionales; El Estado Mexicano continuará los procesos respectivos de consultas con las autoridades competentes. En lo que toca al trabajo de los órganos de tratados mencionados –relativamente recientes y con números modestos de Estados que reconocen su competencia – se analiza cuidadosamente su práctica y jurisprudencia. En cuanto a los instrumentos de la OEA, se han iniciado consultas internas con relación a la Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores (cuya negociación fue decididamente apoyada por México).

10. Mecanismo inter-institucional de alto nivel; México comparte con el Alto Comisionado la importancia de garantizar la implementación de estándares de derechos humanos a todos los niveles, como reflejado en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 y en el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018. Aunado a lo anterior, nuestro país mantendrá trabajando estrechamente con la sociedad civil en materia de derechos humanos, tanto en materia de políticas públicas nacionales (a través de la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos de SEGOB, por ejemplo) como en materia de política exterior, en el marco de grupos de trabajo y procesos de consulta para presentar informes a los órganos de tratados y dar cabal cumplimiento a las recomendaciones 18 resultantes. Independientemente de ello, existe la disposición para fortalecer los mecanismos existentes.



11. Pueblos indígenas; Se coincide con esta recomendación y se reitera que se continuará trabajando en su implementación, en atención al Programa Especial de los Pueblos Indígenas 2014- 2018 y a fin de asegurar el respeto y ejercicio al derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado para los pueblos y comunidades indígenas conforme al Convenio 169 de la OIT, a través de mecanismos como el Sistema de Consulta Indígena de la CDI. También se cuenta con la Unidad Especializada para la Atención de Asuntos Indígenas de la Procuraduría General de la República, que permite regular la actuación del Agente del Ministerio Público de la Federación en asuntos en donde se vean involucradas personas indígenas por la comisión de delitos federales, ya sea como víctimas u ofendidos, y que al darles la atención, lo hagan con sentido humanista, considerando su lengua, cultura, usos y costumbres.

12. Políticas públicas en favor de las mujeres; Se coincide en la importancia de la recomendación y en la necesidad de trabajar de manera integral a fin de erradicar la violencia contra la mujer. En ese sentido, se cuenta con el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y No Discriminación Contra las Mujeres 2014-2018, el Programa Integral para la Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres 2014-2018, además de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (que ha fomentado la promulgación de leyes estatales). En cuanto al BANAVID, actualmente, el Sistema Nacional para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, mediante la Comisión de Sanción, evalúa la eficiencia del Banco, buscando fortalecerlo para incorporar toda la información necesaria que garantice su adecuado funcionamiento mediante su programa de trabajo 2016-2017.

13. Leyes generales sobre tortura y desaparición forzada; Se coincide con la recomendación. México tiene el compromiso firme de prevenir y sancionar la comisión de actos de tortura y la desaparición forzada con miras a erradicar estos delitos. El 10 de julio de 2015 se publicó la Reforma Constitucional que faculta al Congreso para expedir la ley general para prevenir y erradicar el delito de tortura. A partir de la misma, la procuraduría General de la República, con el apoyo de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, convocó a un ejercicio de

participación y apertura con la ciudadanía denominado Consulta Pública para la elaboración del proyecto de Iniciativa de Ley General para Prevenir y Sancionar la Tortura y Otros Tratos Inhumanos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

La Procuraduría General de la República ha emprendido también acciones concretas para prevenir y perseguir la tortura y los tratos crueles. Muestra de ello es, en primer lugar, la preparación, gestión, aprobación, con fecha 20 de agosto del 2015, en el seno de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, del Protocolo Homologado para la Investigación del delito de tortura, respecto del cual, se han llevado a cabo diversas acciones de capacitación y divulgación que están permitiendo su puntual aplicación. Por otra parte, la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación organizó diversos conversatorios, así como el Foro para la elaboración del proyecto de iniciativa de Ley General en materia de desaparición de personas, en el que concurrieron gobierno federal, gobierno de las entidades federativas, organismos de derechos humanos nacionales e internacionales y organizaciones de la sociedad civil, para opinar, participar y presentar propuestas sobre los elementos base que debería considerar la ley de la materia. El 10 de diciembre de 2015, el Presidente Enrique Peña Nieto envió al Congreso los proyectos de Ley General para Prevenir y Sancionar la Tortura y Otros Tratos Inhumanos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Desaparición de Personas, que armonizarán los tipos penales respectivos conforme a estándares internacionales. Actualmente, estas leyes se encuentran bajo la consideración del Congreso de la Unión (aquella sobre tortura fue aprobada por el Senado de la República el 29 de abril de 2016, por lo que está siendo ahora considerada por la Cámara de Diputados).

6.- Conclusiones

Las desapariciones forzadas en México no pueden ser entendidas sin asociarlas a América Latina, para mejor o para peor, la región ha estado siempre presente en la utilización de esta política y técnica del terror o la vanguardia de su combate. En 2015, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias celebró su 35° aniversario. Y cada aniversario es un momento apropiado para reflexionar sobre lo que se ha logrado, lo que se ha aprendido y lo que queda por hacer. A través del Grupo de Trabajo podemos ver a América Latina, y por supuesto México no puede quedar al margen, como un espacio donde el uso de las desapariciones forzadas fue (o lamentablemente aún es en ciertas áreas) generalizada, pero también un lugar en donde se han presentado las respuestas más eficaces para superarlas y donde nuevos tipos de resistencia y esperanza van de la mano con las exigencias de la verdad, la justicia y la reparación.¹⁶

El Grupo de Trabajo, creado en 1980, fue el primer mecanismo especializado en materia de derechos humanos dentro de Naciones Unidas. Fue establecido en gran parte, pero no únicamente, en respuesta a las desapariciones en Argentina y Chile. El Grupo fue creado por los Estados gracias a la labor de las víctimas, fundamentalmente latinoamericanas, y a pesar de una intensa y feroz resistencia de la dictadura argentina. Y por eso no sorprende que su primer visita, en 1982, haya sido a un país latinoamericano, precisamente a México. Es notable que las víctimas

¹⁶ La consulta actualizada sobre todas las recomendaciones en materia de derechos humanos formuladas al Estado mexicano, incluyendo las relativas al tema de desapariciones forzadas, se puede realizar en la página de internet: www.recomendacionesdh.mx, salvo las del GIEI, cuyo informe puede ser consultado en: http://hchr.org.mx/images/doc_pub/Informe-GIEI-Ayotzinapa.pdf

latinoamericanas se dirigieran a las Naciones Unidas después de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hiciera su histórica visita a la Argentina en 1979. Esta visita, y el posterior informe de la Comisión, constituyen un hito en la historia del movimiento de derechos humanos. La visita y el informe demuestran cuán útiles son estas herramientas para desenmascarar las desapariciones forzadas, para sensibilizar a la comunidad internacional acerca de la práctica, para conceptualizar y documentar desapariciones y para legitimar y proteger a los familiares y sus organizaciones.¹⁷

Obviamente la compilación de instrumentos e informes de este Trabajo busca advertir la apertura demostrada por el Estado mexicano al diálogo, monitoreo, asistencia e incluso, cuando necesaria, a la crítica internacional. Esta disposición, muy saludable por cierto, refleja el grado de madurez tanto del Estado como de la sociedad mexicana para buscar, en línea con la cooperación de los actores internacionales, las mejores respuestas a los desafíos que perduran en materia de desapariciones forzadas.

La experiencia latinoamericana nos muestra que la desaparición forzada de personas es una técnica de terror. Las víctimas no desaparecen voluntariamente o por accidente. Son las víctimas de un delito y un crimen internacional. En América Latina las desapariciones forzadas han sido tradicionalmente parte de la estrategia en contra de los llamados grupos subversivos o terroristas, una estrategia utilizada por las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad, los servicios de inteligencia, o de grupos paramilitares que actúan con la cooperación, la tolerancia, o la aquiescencia del Estado. En general, en nuestra región, las desapariciones forzadas se utilizaron como una política de Estado a raíz de la doctrina de seguridad nacional, como sucedió en México durante la llamada “Guerra Sucia”. A menudo, la práctica se desarrolló como un esfuerzo coordinado entre varios Estados, siendo el ejemplo arquetípico la Operación Cóndor en el Cono Sur¹⁸.

Hoy, en algunos países de la región, las desapariciones ocurren en otros contextos que requieren un replanteamiento de sus contornos. Sólo tenemos que pensar en las desapariciones llevadas a cabo por los grupos del crimen organizado y los cárteles de la droga en México, en muchos casos con la colaboración de funcionarios del Estado. O las desapariciones en contextos de inmigración irregular, tráfico o trata de personas. Por desgracia, el uso de las desapariciones forzadas continúa y se ha globalizado. En el último informe del Grupo de Trabajo se reportaron nuevas desapariciones en 21 países (incluido México, lamentablemente). Y el Grupo de Trabajo también informó que en su base de datos tiene casos de desapariciones de 88 países.

Sin embargo, hay algunos indicios alentadores en nuestra región. Por ejemplo, las desapariciones forzadas fueron utilizadas en el contexto de la “guerra contra el terrorismo” después del 11 de septiembre de 2001 a través del programa de la Central de Inteligencia de los Estados Unidos (CIA) “extraordinary rendition” o “rendición extraordinaria”, pero América Latina, según la información disponible, es la única región del mundo en la que ningún país ha cooperado o asistido a la CIA en desaparecer personas a través de la “rendición extraordinaria”. La negativa de América Latina para participar en esta práctica se debe a varias razones, pero no hay duda de que una de ellas es los importantes avances que se han

realizado, la concienciación creciente que existe en torno a su carácter repudiable y la experiencia traumática que el fenómeno de las desapariciones ha dejado y continúa dejando en nuestras sociedades.¹⁹

Durante los primeros años de su existencia, el Grupo de Trabajo no contaba con instrumentos legales que definiesen las desapariciones forzadas. Salvo las contribuciones de la Comisión Interamericana tampoco había claros precedentes sobre las desapariciones forzadas. Por esta razón, una gran parte de los esfuerzos pioneros del Grupo se centraron en la definición del fenómeno y en establecer principios jurídicos para, sobre todo, prevenir, investigar, sancionar y erradicar este crimen internacional. Desde su primer informe, el Grupo de Trabajo rearmó el derecho inalienable de las familias a conocer la verdad acerca de la suerte de sus seres queridos. También el Grupo de Trabajo comenzó a explorar aspectos particulares de las desapariciones forzadas. En su primer informe, el Grupo de Trabajo identificó el fenómeno de la desaparición de las mujeres embarazadas y los niños que nacen durante su desaparición, así como de los bebés que fueron tomados ilegalmente por los captores. E indicó también que las desapariciones forzadas no violan sólo derechos civiles y políticos sino también derechos económicos, sociales y culturales.

En los años siguientes, en parte influido por situaciones en América Latina, el Grupo de Trabajo desarrolló estudios innovadores sobre las exhumaciones y las reparaciones en los casos de desapariciones forzadas. Sin lugar a dudas, su interacción y experiencia en la región y en otras partes del mundo, explica parcialmente, la permanente insistencia del Grupo de Trabajo de que la impunidad perpetúa las desapariciones forzadas. Desde 1980 a la actualidad, un número importante de países de América Latina han impulsado el desarrollo progresivo del derecho internacional en la lucha contra las desapariciones forzadas. América Latina estuvo a la vanguardia de los debates que llevaron a la adopción en 1992 por parte de las Naciones Unidas de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas,

¹⁷ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

¹⁸ Centro Internacional de Derechos Humanos (CIPDH), Centro Categoría II de la UNESCO, “operación Cóndor. 40 Años Después” Pp. 35-69, 2010.

¹⁹ La consulta actualizada sobre todas las recomendaciones en materia de derechos humanos formuladas al Estado mexicano, incluyendo las relativas al tema de desapariciones forzadas, se puede realizar en la página de internet: www.recomendacionesdh.mx, salvo las del GIEI, cuyo informe puede ser consultado en: http://hchr.org.mx/images/doc_pub/Informe-GIEI-Ayotzinapa.pdf



la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada por las Naciones Unidas en 2006. Asimismo, América Latina contribuyó a la creación de la Corte Penal Internacional, en 1998, y la inclusión de la desaparición forzada como uno de los crímenes internacionales sobre los cuales la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción. México ha ratificado todos estos tratados y constitucionalmente les ha otorgado un rango jerárquico especial. Sin embargo, como el propio Informe del Grupo de Trabajo que se publica aquí resalta, la ratificación sin plena implementación no es suficiente.

La misma línea de legislar el delito de desaparición forzada se refleja a nivel nacional. Hoy en día un gran número de los códigos penales latinoamericanos incluyen un delito autónomo de desaparición forzada. En México se ha avanzado en algunos estados y sobre todo a nivel federal pues ya se cuenta con una normativa de carácter Federal, siendo esta la LEY GENERAL EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DESAPARICIÓN COMETIDA POR PARTICULARES Y DEL SISTEMA NACIONAL DE BÚSQUEDA DE PERSONAS. Esta tendencia legislativa se acompaña también, con marcadas disparidades, del esfuerzo en toda la región a fin de llevar a los responsables de desapariciones forzadas a la justicia. Si bien países como Argentina y Chile están a la vanguardia de esta lucha por asegurar la justicia, también podemos ver algunos impresionantes avances en otros países. Ex jefes de Estado, como Alberto Fujimori del Perú están en la cárcel en parte por su responsabilidad de mando en las desapariciones forzadas. En Guatemala, Efraín Ríos Montt fue juzgado y condenado por genocidio (incluidos los actos de desapariciones forzadas) a pesar de que su condena fue posteriormente anulada. En Colombia, con importantes bolsones de impunidad y a veces con graves retrocesos, se han hecho avances en términos de responsabilidad individual de quienes cometen este grave delito. Pero aún así, hay un largo camino por recorrer en otros países como El Salvador, Guatemala, Brasil, Uruguay, Honduras y Paraguay. Lamentablemente, como dice el Grupo de Trabajo, en México existe aún un patrón crónico de impunidad en materia de desapariciones forzadas.

El Grupo de Trabajo sabe, en parte debido a la experiencia de América Latina, que la familia de cada una de las personas que han desaparecido ha buscado, busca y continuará con la búsqueda de su ser querido hasta esclarecer su suerte o paradero. El Grupo de Trabajo cuenta en su base de datos con más de 43.000 casos de desapariciones forzadas a nivel mundial; todavía no sabemos su suerte o paradero. Mantener un caso abierto en nuestra base de datos, por lo tanto, es sinónimo de un fracaso indeseado para el Grupo de Trabajo. Pero también es un fracaso para la comunidad internacional, para América Latina, para México y para el resto de los países en relación a sus propios casos. Hasta que no sepamos lo que pudo haberles sucedido y donde están los desaparecidos existirá sin duda una deuda pendiente. ¿Cómo se puede salir adelante y superar este desafío? Las investigaciones revelan que en América Latina tenemos ejemplos que puede servirnos de guía, como las Comisiones de la Verdad en prácticamente todos los países, los equipos de antropología forenses en Argentina, Perú, Guatemala o servicios especializados de medicina forense como en Chile o Perú, los planes nacionales de búsqueda, las comisiones nacionales para la búsqueda y/o de identidad, por mencionar unos pocos.²⁰

El Informe del Grupo de Trabajo que en supra líneas se enlistan contienen recomendaciones puntuales para México. Las víctimas (entendidas no solo como la persona que desaparece sino también toda aquella que sufre un daño a consecuencia de la desaparición) tienen el derecho a la verdad, la justicia y la reparación. La desaparición forzada es un delito que continúa hasta que la suerte, el destino o el paradero de la persona se esclarecen. Y como tales, las desapariciones no son ni pueden ser consideradas como una cuestión del pasado. La desaparición forzada es una forma compleja de la violación de los derechos humanos y su conceptualización y las obligaciones que surgen de ella han sido ampliamente definidas en las últimas tres décadas, no sólo por el Grupo de Trabajo, sino también por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los tres primeros casos presentados a la Corte fueron casos de desaparición forzada, aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos no trata específicamente de esta cuestión. Desde entonces, el Tribunal Interamericano ha desarrollado una muy amplia y progresiva doctrina sobre las desapariciones forzadas. La jurisprudencia de la Corte en cuanto a la naturaleza continua del delito de desaparición, el derecho a saber, el derecho a la reparación, el derecho a la justicia y la inaplicabilidad de las leyes de amnistía y la prescripción en los casos de desapariciones forzadas son contribuciones esenciales del sistema interamericano.

Los casos mexicanos también le han permitido a la Corte refinar sus aproximaciones. Radilla Pacheco contiene múltiples avances en materias, tales como los deberes de investigación o la imposibilidad de utilizar la jurisdicción militar. O Campo Algodonero²¹ (caso de desaparición pero no necesariamente desaparición forzada) en materias tales como deberes de prevención, de investigación y reparación con perspectiva de género. América Latina no sólo ha contribuido al desarrollo de estas prácticas y la adopción de medidas institucionales y jurídicas frente a las desapariciones forzadas. Sus sociedades, a través de las organizaciones de familiares y organizaciones de derechos humanos, crearon, fortalecieron y desarrollaron el movimiento

mx/images/doc_pub/Informe-GIEI-Ayotzinapa.pdf

²⁰ La consulta actualizada sobre todas las recomendaciones en materia de derechos humanos formuladas al Estado mexicano, incluyendo las relativas al tema de desapariciones forzadas, se puede realizar en la página de internet: www.recomendacionesdh.mx, salvo las del GIEI, cuyo informe puede ser consultado en: <http://hchr.org>.

²¹ http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=347&lang=e

internacional de derechos humanos. Las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo en Argentina, la Vicaría de la Solidaridad de Chile, FEDEFAM, y muchas organizaciones en todos los países crearon nuevas estrategias de resistencia contra las dictaduras y las injusticias cometidas durante las guerras civiles e incluso en contra de las desapariciones en contextos democráticos. Y hoy vemos nuevos modelos como H.I.J.O.S. en múltiples países. Y México no es la excepción y podemos mencionar a organizaciones dedicadas exclusiva o fundamentalmente a las desapariciones o con un trabajo consolidado y consistente en este área, como la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México (AFADEM-FEDEFAM), Ciudadanos en Apoyo a los Derechos Humanos A.C. (CADHAC), Fuerzas Unidas por Nuestros Desaparecidos en México (FUNDEM), la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, el Centro de Derechos Humanos Fray Juan de Larios, el Centro de Derechos Humanos de la Montaña "Tlachinollan", el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, por sólo mencionar algunas. Sus trabajos, iniciativas, alianzas estratégicas con actores internacionales han servido de modelo en otras partes del mundo. No es posible estudiar y concebir el movimiento de derechos humanos hoy sin analizar sus orígenes y consolidación durante los decenios de 1970, 1980 y 1990 en América Latina, principalmente en reacción a las desapariciones forzadas.

Por último, no podemos entender este movimiento sin reconocer el papel protagónico de las mujeres que encabezan esta lucha. En México, Honduras, Guatemala, El Salvador, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Paraguay, Uruguay, Brasil, Argentina, como en tantos otros lugares, encontramos mujeres a la cabeza de la lucha por la verdad, la justicia, la reparación y la memoria de las víctimas de desapariciones forzadas. Pero no estamos satisfechos. Hemos recorrido un largo camino, pero todavía queda mucho por recorrer.

La desaparición forzada de los 43 estudiantes de Ayotzinapa es un claro llamado de atención para todos acerca de la dimensión y gravedad del problema que confrontamos y de la imperiosa necesidad de dar respuestas y adoptar políticas claras, coherentes, urgentes, eficientes, eficaces, participativas e inclusivas. Sobre tal circunstancia, es verdaderamente inentendible e insostenible la llamada "verdad histórica" que el gobierno mexicano brindo como explicación a lo sucedido en el basurero de Cocula, Guerrero.

Sin duda creo que estos desafortunados acontecimientos permiten que la sociedad mexicana y la comunidad internacional, de manera general, adviertan que hay todavía un camino más que largo por andar, que en temas como legislación, investigación, procesamiento, reparación del daño a las víctimas, y concientización de la población debemos sumar esfuerzos para no permitir que este tipo de desgracias vuelvan a tener lugar, no queremos volver a gritar... "VIVOS SE LOS LLEVARON, VIVOS LOS QUEREMOS"²²

BIBLIOGRAFIA

1.- La consulta actualizada sobre todas las recomendaciones en materia de derechos humanos formuladas al Estado mexicano, incluyendo las relativas al tema de desapariciones forzadas, se puede realizar en la página de internet: www.recomendacionesdh.mx, salvo las del GIEI, cuyo informe puede ser consultado en: http://hchr.org.mx/images/doc_public/Informe-GIEI-Ayotzinapa.pdf.

2.- Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, cuyo contenido puede ser consultado en: <https://www.ohchr.org/sp/issues/disappearances/pages/disappearancesindex.aspx>.

3. Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por México, el cual puede ser consultado en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=694:comite-contrala-desaparicion-forzada-observaciones-finales-sobre-el-informe-presentado-por-mexico&Itemid=282.

4. Informe de seguimiento de las recomendaciones formuladas por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, el cual puede ser consultado en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=762:informe-de-seguimiento-de-las-recomendaciones-formuladas-por-el-grupo-de-trabajo-sobre-las-desapariciones-forzadas-o-involuntarias&Itemid=281.

²² Frase exclamada en el ángel de la independencia, en la ciudad de México en el año 2016, con motivo del segundo aniversario de la desaparición de los 43 normalistas de Ayotzinapa.



- 5.-** Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- 6.-** Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de Personas.
- 7.-** Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- 8.-** Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, es posible consultarlo en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_sp.pdf.
- 9.-** Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 1995. Documento E/CN.4/1996/38. Traducción no oficial realizada por la ONU-DH México. Para consultar la versión original en inglés, visitar: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_en.pdf.
- 10.-** Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 1996 (Extracto). Documento E/CN.4/1997/34.
- 11.-** La desaparición forzada de personas en México, una mirada desde los organismos del sistema de naciones unidas. Primera edición. Octubre 2015.
- 12.-** Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 2000 (Extracto). Documento E/CN.4/2001/68.
- 13.-** Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 2005 (Extracto). Documento E/CN.4/2006/56.
- 14.-** Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 2007 (Extracto). Documento /HRC/7/2.
- 15.-** Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 2009. (Extracto). Documento A/HRC/13/31.
- 16.-** Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 2010. (Extracto). Documento A/HRC/16/48.
- 17.-** Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones (31 de octubre a 9 de noviembre de 2012). Documento A/HRC/WGEID/98/2.
- 18.-** Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, y el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993.
- 19.-** caso Rosendo Radilla Pacheco VS México, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=360.
- 20.-** Informe de Actividades 2006-2011 Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- 21.-** Desaparición Forzada en Ni Seguridad Ni Derechos –ejecuciones, torturay desapariciones en la guerra contra el Narcotráfico en México. Human Rights Watch, 2011. Pp 125-158.
- 22.-** http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=360
- 23.-** TRUJILLO, ÁNGEL ALONSO. “La naturaleza permanente en el delito de desaparición forzada de personas y sus implicaciones penales”, biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, Pp. 68. Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/5.pdf>
- 24.-** GIBLER, JOHN. “FUE EL ESTADO”. LOS ATAQUES CONTRA LOS ESTUDIANTES DE AYOTZINAPA (UNA HISTORIA ORAL DE LA INFAMIA, Editorial Pepitas de Calabaza, año 2017. Pp. 45-61.
- 25.-** <http://acnudh.org/convencion-internacional-para-la-proteccion-de-todas-las-personas-contra-las-desapariciones-forzadas/>.
- 26.-** Rodríguez, Gabriela, El régimen de las reservas en los tratados de derechos humanos, UNAM, México, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, 2001, tesis de maestría, p. 69.
- 27.-** Bermúdez, Renato de, Compendio de derecho militar mexicano, 2a. ed. rev. y aum., México, Porrúa, 1998. Carlos, Alejandro, Derecho militar mexicano, 2a. ed. corr. y aum., México, Porrúa, 2000.



De la Internacionalización de los Derechos Humanos al Control Difuso de Convencionalidad en México

JUAN ANTONIO
MACÍAS PÉREZ

TUTOR: DR. GUMERSINDO GARCÍA MORELOS



INTRODUCCIÓN

Hoy en día, los derechos humanos han adquirido un potencial y relevancia significativa en todos los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales del mundo; existen un sin número de tratados internacionales en esta materia y la mayoría de los Estados del orbe se encuentran adscritos y comprometidos a su prevención, protección, promoción y tutela.

Nuestro país a lo largo de su historia se ha mostrado proclive a la celebración y ratificación de tratados internacionales que reconocen derechos humanos; hoy en día, tiene suscritos 210 tratados,¹ de los cuales 12 son de carácter general; 4 sobre Asilo Político; 9 sobre Derecho Internacional Humanitario; 2 sobre Desaparición Forzada; 3 sobre Personas con Discapacidad; 4 sobre Discriminación Racial; 2 sobre Educación y Cultura; 3 sobre Erradicación de la Esclavitud; 37 sobre Extradición; 1 sobre Genocidio; 31 sobre Medio Ambiente; 10 sobre Protección de Menores; 4 sobre Migración y Nacionalidad; 2 sobre Minorías y Pueblos Indígenas; 13 sobre Derechos de las Mujeres; 5 en materia Penal Internacional; 27 sobre Propiedad Intelectual; 2 sobre Derechos de los Refugiados; 3 sobre Protección de la Salud; 5 sobre Erradicación de la Tortura y 31 sobre el Derecho al Trabajo.

En el presente trabajo, pretendo realizar un breve recorrido de los principales sucesos que propiciaron la internacionalización de los derechos humanos, para plasmarse en tratados trasnacionales con carácter obligatorio, impulsando la creación de un sistema universal de protección de derechos humanos y la creación paralela de tres sistemas regionales con el mismo objetivo, haciendo particular énfasis en lo relativo a los órganos y principales características del Sistema Universal y el Interamericano de los que México es parte.

Igualmente, se abordaran los orígenes del principio de Supremacía Normativa de la Constitución y de qué manera dicho principio ha ido permeando en la redacción de nuestra Carta Magna, haciendo énfasis en las diferencias de su redacción y grandes implicaciones que ello conlleva en la labor interpretativa de los operadores jurídicos; lo anterior como preámbulo para abordar el estudio de la doctrina estadounidense sobre el Control Judicial de la Constitución o “Judicial Review” y la forma en que se gestó dicha doctrina a partir del famoso caso “*Madbury vs. Madison*”, teniendo como referentes las primeras 10 enmiendas a la Constitución Norteamericana conocidas como Declaración de Derechos o “*Bill of Rights*” y el “Principio de Supremacía Constitucional”.

Lo anterior, para dar cuenta de la forma en que impactaron en nuestro país tales antecedentes, haciendo particular énfasis en las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que a su vez gestaron la doctrina del llamado “control difuso de convencionalidad” que junto con la reforma Constitucional del 10 de junio de 2011 y los criterios emanados de la resolución recaída al expediente Varios 912/2010, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han constituido un parte aguas, en los mecanismos de protección de derechos humanos internos, así como en los parámetros de control judicial en nuestro país, con lo cual se vive ahora una nueva dinámica en la que los operadores jurídicos tenemos la obligación de dominar además del derecho interno, los tratados internacionales, su jurisprudencia, las técnicas procesales de solución de antinomias como la ponderación, la interpretación conforme en sentido amplio o estricto y la inaplicación, siempre bajo directriz de potenciar la interpretación de normas que expandan el ejercicio de

derechos humanos y ceñir la interpretación de aquellas que pretendan restringirlos.

Ello permitió, transitar de un modelo concentrado y concreto de control casi exclusivamente constitucional, a un modelo mixto de control de constitucionalidad y convencionalidad que permite a los Tribunales el ejercicio de un control difuso, incluso ex-officio por todos los jueces del país, teniendo como parámetro de control los derechos humanos contenidos en la Constitución, así como los contenidos en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano, dando prevalencia al principio pro persona, donde se hará el señalamiento de los precedentes o criterios jurisprudenciales en los que se han establecido límites al ejercicio de dicho control difuso, como lo es el tema de las “restricciones constitucionales” o de la “imposibilidad de inaplicación de normas generales por tribunales locales”.

Finalmente, se realizara un ejercicio práctico de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, aplicando todo lo señalado en los apartados previos y siguiendo la técnica procesal establecida por la Jurisprudencia interamericana y la nacional.

Para el presente trabajo, me he apoyado en apuntes y algunos ensayos previos, particularmente los desarrollados en los módulos impartidos por los catedráticos de este Máster como mi tutor el Dr. Gumesindo García Morelos y los Doctores, Augusto Aguilar Calahorra, Javier Roldán Barbero y Vittorio Corasaniti a quienes expreso mi más profundo agradecimiento, esperando que éste sea un documento didáctico y de fácil comprensión en el complicado contexto en que los derechos humanos han transitado desde su reconocimiento internacional hasta nuestros días.

¹ Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, en los que se reconocen derechos humanos, consultados en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>



INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El proceso de internacionalización de los derechos humanos que da origen a lo que hoy denominamos Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), desde una perspectiva histórica, no es de época muy remota; después de la Segunda Guerra Mundial y como corolario de la sacudida que ésta ocasionó en la humanidad, prosperó con potencia el derecho internacional de los derechos humanos. Esta novedosa rama del orden jurídico fijó su centro de atención en el ser humano como sujeto de derechos y obligaciones en el plano internacional, como lo había sido desde siglos atrás en el ámbito interno, a efecto de que la dignidad humana se convirtiera ahora no solo en una preocupación, sino también en una ocupación jurídica.

Al día de hoy esta nueva rama del derecho se ha dimensionado y adquirido prestigio y reconocimiento internacional; sin embargo debe reconocerse que previo a este acontecimiento surgieron algunos intentos previos de reconocer ciertos derechos en el plano internacional. Algunos autores consideran como antecedentes obligados del proceso de internacionalización de los derechos humanos, el Derecho Humanitario Bélico y los Convenios de Ginebra como el de Trato Humanitario a Prisioneros de 1864 que pretendía establecer un acuerdo universal sobre ciertos derechos de las personas en tiempos de guerra, que a su vez fue la base para la fundación del Comité Internacional de la Cruz Roja, bajo las ideas de Henry Dunant³, o incluso la convención contra la esclavitud de 1926.³

Otro intento fallido fue la “Sociedad de las Naciones” creada por el Tratado de Versalles en 1919 al finalizar la Primera Guerra Mundial, sin embargo, el hecho de no regular situaciones como la obligatoriedad de las resoluciones, así como no disponer la prohibición del uso de la fuerza, motivó que fuera disuelta oficialmente en abril de 1946, al crearse la Organización de las Naciones Unidas (ONU), organismo al que fueron traspasados sus archivos y bienes⁴.

Luego del fracaso de la Sociedad de las Naciones y tras los terribles resultados de la Segunda Guerra Mundial, se vio la necesidad de crear un organismo de carácter universal y permanente que velara por la paz y seguridad de la humanidad, por ello países como Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética utilizaron el término de “Naciones Unidas” como reflejo del compromiso asumido en el acuerdo de los aliados del 12 de junio de 1941.

Posteriormente, en la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943, suscrita además por China, se consideró conveniente crear la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a efecto de velar por la paz y seguridad internacional, lo que originó que tanto en la Conferencia de Dumbarton Oaks y la Conferencia de Yalta⁵, se sentaran las bases de esta nueva organización, viéndose reflejadas en la Carta de las Naciones Unidas en el marco de la Conferencia de San Francisco de 1945 en la que se declaró su fundación; México fue uno de los países fundadores, firmando dicho instrumento el 26 de junio de 1945 y el 7 de noviembre de ese mismo año fue admitido en la ONU⁶.

3 Kolp, Robert. “Relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos”, Revista Internacional de la Cruz Roja, publicación del 30 de septiembre de 1998, consultada en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmgb.html>

4 Sanchez Pnton, Luis. “México y la Sociedad de las Naciones”. Revista de la Universidad de México, Número 4, Febrero de 1931, consultable en: http://www.revistadelauniversidad.unam.mx/ojs_rum/files/journals/1/articles/3688/public/3688-9086-1-PB.pdf

5 ONU sitio oficial, “Conferencia de Dumbarton Oaks y Yalta”, Historia de las Naciones Unidas, consultable en: http://www.un.org/es/aboutun/history/dumbarton_yalta.shtml

6 ONU sitio oficial, “Las Declaraciones de Moscú y Teherán”, Historia de las Naciones Unidas, consultable en: <http://>

JUAN ANTONIO MACÍAS PÉREZ

Es abogado especialista en Derecho Electoral y maestro en Derecho Constitucional y Amparo. Ha sido servidor público por más de 22 años. En 1998, se incorporó al Poder Judicial del Estado de Guanajuato y desde entonces se ha desempeñado como Ministro Ejecutor, Actuario por Oposición, Secretario de Juzgado Menor Interino, Secretario de Juzgado de Partido en Materia Civil por Oposición, y Juez Menor Mixto Interino en San Francisco del Rincón, Purísima del Rincón y Manuel Doblado, Guanajuato. Ha sido Juez de Partido Interino en materia civil en los juzgados Primero y Segundo Civil de Partido de San Francisco del Rincón, Guanajuato. Desde 2009 a la fecha, ha colaborado con organismos electorales como el Instituto Electoral del Estado de Guanajuato (IEEG), en el que actualmente se desempeña como titular de la Unidad Técnica Jurídica y de lo Contencioso Electoral, y en el Tribunal Estatal Electoral de Guanajuato (TEEG), en el que ha ejercido los cargos de Juez Instructor, Secretario de Sala, Secretario de Ponencia y, recientemente, como Secretario Coordinador de Ponencia.



La Carta de las Naciones Unidas forma parte esencial en la evolución de los derechos humanos al exhortar a materializar dichos Derechos Fundamentales, para que cada Estado en particular, procediera internamente a un proceso de constitucionalización, y externamente a la creación de documentos de carácter internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que refleja el origen y cimientos del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Así entonces, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París, proclamó la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; documento que surge casi a la par de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” que fue suscrita el 2 de mayo de 1948; sin embargo, la primera tiene un carácter Universal, en tanto que la segunda sólo tiene un carácter regional.

De esta manera, puede considerarse que un elemento central en la humanización del Derecho Internacional, sin duda alguna lo constituyeron las Primera y Segunda Guerra Mundial, cuyas aberraciones y pisoteos de la dignidad humana llevaron a las potencias del orbe a reflexionar sobre la idea de un mecanismo que asegurara la coexistencia pacífica de los Estados y buscar a toda costa, impedir una nueva guerra, con lo que la paz y los derechos humanos quedaron íntimamente unidos.

Los juicios de Núremberg, que comenzaron en el año de 1945 tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, dieron cuenta del grave error de posicionar al positivismo como el centro del universo jurídico, disociándose el derecho de la justicia, pues se tuvo que apelar a un derecho natural, a los principios generales del derecho y a lo moralmente aceptable para poder juzgar tales crímenes contra la humanidad, lo que de suyo, constituyó un parte aguas en el derecho internacional de los derechos humanos, pues por primera vez, se coloca al individuo no sólo como sujeto de derechos, sino también de obligaciones internacionales, al tiempo que se establecieron garantías procesales fundamentales del derecho de defensa de los acusados, más allá de una simple venganza de los vencedores, lo cual significó un avance importante en el derecho universal.

Tales juicios, inspiraron la posterior aprobación del Estatuto de Roma por la que se creó la Corte Penal Internacional, encargada de juzgar a los responsables de toda clase de crímenes de lesa humanidad y fueron precedente importante para la creación de otros Tribunales Internacionales Especiales como el de la Haya, encargado de juzgar a los responsables de genocidio en la ex-Yugoslavia y los de Ruanda.

Otros instrumentos de relevancia para el derecho internacional de los derechos humanos son la Convención contra el Genocidio de 1948, la Convención de Ginebra sobre estatutos de los refugiados de 1951, la Convención contra la Discriminación Racial de 1965, la Convención de Belem do Pará sobre derechos de las mujeres de 1979, la Convención contra la Tortura de 1984 y la Convención sobre derechos del niño de 1989, por citar algunas.

Derivados de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que no se concibió como un documento obligatorio, surgieron posteriormente en el año de 1966 dos pactos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; su escisión se debe principalmente a que el mundo occidental impulsaba en mayor medida los derechos contenidos en el primero, mientras que los Estados comunistas el segundo, por lo que no se logró que se redactaran en un solo tratado.

Así las cosas, la evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos sirve para ilustrar como a través de ésta se pone a la persona humana en el centro de los Derechos, pero hay que desatacar en la actualidad el respeto a los derechos humanos no es privativo de los Estados, pues existen otros actores como los mercados mundiales, empresas multinacionales, organizaciones terroristas, o cualquier otra donde se detecte alguna relación asimétrica de poder, a quienes también se les ha querido obligar a que cumplan con éstos derechos.

Un avance en la referida evolución es que ahora un individuo puede recurrir ante los Tribunales Internacionales demandando a un Estado, al tiempo que un individuo también puede ser demandado ante éstos, por ejemplo cuando se es juzgado por un Tribunal Penal Internacional. Así pues los valores clásicos del derecho internacional se han humanizado hasta el punto de darles más peso a los individuos, reconociéndose los derechos de las personas y los pueblos.

Estas grandes transformaciones, dieron paso a la creación de organismos internacionales encargados de la prevención, protección, promoción y tutela. En el plano supranacional, el Sistema Universal de los Derechos Humanos aglutina la mayor cantidad de países miembros y aunado a éste, existen tres sistemas regionales de protección de derechos humanos, el Interamericano, el Europeo y el Africano.

Cada uno de estos sistemas regionales tiene un nivel de eficacia distinto, el Africano por ejemplo, es el menos desarrollado mientras que el Europeo es el más desarrollado y eficaz; el Interamericano podríamos decir que se encuentra en un nivel intermedio. Cada uno cuenta con distintos mecanismos de protección, algunos no-judiciales como los informes por países, otros cuasi-judiciales como las medidas cautelares o provisionales y un sistema judicial, donde los casos se tratan individualmente, son resueltos por un órgano que cuenta con características de Tribunal supra nacional y donde se dicta una resolución después de un procedimiento en el que se respeten todas las garantías del debido proceso en el que quedan esclarecidos los hechos objeto del juicio y se aplica el derecho en resoluciones formal y materialmente obligatorias para los estados parte bajo la premisa de los principios de buena fe y pacta sunt servanda.

En el caso particular de México, se encuentra adscrito al Sistema Universal y al Sistema



Interamericano de Derechos Humanos, por lo que se abundará en los apartados subsecuentes de sus principales órganos y características.

SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) surge en 1945 con la firma de la Carta de San Francisco a la que le precedió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que si bien no tenía fuerza vinculante, lo cierto es que en la actualidad muchos tratados se inspiran en dicha declaración, por tanto su valor jurídico se ha acrecentado y equiparado a su propio valor moral que es muy grande e importante para la humanidad.

La ONU está compuesta principalmente por cinco órganos principales que son: La Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Secretaría General, la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya y el Consejo Económico y Social (ECOSOC).

De los anteriores, los más relevantes son la Asamblea General de las Naciones Unidas, que actualmente congrega a 193 Estados con voto en lo individual; puede deliberar y resolver cualquier tema internacional; no aprueba actos vinculantes u obligatorios, solo recomendaciones; sus resoluciones tienen carácter político o moral y la presión social juega un papel importante en el cumplimiento de éstas por parte de los Estados y recoge derechos y deberes como el de la fraternidad.

Emitió en 2006 los objetivos del milenio a 2015, de los cuales algunos se cumplieron y otros no y en 2016 se emitieron ahora los Objetivos de Desarrollo Sostenible con vigencia a 2030; éstos se orientan a los bienes públicos globales que son la paz, el desarrollo, el medio ambiente y los derechos humanos.

Así como, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que se conforma por cinco estados permanentes con derecho de veto; trata la paz y la seguridad internacional; aprueba misiones internacionales y tiene la facultad de garantizar la seguridad de los derechos humanos, incluso por la fuerza; al respecto la resolución 1973 del año 2011 sobre Siria es importante, porque marca la trascendencia de los derechos humanos sobre la paz y la seguridad.

También cuenta con órganos subsidiarios como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el ACNUR, la

UNICEF, o la ONU Mujeres, al igual que con Órganos Especializados como la Organización Internacional del Trabajo OIT, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Unesco, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Mundial del Comercio, por citar los más importantes; son organismos de distintas filosofías e ideologías por lo que se les ha criticado como un monstruo de 100 cabezas.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos se creó en 2006 y se compone de 47 miembros; depende de la Asamblea General, con el objetivo de considerar las situaciones de violaciones a los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto, además de encargarse de la justicia Universal puede crear Tribunales Penales Internacionales Ad-hoc y A-posteriori; emitió el Estatuto de Roma de 1998 y creó la Corte Penal Internacional de La Haya en 2003.

Ante los Comités de Derechos Humanos, se pueden presentar quejas individuales que se tramitan en un procedimiento cuasi-jurisdiccional y emite recomendaciones, aunque también tienen la función de investigar por su parte a los Estados.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye el marco para la promoción, protección y salvaguarda de los derechos humanos más importante en el Continente Americano, procurando mecanismos de defensa a quienes han sufrido alguna violación de sus derechos humanos en alguno de los países parte.

El sistema interamericano se compone por:

La Organización de Estados Americanos (OEA) con sede en la ciudad de Washington D.C.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sede en la ciudad de Washington D.C.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en San José de Costa Rica.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

Aunque para algunos autores el origen del Sistema Interamericano se remonta al Congreso de Panamá convocado por Simón Bolívar en 1826, la Organización de Estados Americanos (OEA) fue creada en 1948 cuando se suscribió la carta de la OEA en Bogotá, Colombia y entró en vigencia en diciembre de 1951, la carta fue enmendada en varias ocasiones posteriores, por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985; por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992 y finalmente por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993.⁷

La Organización fue creada con el objetivo de lograr “un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”⁸, entre sus Estados Miembros, que actualmente ascienden a 35 estados independientes de las Américas, además ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE).

La Carta de la Organización de Estados Americanos, dispone que la

⁷ Historia de la OEA, consultada en: http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp

⁸ Artículo 1° de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

principal función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, deberá promover la observancia y defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esa materia.⁹

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por resolución VIII, de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en dicha resolución se proclama que:

“(…) la armonía entre las Repúblicas americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas (…)”.

“(…) los gobiernos de los Estados americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana”.¹⁰

El estatuto de la Comisión fue aprobado el 25 de mayo de 1960 y sus miembros elegidos el 29 de junio del mismo año, en 1961 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó a realizar visitas in situ a distintos países, en noviembre de 1965, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro, Brasil, modificó el estatuto de la Comisión para efecto de ampliar sus funciones y facultades.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compone de siete miembros, quienes deben ser personas de alta autoridad moral y de reconocida versación en materia de derechos humanos, durarán en su mandato cuatro años y podrán ser reelectos por un único periodo adicional. La directiva de la comisión estará compuesta por un Presidente, Primer Vicepresidente y Segundo Vicepresidente, con un periodo de un año, pudiendo ser respectivamente reelegidos una sola vez en cada periodo de cuatro años.

Para el cumplimiento de su mandato, la Comisión tiene las siguientes atribuciones:

1. Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alega que Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana o aquellos Estados que aún no la han ratificado han violado derechos humanos.
2. Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado Miembro, cuando lo considera apropiado.
3. Realiza visitas in loco a los países para analizar en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica. En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos que sea observada, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.
4. Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas. A tales efectos, la Comisión lleva a cabo y publica informes sobre temas específicos; tales como, las medidas que deben adoptarse para garantizar un mayor acceso a la justicia; los efectos que tienen los conflictos armados internos en ciertos grupos; la situación de derechos humanos

⁹ *Ibidem*, Artículo 106.

¹⁰ Declaración de Santiago de Chile adoptada con motivo de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 a 18 de agosto de 1959, Acta final, <http://www.oas.org/consejo/sp/rc/Actas/Acta%205.pdf>

de niños, niñas y adolescentes, de las mujeres, de las y los trabajadores/as migrantes y sus familias, de las personas privadas de libertad, de las y los defensores/as de derechos humanos, de los pueblos indígenas, de las personas afrodescendientes y de las personas privadas de libertad; sobre la libertad de expresión; la seguridad ciudadana y el terrorismo y su relación con los derechos humanos; entre otros.

5. Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales y otros, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del sistema interamericano de derechos humanos.

6. Recomienda a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del Continente.

7. Solicita a los Estados Miembros que adopten medidas cautelares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto de una petición ante la CIDH en casos graves y urgentes. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Convención Americana, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de “medidas provisionales” en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso aún no haya sido presentado ante la Corte.

8. Presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos.

9. Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la Convención Americana.

10. Recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, de conformidad con el Artículo 45 de dicho instrumento”.¹¹

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dispone la creación de la Corte

¹¹ Extraído de la página <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>



Interamericana en 1969, sin embargo fue hasta el 22 de mayo de 1979, una vez que entró en vigor la convención cuando los estados partes eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana, la primer reunión de la Corte se celebró del 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la Organización de Estados Americanos en la ciudad de Washington, D.C.

Actualmente la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra en San José de Costa Rica, ello por ofrecimiento de ese gobierno y ratificada la propuesta por los estados partes de la Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978, la ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979. A partir de ese momento, la Corte ha sido portadora de la jurisdicción interamericana para el mejor acceso a la justicia de quienes denuncian la violación de sus derechos fundamentales.

La Corte Interamericana se integra por siete jueces elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que duraran en su encargo seis años con posibilidad de ser reelectos por una sola ocasión. La Corte elegirá a su presidente y Vicepresidente por un período de dos años quienes podrán ser reelectos.

El Estado mexicano aceptó la competencia de la Corte Interamericana desde el 16 de diciembre de 1998 al reconocer su competencia contenciosa, algunas reservas¹², mismas que consistieron esencialmente en lo siguiente: la primera, derivada de lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece la facultad exclusiva del Poder Ejecutivo Federal para hacer abandonar del territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, así como la prohibición para que los extranjeros se inmiscuyan en los asuntos políticos del país; y la segunda, en el sentido de que la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solamente sería aplicable

a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de la declaración del reconocimiento de su competencia contenciosa, por lo que tal afectación no debe tener efectos retroactivos.

Lo anterior es de relevancia, pues no se estableció ningún tipo de reserva sobre primacía de las disposiciones Constitucionales respecto de las Convencionales en caso de que resultaran incompatibles.

FUNCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos para el cumplimiento de sus objetivos cuenta con dos funciones: una jurisdiccional que se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana y una función consultiva que se rige por lo dispuesto en el artículo 64 del cuerpo normativo en cita.

Por lo que hace a la función jurisdiccional, sólo la Comisión, respecto de los Estados partes de la Convención Americana que hubieren reconocido la competencia de la Corte, está autorizada para someter a su decisión un caso relativo a la interpretación o aplicación de la Convención Americana.

El procedimiento ante la Corte se compone de las fases siguientes:

- 1.- Etapa Postuladora (Escrita).
- 2.- Etapa probatoria (Oral).
- 3.- Etapa conclusiva Sentencia (escrita).

Por lo que hace a la función consultiva de la Corte, los Estados parte pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

Una característica de nuestro sistema regional es la debilidad de los mecanismos de implementación; es decir, que aun cuando pareciera que una decisión de la Comisión o de la Corte se implementará automáticamente, lo cierto es que si un Estado parte decide ignorarlas, el sistema es bastante débil en sus mecanismos para hacerlas cumplir, a diferencia del sistema Europeo, donde existe un tercer órgano que es el Consejo de Europa que a través de su Comité de Ministros tiene entre sus funciones la de hacer cumplir las determinaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; se reúne cada quince días e incluye en su agenda de temas a tratar el incumplimiento por parte de los Estados miembros de cualquier resolución de la Corte y les pide explicaciones hasta que cumplen y sólo así puede salir el tema de la agenda.

En contraste, en nuestro Sistema, la Convención Americana lo único que prevé es que los informes sobre incumplimientos tanto de la Comisión como de la Corte, se remiten a la Asamblea General de la OEA que se reúne una vez al año. Además, en los últimos años, el Consejo Permanente de la OEA, que es un órgano político formado por los Embajadores ante la OEA en Washington, maneja la agenda de la Asamblea General y recibe los informes de la Comisión y de la Corte. Esto ha impedido que exista algún tipo de discusión política por la Asamblea General sobre el incumplimiento por parte de algún Estado. Esto representa una gran desventaja para el sistema, porque aquellos Estados que no quieren cumplir con sus obligaciones no se ven exhibidos en la Asamblea General como ocurre en Europa.

Trinidad y Tobago por ejemplo, incumplió una medida cautelar otorgada por la Corte, que le impedía ejecutar a varias personas que fueron objeto

¹² Datos obtenidos de la página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consultada en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.html #México:

de protección¹³ y no obstante, ejecutó a una de ellas, incluso unos días antes de que se reuniera la Asamblea General de la OEA; sin embargo, a pesar de esta actitud que podría considerarse hasta desafiante, no se pudo conseguir ni siquiera que la relación entre Trinidad y Tobago y la Corte entrara en la agenda de la Asamblea General.

A pesar de ejemplos desalentadores como éste, lo cierto es que nuestro sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha logrado avances importantes; desde mi perspectiva, fue gracias a su jurisprudencia en asuntos contra México que se han inspirado reformas que han logrado cambiar estructuralmente, por ejemplo, el sistema acusatorio penal, que ahora debe ser oral en todos los Estados de la República, con lo que se pretende lograr más transparencia en los juicios criminales y disminuir las confesiones obtenidas mediante tortura; por otro lado, dicha jurisprudencia sirvió como referente obligado del parte aguas que significó para México la reforma Constitucional del 10 de junio de 2011 y la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de nuestra Nación para transitar de un modelo concentrado y concreto de control constitucional y convencional, a un modelo mixto que permite el control difuso, incluso ex-officio por todos los jueces del país, teniendo como parámetro de control los derechos humanos contenidos en la constitución, así como los contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, dando prevalencia al principio pro persona.

Adicionalmente, debe recalcar que la Convención Americana consagra en su artículo 2 la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, si el ejercicio de dichos derechos “no estuviere ya garantizado en el Estado por disposiciones legislativas o de otro carácter”, lo que significa que incluso deben modificar si fuese necesario sus propias Constituciones para hacerlas compatibles con la Convención.

Lo anterior, no constituye en mi opinión un atentado contra el principio de soberanía de los Estados, pues debe recordarse que para que un tratado reciba fuerza legal, no se logra solo con su suscripción por parte del Ejecutivo del Estado, sino que deben ser ratificados o cumplir con determinados trámites para que reciban fuerza legal interna y es ahí donde la soberanía de los Estados adopta la obligatoriedad del tratado y es con base en esa soberanía que éste adquiere esa fuerza legal interna.

En ese sentido, un país que se jacte de respetar el Estado de Derecho a sus ciudadanos no puede desconocer el cumplimiento de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados así como de su interpretación o jurisprudencia bajo el pretexto del nacionalismo o la soberanía de sus constituciones.

En este aspecto resulta interesante la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Hilaire y otros vs. Trinidad y Tobago*¹⁴. Al momento de dictar las medidas reparatorias, en particular, respecto de la violación del artículo 2 por la existencia de legislación interna que establecía la pena de muerte como pena obligatoria, la Corte decidió no sólo que el Estado debía adecuar la legislación interna en materia de pena de muerte, sino que entregó pautas concretas respecto de qué aspectos debían ser reformados y el contenido de dicha reforma. Al efecto la Corte señaló:

“212. Esta constatación conduce a la Corte a considerar que el Estado de Trinidad y Tobago debe abstenerse de aplicar la ley mencionada y, dentro

de un plazo razonable, debe modificarla, adecuándola a la Convención Americana y otras normas internacionales de derechos humanos, conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de ésta, de manera que se garantice el respeto y el goce de los derechos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso legal y a las garantías judiciales, consagrados en ese mismo instrumento internacional. Entre las respectivas modificaciones de la legislación debe quedar incluida la referente a la introducción de diversas categorías (tipos penales) de homicidio intencional, que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta las circunstancias del delito y del justiciable, y se debe establecer una gradación de los niveles de severidad de la pena que guarde relación con la gravedad de los hechos y con la culpabilidad del imputado”.

Finalmente es necesario precisar que aún y cuando la Convención Americana o los Reglamentos de la Comisión o de la Corte no establezcan mecanismos o instrumentos coercitivos para hacer cumplir sus determinaciones, no hay que olvidar que desde el derecho interno de cada país se pueden accionar los mecanismos jurisdiccionales para hacer cumplir esas determinaciones, por ejemplo en el caso de México, podría solicitarse un Amparo Indirecto ante un Juzgado de Distrito en contra de la omisión de cualquiera de las autoridades del Estado Mexicano que se encuentre vinculada al cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana y creo que no existiría impedimento para que por esta vía se pudiese ejecutar.

Incluso la Convención Americana en su artículo 68.2 dispone expresamente que la indemnización compensatoria se podrá ejecutar por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias, lo que bien podría ser interpretado de manera extensiva hacia cualquier prestación de condena que se encuentre incumplida por parte del Estado.

GENERALIDADES DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es un orden normativo que establece los poderes del Estado, los constituye, los ordena, prevé y establece sus límites,

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “James y otros Vs. Trinidad y Tobago”; resolución del 25 de junio de 1999.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*.



reconoce los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos o individuos que conforman la comunidad política y los mecanismos de control del poder político, así como los objetivos y los cometidos de la comunidad.

En todos estos aspectos la constitución se presenta como un sistema preceptivo, no descriptivo de deber ser, en el cual, el pueblo ejerce la función del poder constituyente, establece los distintos órganos de poder, los constituye y les da competencias, de esta manera los ordena. En todas estas funciones la Constitución se presenta como una "ley superior" y en esta frase se establece la categoría de "Supremacía Normativa de la Constitución".

La Constitución es ley superior en el orden interno por dos razones fundamentales: en primer término, porque define el sistema de fuentes formales de derecho, es decir la Constitución es norma, fuente de fuentes y significa que la Constitución establece el mecanismo de creación, el órgano que va a crear las leyes, su composición, cómo está integrado, cómo se lleva a cabo el procedimiento legislativo, qué tipo de leyes pueden emanar de este órgano y entonces todos los productos del parlamento, las leyes que se apegan a estas reglas cumplen en el sentido formal con las reglas de la Constitución y por tanto se consideran fuente de derecho en ese orden jurídico determinado.

Entonces la Constitución establece las normas de producción del resto de las normas, de los ordenamientos del sistema jurídico. Un ejemplo de ello es la disposición prevista en el artículo 94, párrafo VII de la Constitución, que establece que los órganos del Poder Judicial de la Federación y determinados tribunales pueden crear jurisprudencia vinculante o pueden interpretar la ley.

De esta forma la Constitución está estableciendo como fuente de producción jurídica, la jurisprudencia de los tribunales y establece

también el mecanismo para su creación, para su producción o bien remite al legislador a través de un mandato para que desarrolle esta norma.

La segunda razón por la que la Constitución se considera como ley superior es porque tiene una intención de permanencia superior a la de las normas ordinarias. Esto significa que en virtud de su cometido y de la naturaleza de su contenido tiene una intención de permanencia histórica mucho más a largo plazo que el resto de las normas del ordenamiento que forman parte de este marco globalizado, aunado a mecanismos de rigidez que implican mayores requisitos que cualquier otra reforma.

Por ello, las normas de una Constitución provienen de un poder constituyente y no de los poderes constituidos como el resto de las normas del sistema jurídico y además la validez del resto de las normas depende de su conformidad formal y material, con la Constitución, de lo contrario serán normas inválidas, no vinculantes por no apegarse a los principios y reglas establecidos en la Constitución.

De esta manera se distingue como poder constituyente, aquel que crea, que da la

Constitución y los poderes constituidos, los establecidos y regulados en la Constitución.

La concepción del valor normativo de carácter superior que tiene la Constitución que la hace inmune a las leyes ordinarias, ya sean generales, federales o locales e incluso a las constituciones de las entidades federativas y que la coloca por encima de estas, deriva fundamentalmente de la migración de un precepto constitucional y jurisprudencia norteamericana; sin embargo, como se dará cuenta en los apartados posteriores, en México no se ha querido entender que dicho principio debe regir para estructurar el orden interno y no en la interacción de éste con las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA

En Inglaterra durante la colonia norteamericana regía el principio y la idea de soberanía parlamentaria, nada ni nadie por encima de los actos del parlamento, ya que éste era soberano y, por tanto, la ley parlamentaria era también soberana, era inmune.

Esta fue una situación natural, ya que el parlamento en la historia constituyente inglesa fue reivindicando facultades y poderes al soberano y por supuesto, estos poderes no querían ponerse o sujetarse a debate y mucho menos querían ser invalidados por ningún otro poder.

Sin embargo, en E.U. las circunstancias y las condiciones fueron diferentes, pues los colonos norteamericanos reivindicaron sus derechos frente a los poderes del parlamento y entre otros aspectos, en uno muy particular como el fiscal, se preguntaban por qué habrían que pagar los desproporcionados impuestos establecidos por el parlamento británico, apelando que sobre estos actos existe un derecho superior.

Para llegar a esta idea de un derecho superior, se debe considerar que Inglaterra ejercía una soberanía parlamentaria, en tanto que las colonias americanas basaron su reivindicación independentista en la concepción de un derecho superior o más elevado, basándose en las ideas de pensadores como Locke sobre la democracia, conforme a la cual la comunidad tiene poder supremo para preservar las libertades y prosperidades de los ciudadanos frente a cualquiera, incluso frente al legislador y entonces surgió un nuevo poder para controlar al parlamento, que es el Poder Judicial.

Así entonces los colonos concebían que las leyes del Parlamento pueden ser declaradas nulas y los actos invalidados si no se adecúan a los principios del derecho natural o inherente a las personas, incluso Alexander Hamilton retoma estas ideas y establece que los jueces tienen una vinculación más fuerte a este acervo de las personas, que la debida a las leyes.

De esta manera, el principio de Supremacía Normativa de la Constitución, fue incorporado en el artículo 6, párrafo 2 de la Constitución Norteamericana de 1787, que expresamente estableció que la Constitución es la ley suprema del país, en términos muy semejantes a la otrora redacción del artículo 126 de la Constitución Mexicana de 1857 (actualmente artículo 133).

Dicho precepto norteamericano establece textualmente lo siguiente:
Artículo 6.-

2. 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 cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en

contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.¹⁵

La referida cláusula, fue la base para establecer que la Constitución es una ley superior y las otras leyes deben adecuarse a ella, idea que rápidamente fue tomada o aceptada por varios estados que integraron la confederación norteamericana.

BILL OF RIGHTS O DECLARACIÓN DE DERECHOS NORTEAMERICANA

Otro elemento que coadyuvó a la doctrina de la *judicial review*, fueron las diez primeras enmiendas a la Constitución Norteamericana de 1789, conocidas como *Bill of Rights*, que se proclamaron dos años después y establecieron entre otras cuestiones, una limitación al poder legislativo, pues constituyen un agregado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y entre otros aspectos, señalan que el poder legislativo no puede crear leyes que coarten las libertades de los ciudadanos ahí constituidas, estableciendo con ello un límite al poder legislativo, que si se sobrepasa puede ser invalidado.

Estos dos elementos (cláusula de supremacía normativa de la Constitución y limitación del poder legislativo en la declaración de derechos contenida en las enmiendas) fueron los que a la postre, se utilizarían por la Suprema Corte de Justicia Norteamericana, en el caso "Marbury vs. Madison" para sustentar la facultad de todos los jueces de declarar la inconstitucionalidad de normas que no se ajusten a la Constitución, incluso de oficio.

Caso Marbury vs. Madison y consolidación de la Doctrina del Control Difuso de Constitucionalidad o *Judicial Review*

Pese a los antecedentes que se han referido, los tribunales de los Estados que conformaron la confederación norteamericana y la propia Corte Suprema, en ningún momento habían invocado en sus sentencias siquiera la posibilidad de analizar si una norma podría ser o no compatible con la Constitución, siendo hasta 1803 que la Suprema Corte Norteamericana emitió una sentencia paradigmática y muy estudiada por la doctrina, conocida como el caso "Marbury vs Madison" cuando fungía como Presidente el juez John Marshall.

¹⁵ Archivos de la Nación Norteamericana, consultados en: <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>



En ella se establece de manera definitiva que la Constitución es superior a cualquier ley del poder legislativo y que por tanto ésta puede ser invalidada en caso de que se contravenga a la Constitución.

PLANTEAMIENTO DEL CASO

En 1801 fungía como Presidente de los Estados Unidos John Adams y éste pertenecía al Partido Federalista.

Las circunstancias políticas de ese momento fueron un contexto ideal para el surgimiento de esta doctrina.

Durante el mandato de John Adams se caracterizó por favorecer a grupos económicos importantes, entonces en la elección perdió la Presidencia y gana Thomas Jefferson que pertenecía al Partido Demócrata Republicano, durante este último año de mandato. John Adams nombra como su Secretario de Estado a John Marshall; entonces el Presidente Adams se retira y deja a John Marshall al frente de la Casa Blanca y en ese inter le propone al Presidente Adams que emita una ley orgánica de los tribunales que fue aprobada por el parlamento en la que entre otras cosas se creaba un mayor número de juzgados y entre ellos de jueces de paz y esto con el fin de dar un cargo a los miembros del Partido Federalista, ya que además iba a dejar el poder.

Entonces Marshall como es el encargado de expedir los nombramientos y cuando asume el poder Jefferson nombra como su Secretario de Estado a Madison y éste se encuentra con que no se habían entregado cuatro nombramientos firmados precisamente por Marshall como Secretario de Estado, y uno de ellos es Marbury, por lo que éste solicita un mandamiento o una orden de ejecución a la corte con fundamento en la Ley Orgánica de los tribunales, donde solicita le sea entregado su nombramiento y que se le ponga en posesión del cargo.

Entonces Marshall se encontraba en una situación complicada, ya que él había expedido el nombramiento y éste no fue entregado y por otra parte si la Corte ordenaba al partido en el poder que entregara el nombramiento a Marbury, es probable que Madison se negara a cumplir el mandamiento con lo cual se pondría en duda la autoridad de la Corte, por lo que Marshall hábilmente ideó una salida.

Señaló que la Constitución Norteamericana establece que la Corte siempre debe actuar en

segunda instancia y nunca de primera mano, y este artículo en el que se funda la pretensión de Marbury se refiere a una primera instancia porque dice que la corte debe emitir un mandamiento sin que haya un órgano jurisdiccional que previamente se haya pronunciado y precisa que éste es contrario a la Constitución y por tanto no debe aplicarse en el caso concreto y entonces Marshall llega a la conclusión que no solo los jueces de la Corte Suprema sino todos los jueces están facultados para no aplicar en el caso concreto una norma que sea contraria a las disposiciones de la Constitución.

De esta forma Marshall y los jueces de la Corte no tuvieron que pronunciarse sobre un asunto que era sumamente delicado y sobre el cual Marshall debía de haberse excusado en algún momento.

Este tipo de control constitucional de actos y de normas se denomina control difuso, porque es llevado a cabo por todos los jueces que integran el poder judicial como deben resolver un caso concreto y al hacerlo aplican una norma entonces están obligados de acuerdo con esta doctrina a verificar que tal norma sea conforme con la Constitución y si no lo es puede desaplicarla.

SUPREMACÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN EN MÉXICO

En todas las constituciones o leyes supremas que han regido la vida de México, ha sido recogido el principio de supremacía constitucional, aunque de diversas maneras. En el artículo 237 del decreto de Apatzingán de 1814¹⁶, se refería “se observará inviolablemente el tenor de este decreto, y no podrá proponerse alteración, adición ni supresión de ninguno de los artículos...”.

En el artículo 24 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824¹⁷ se estableció “Las constituciones de los estados no podrán oponerse a esta acta, ni a los que establezca la Constitución General: por tanto, no podrán sancionarse hasta la publicación de esta última”.

Por su parte, en el artículo 161-III de la Constitución de 1824¹⁸, se dijo: “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 ó que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera”.

Asimismo, en el artículo 22 del Acta de Reformas de 1847¹⁹, se plasmó: “Toda ley de los Estados que ataque la Constitución o las leyes generales, será declarada nula por el Congreso...”.

En el artículo 126 de la Constitución de 1857²⁰ se señaló: “Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, 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”. Dicha redacción pasó incólume al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917²¹.

16 Consultado en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf

17 Consultado en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/acta.pdf

18 Consultado en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf

19 Consultado en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/reformas-1847.pdf

20 Consultado en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf

21 Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

Finalmente, llama la atención la redacción del artículo 133 de la Constitución en su posterior reforma de 1934²² que literalmente dispuso lo siguiente: “Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán 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”.

Como puede apreciarse, el artículo 126 de la Constitución de 1857, cuya redacción pasó sin modificación alguna a ocupar el arábigo 133 de la Constitución de 1917, simplemente establecía que tanto la Constitución como las leyes y los tratados serían Ley Suprema de toda la Unión, sin especificar que las leyes del Congreso o los tratados debían ajustarse a aquella, siendo hasta la reforma de 1934 donde se incorporó la frase “que estén de acuerdo con la misma” en referencia no solo a las leyes del Congreso como debió haber sido, sino también a los tratados, lo que ocasionó que a la postre esto fuese interpretado por la Suprema Corte (incorrectamente en mi concepto) como un impedimento para poder realizar control difuso de convencionalidad respecto de restricciones constitucionales, como se verá más adelante.

Lo anterior se corrobora, al analizar los dictámenes de las cámaras de Senadores y Diputados en torno a la reforma del artículo 133 Constitucional verificada en 1934²³, en los que literalmente se estableció lo siguiente:

DICTAMEN DE LA CÁMARA DE ORIGEN (SENADORES)

“La reforma a este artículo es más al texto que a su contenido. El artículo actualmente en vigor no especifica que los Tratados Internacionales, junto con la Constitución y las Leyes expedidas por el Congreso, sea la Ley suprema de la unión, siempre que estén de acuerdo con la misma. Por esto hemos creído conveniente hacer esta salvedad, pues en caso de conflicto entre las disposiciones contenidas de un Tratado Internacional y las de la propia Constitución, sería difícil, teniendo a la vista los textos constitucionales únicamente, decidir cual de las dos disposiciones debe prevalecer, por esto de una manera clara establecemos en este artículo la supremacía de la Constitución”.

DICTAMEN DE LA CÁMARA REVISORA (DIPUTADOS)

“Es obvia la razón que se ha tenido en cuenta para reformar el artículo 133 de la Constitución en la forma propuesta por el Ejecutivo y que el Senado acepta, pues si bien es verdad que los tratados internacionales también son Ley Suprema de la Unión, esto es, en cuanto no estén en pugna con la Ley Fundamental que es la Constitución”.

Así las cosas, las motivaciones trasuntas revelan varias incongruencias, por un lado se señala que no es una reforma de fondo sino sólo de forma, cuando en realidad han sido enormes las implicaciones que ha tenido dicha modificación gramatical en la interpretación de los tribunales de nuestro país.

Por otra parte, la cámara de origen apunta que dicha modificación resulta conveniente, porque en caso de conflicto entre las disposiciones contenidas en un tratado internacional y la Constitución, sería “difícil” decidir cuál debiera prevalecer y por ello deciden someter a los Tratados Internacionales al imperio de la Constitución; sin embargo, no toman en cuenta que existen casos en que los derechos contenidos en los tratados pueden favorecer en mayor medida a las personas que incluso la propia Constitución, por lo que parece un argumento fuera de lugar y sin ninguna consideración que sustente la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de dicha modificación; además de que deja de observar la esencia del principio de supremacía normativa de la constitución tal y como fue concebido en la Constitución Norteamericana que fue la que le sirvió de inspiración, como se dio cuenta en las líneas que anteceden.

Por su parte, la cámara revisora igualmente expresa razonamientos insuficientes que justifiquen dicho cambio tan sustancial, al referir que se trata de una modificación obvia, sin la menor discusión en ambas cámaras de los pros y los contras que acarrearía la decisión.

Llama la atención que en la misma fecha en que se aprobó dicha reforma al artículo 133 Constitucional (18 de enero de 1934), se aprobó una diversa reforma al artículo 42, en la que se excluyó a la Isla de la Pasión o Isla de Clipperton, como parte integrante del territorio nacional, con motivo del fallo pronunciado por el Rey de Italia en favor de la República Francesa, dando a esa nación la propiedad de la isla y luego de una larga espera de 22 años de que se había acordado sujetar la disputa a un laudo arbitral conforme al derecho internacional.

Lo anterior, por diversas razones, la primera, porque si la reforma al artículo 133 Constitucional pretendía sujetar a los tratados internacionales al imperio de la constitución y además era algo tan “obvio”, resulta contradictorio que en esa misma fecha se apruebe una reforma en la que se modifica la Constitución, precisamente para dar cumplimiento a un acuerdo internacional en el que se sometió el conflicto sobre la propiedad de una isla de nuestro territorio nacional, a la decisión arbitral a cargo del Monarca de un país Europeo, cuya resolución le fue adversa a México.

Pero más aún, en el documento que contiene la exposición de motivos y dictámenes de las cámaras de origen y revisora de la aludida

22 Consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_016_18ene34_ima.pdf

23 Consultados en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/proclLeg/016%20-%2018%20ENE%201934.pdf



reforma al artículo 42 Constitucional²⁴, aunque no existe consenso de los legisladores en la decisión de aprobar o no la respectiva iniciativa, lo cierto es que todos coinciden en que se trata de un acuerdo internacional que se debe cumplir.

En dicho documento se apunta que México “está comprometido por su honor a cumplirlo, ya que así lo estatuye el artículo 3 del Convenio firmado por las dos altas partes contratantes”. y que “para cumplir debidamente el fallo que otorgó a Francia la soberanía de la Isla de la Pasión, se requiere reformar la Constitución General de la República... para hacer honor al compromiso contraído por México”

Asimismo, los razonamientos de los legisladores que participaron en la discusión de la iniciativa, especialmente quienes se reusaban a acatar el fallo en sus términos, expresaban un profundo respeto por éstos, como se desprende de la intervención del Senador Marte R. Gómez que señaló:

“Siento gran respeto por los fallos arbitrales y me explico la actitud de nuestra Secretaría de Relaciones al pretender que México no se presente como enemigo de su cumplimiento. En realidad, los países débiles no tienen, para defender sus derechos, más camino que el que les señalan las normas jurídicas.

Tengo, sin embargo, mis dudas personales sobre la eficacia del sistema arbitral para la defensa de los intereses de los pueblos débiles. México ha sido un sostenedor del programa de los arbitrajes; pero México ha sido castigado reiteradamente por el arbitraje, ya que constantemente han sido desconocidos sus derechos. La primera vez que se sometió un conflicto ante el Tribunal de Arbitraje de La Haya, fue cuando México llevó a su consideración el asunto de los Fondos Píadosos de las Californias, y México fue objeto del fallo más injusto, pues fue condenado a pagar un censo perpetuo, precisamente en una ocasión en que todo el derecho estaba de nuestra parte.

Ese arbitraje adverso, unido a otro que nos es favorable; pero que no se ha cumplido, nos demuestra lo poco eficaces que son para la defensa de los derechos de los pueblos débiles, los señalados arbitrajes; pero insisto en creer que el respeto a los fallos arbitrales es la única defensa, sino real, por lo menos moral, que esos pueblos débiles tienen; y en el presente caso yo no propondría simplemente que desconociéramos el fallo arbitral o que nos rehusáramos a acatarlo”.

Por el contrario, el referido legislador, lo que proponía era que se rechazara el dictamen, pero a efecto de que se formara una comisión para allegarse más pruebas de la propiedad de México sobre la isla e interponer un procedimiento legal, con la finalidad de plantear la derogación del fallo arbitral conforme a las normas del Derecho Internacional.

Por otra parte, alguno de los legisladores que estuvo a favor de aprobar la iniciativa señaló que: “podemos rechazar o pedir la reconsideración de un fallo, cuando, constitucionalmente, la cuestión que se propone pueda tener una abertura, cuando se haya dejado un espacio para pedir esa reconsideración; pero no cuando de plano hemos admitido, como un componente que somos de la familia de las naciones, viviendo bajo determinados principios y preceptos de derecho Internacional generalmente aceptados, la resolución arbitral del Rey de Italia... Creo que, en este caso, debemos someternos a las leyes del Derecho Internacional, como lo hemos hecho ya durante treinta años”. Lo que denota el profundo respeto que se tenía en aquel tiempo por el cumplimiento de los acuerdos internacionales, pues se comprometía nada más y nada menos que el honor de una nación.

Resulta entonces paradójico que en esa misma fecha se aprobase una reforma al artículo 133 Constitucional en el que se pretendiera someter a los tratados al imperio de la Constitución y al mismo tiempo dicho ejemplo sirve para romper el mito de que un tratado internacional no puede obligar a un estado a modificar su constitución, pues la reforma de 1934 al artículo 42 Constitucional, da cuenta de lo contrario.

Adicionalmente, considero necesario hacer una acotación para los fines que persigue el presente trabajo, señalando que en mi opinión la redacción del principio de Supremacía Normativa establecido originalmente en el artículo 126 de la Constitución de 1857 y posteriormente en el 133 de la de 1914, si bien se inspiró en la redacción del artículo trasunto de la Constitución Norteamericana²⁵, se aprecia que el Poder Reformador de la Constitución de 1934, incurrió en un gravísimo sesgo en su redacción, que ha propiciado numerosos problemas para la aceptación plena del derecho internacional de los derechos humanos como parámetro de control en el derecho interno, e incluso como una norma Suprema, y por consiguiente, que mediante el control difuso de convencionalidad se pueda realizar un ejercicio de compatibilidad entre la propia Constitución y los Tratados.

En efecto, si se compara el artículo 6, párrafo 2 de la Constitución Norteamericana de 1787, con el artículo 133 de nuestra Carta Magna a partir de su reforma en 1934, se apreciará que en el primero se establece claramente que se considerará como Ley Suprema: por un lado la Constitución y las leyes que se expidan con arreglo a ella y por otro, todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, es decir no establece que los tratados también tendrán que estar ajustados a la constitución, sino solo que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos.

En cambio, en el caso de México, el referido artículo 133 Constitucional reformado en 1934 señala lo siguiente:

TEXTO REFORMADO EN 1934

Artículo 133.- 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 Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces

²⁴ Consultable en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/proclLeg/015%20-%2018%20ENE%201934.pdf

²⁵ El texto original del artículo 133 de la Constitución de 1917, tiene su antecedente inmediato en el artículo 126 de la Constitución de 1857 que, a su vez, se inspiró en el artículo 6°, inciso dos, de la Constitución de los Estados Unidos de América.

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.²⁶

En ese sentido, en mi concepto se incurrió en un sesgo perniciosos al redactarse en ésta el principio de Supremacía, pues se sujeta o pretende sujetar a los tratados a que estén de acuerdo a la Constitución, cuando el precepto que funge de inspiración en la Constitución norteamericana únicamente sujetaba a las leyes del Congreso para que estuvieran conforme a aquella, lo cual resulta congruente con una idea de supremacía en el orden interno, pero no en la interacción de éste con el derecho internacional de los derechos humanos.

Además es acorde a la lógica que las constituciones internas de los Estados no pueden estar en un nivel superior a los tratados que internacionalmente éstos suscriben y ratifican, pues ante un conflicto entre los propios Estados no existiría certidumbre y seguridad jurídica respecto a cuál derecho aplicar, por lo que resulta absurdo pensar que los tratados puedan supeditarse a las Constituciones internas, máxime que los propios tratados establecen mecanismos de reserva si algún estado se compromete sólo parcialmente a su cumplimiento y en el caso de México no existe una reserva respecto a las restricciones constitucionales, por citar un ejemplo.

CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO

Parece una verdadera paradoja que a pesar que desde 1857 se introdujo en la Constitución mexicana la cláusula de supremacía constitucional, ésta no haya permeado en el orden interno como el apego irrestricto de las normas secundarias y de todos los actos de poder y de autoridad a la Constitución, con la consecuente facultad de todos los jueces de vigilar la compatibilidad de las normas con aquella; a este ejercicio de compatibilidad se le denomina control de constitucionalidad.

Pero ello se debió en gran medida a las diversas interpretaciones de la Suprema Corte y tribunales federales sobre dicha facultad, de cuyo análisis se advierte que el control de constitucionalidad pasó de ser difuso de 1919 hasta 1949 donde se centralizó en el Poder Judicial Federal a través de los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad, excluyendo incluso paradójicamente a uno de sus órganos, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; lo anterior, no propiamente por virtud de una disposición legal o constitucional, sino derivado de distintas construcciones jurisprudenciales como las que se citan a continuación:

“CONSTITUCIÓN, IMPERIO DE LA” (Registro IUS 289, 870). Abril de 1919, todas las leyes que se opongan a lo dispuesto en la Constitución no debían ser obedecidas por ninguna autoridad.

“CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY” (Registro IUS 336,181). Mayo de 1934, todos los jueces de la República tienen la obligación de sujetar sus fallos a los dictados de la constitución, a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir en otras leyes secundarias.

“LEYES DE LOS ESTADOS, CONTRARIAS A LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES” (Registro IUS 335,247). Agosto 1935, los únicos que pueden determinar la inconstitucionalidad de algún precepto son los tribunales de la Federación.

“LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS” (Registro IUS 356,069). Febrero de 1939, la observancia del artículo 133 de la Constitución Federal es obligatoria para los jueces locales de toda categoría.

“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA EXAMINARLA Y ESTATUIR SOBRE ELLAS” (registro IUS 326,678) y **“CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL IMPUESTO AL SUPERPROVECHO COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA DECIDIR SOBRE ELLA”** (Registro IUS 326, 642). Abril de 1942, todas las autoridades del país deben observar la Constitución a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en otras leyes.

“LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS” (Registro IUS 320,007). 1949, solo las autoridades judiciales de la Federación puede conocer de los problemas de “anticonstitucionalidad”.

“CONSTITUCION Y LEYES SECUNDARIAS, OPOSICIÓN EN LAS” (registro IUS 268, 130). Septiembre 1959, la vía adecuada para resolver los problemas sobre la oposición de una ley secundaria y la Constitución era el juicio de amparo.

“CONSTITUCIÓN. SU APLICACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTRAVENIDA POR UNA LEY ORDINARIA” (registro IUS 270, 759) 1960, si bien las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer declaratorias de inconstitucionalidad de leyes, en observancia al artículo 133 están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal cuando una ley ordinaria la contravenga directamente.

“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXÁMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN” (número de registro IUS 269,162). Septiembre de 1968, sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio de amparo.

“LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS. SU VIOLACIÓN ALEGADA ANTE EL TRIBUNAL DE APELACIÓN” (número de registro IUS 242, 149). Agosto de 1971, todas las autoridades judiciales deben apegar sus resoluciones a la Constitución.

“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN” (Registro IUS 242, 028). Junio de 1972, el examen de la constitucionalidad de las leyes solamente está a cargo del Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo.

26 Redacción del artículo 133 en la reforma Constitucional de 1934, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de ese año, consultada en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_016_18ene34_ima.pdf



“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN” (Registro P./J. 74/99). Mayo 1995, el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, criterio reiterado mediante las tesis, “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN” (Registro P./J. 73/99) y “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA”. (Registro 2ª./j. 109/2004).

“TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES” (Registro P./J. 23/2002). Jurisprudencia por contradicción que quedó posteriormente sin efecto por la reforma constitucional al artículo 99 publicada el 13 de noviembre de 2007 en el Diario Oficial en la que se facultó a las Salas del Tribunal Electoral para inaplicar leyes electorales contrarias a la Constitución.

Como se puede apreciar, durante alrededor de 30 años se permitió de manera casi unánime el control difuso de constitucionalidad, pues los criterios fueron orientándose a la primacía de la Constitución sobre todo el orden jurídico interno y la consecuente obligación de todas las autoridades de observarla pese a las disposiciones en contrario que existieran en leyes secundarias; posteriormente los criterios revelan una visión intermedia en donde se reconocía que aunque los jueces no podían declarar la inconstitucionalidad de normas, estaban obligados a observar en primer término la Constitución, como una especie de facultad de inaplicación tácita, hasta que finalmente, se estabilizaron los criterios prohibitivos sobre el control difuso de constitucionalidad de leyes. Todo esto, sin que en el decurso del tiempo hubiese habido modificaciones al artículo 133 Constitucional que justificaran tales cambios de criterios.

En la actualidad, dichos criterios prohibitivos han sido superados con los nuevos criterios derivados de la resolución emitida en el expediente varios 912/2010 sobre la que más adelante se profundizará, resultante de la presión internacional a la que se vio sometida la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular la pronunciada el 23 de noviembre del año 2009 en el Caso Radilla Pacheco vs. México, que sumado a la reforma Constitucional del 10 de junio de 2011, formaron un parte aguas en el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México, así como en la obligatoriedad que ahora se reconoce a los Tratados Internacionales y su jurisprudencia.

Conforme al nuevo paradigma referido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, “el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada”.²⁷

Lo anterior se puede ejemplificar de la forma siguiente:

Tipo de Control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible resultado	Forma
Concentrado:	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): Controversias constitucionales y acciones de Inconstitucionalidad. Amparo Indirecto. Amparo Directo.	105, fracciones I y II 103, 107, fracción VII 103, 107, fracción IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes. No hay declaratoria de inconstitucionalidad.	Directa
Control por determinación constitucional específica:	Poder Judicial de la Federación (Tribunales de amparo): 1. Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. 2. Amparo Indirecto. 3. Amparo Directo.	Art. 41, fracción VI, 99, párrafo 6° 99, párrafo 6°	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Directa e incidental
Difuso:	Resto de los tribunales 1. Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos. 2. Locales: Judiciales, administrativos y electorales.	1°, 133, 104 y derechos humanos en tratados. 1°, 133, 116 y derechos humanos en tratados	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Incidental
Interpretación más favorable:	Todas las autoridades del Estado mexicano	Artículo 1° y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad.	Fundamentación y motivación

Al respecto, el Dr. Gumesindo García Morelos expresa que “La idea del control constitucional ha progresado en México, sobre todo por medio de coordinadas elaboradas en la aplicación del derecho convencional. Los jueces ordinarios deben y pueden aplicar e interpretar la Constitución, con el límite del enjuiciamiento de normas generales. A este respecto, la eficacia de los derechos fundamentales se ha ensanchado; de la verticalidad se ha pasado a su horizontalidad (Tesis I.30.C.739 C), es

²⁷ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo varios 912/2010, 14 de julio de 2011, párrafo 34.

decir, su validez entre particulares, por lo cual es factible su tratamiento en los litigios civiles, familiares (Tesis I.30.C.781 C) y laborales, entre otros”.

CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es el mecanismo jurídico a través del cual la Corte Interamericana o los jueces de un Estado parte, convirtiéndose en jueces interamericanos verifican la compatibilidad de las normas que deben aplicar en un caso concreto, a efecto de que las disposiciones de la Convención no se vean mermadas en cuanto a su objeto y fin.

En tal sentido, resulta necesario precisar que dicho control al ejercerse por parte de los jueces nacionales debe interpretarse no solo respecto de la Convención Americana, sino de cualquier tratado internacional suscrito y ratificado por México que reconozca tales derechos, aunque debe reconocerse que fue a raíz de la labor de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se comienza a generar esa doctrina.

Con respecto al tema, el Dr. Sergio García Ramírez en el artículo intitulado “El Control Judicial Interno de Convencionalidad”²⁸ refiere que la doctrina del “Control de Convencionalidad” es una concepción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y figura en la jurisprudencia de varios países americanos, entre ellos México.

En ese sentido, con la firma y ratificación de un tratado internacional, el Estado parte asume una serie de obligaciones, entre las que se pueden destacar las siguientes:

1.- La obligación de su cumplimiento, lo que se establece verbigracia en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, o en el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y se conoce como principio “Pácta sunt servanda”.

Lo anterior, vincula a todas las autoridades de los estados partes a que asuman los compromisos internacionales contraídos y se comprometan a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en su respectivo ámbito de competencia.

2.- La obligación de armonizar sus ordenamientos internos con las normas de los tratados internacionales, lo que se deriva verbigracia del artículo 27 de la Convención de Viena;²⁹ y la Observación General número 31, párrafo 16, del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Conforme a tales disposiciones, un Estado parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno para dejar sin efecto el cumplimiento de los Tratados Internacionales.

La aludida obligación de armonización no excluye ningún tipo de ordenamiento interno, por lo que incluso si la Constitución Nacional de un estado parte es incompatible con las normas del tratado, se debe reformar, tal y como ha sido establecido, verbigracia, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 69/98³⁰ en el

²⁸ García Ramírez, Sergio, “El Control Judicial Interno de Convencionalidad”, revista IUS versión impresa ISSN 1870-2147, Vol. 5, No. 28, Puebla, jul./dic. 2011, consultable en documento electrónico en la página web <http://www.scielo.org.mx>.

²⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 69/98 del 27 de septiembre de 1998, durante el 100° Período Ordinario de Sesiones, párrafo 97.

que estableció “En los casos en los que una disposición constitucional resulta incompatible con la Convención, el Estado parte está obligado, de conformidad con el artículo 2, a adoptar las medidas legislativas (constitucionales y ordinarias) necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención”, lo cual fue validado por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dicho caso conocido como “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), siendo éste el primer caso de control de convencionalidad de normas constitucionales³¹

3.- La obligación de reparación integral en caso de vulnerar derechos humanos, misma que consiste conforme a la Observación General 31, párrafo 16, en restitución, rehabilitación, y adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas, la presentación de disculpas públicas; testimonios oficiales; ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia; reforma de leyes y prácticas aplicables y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos.

De las obligaciones de derecho internacional aquí enunciadas, surge la doctrina del control difuso de convencionalidad, que de acuerdo a lo que señala el profesor Eduardo Ferrer MacGregor, “tiene dos manifestaciones: una de carácter ‘concentrada’ por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter ‘difusa’ por los jueces nacionales, en sede interna”.³²

En cuanto a la segunda de las manifestaciones aludidas, que es la que a este estudio interesa, es de destacarse que el Profesor Néstor Pedro Sagüés señala que los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sientan deberes específicos para los Estados adheridos; el primero, de respetar los derechos de tal pacto internacional, y el segundo, de garantizarlos sin discriminación alguna y adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para efectivizar aquella garantía aludiendo al “efecto útil” que debe tener dicho pacto.³³

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros Vs. Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 97 y punto resolutivo 4.

³² Ferrer MacGregor, Eduardo, El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional, acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2010, p. 173.

³³ Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 8, no. 1, 2010, ISSN



Refiere que en el escenario interamericano se puede dar cuenta de algunos antecedentes en torno al control de convencionalidad, que en primer término constituyeron simplemente votos aislados, que se pueden ubicar desde los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* y *Tibi vs. Ecuador*³⁴, donde el Juez Sergio García Ramírez, jurista mexicano, exponía los principios del control de convencionalidad, en la forma siguiente:

“27.- No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.³⁵

“3.- En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos...”³⁶

Los párrafos recién insertos corresponden a un voto razonado, lo que evidencia que esta doctrina fue gestándose a través de los años y de menos a más, para finalmente formar parte de los razonamientos y parte decisoria de las sentencias emitidas por ese órgano internacional.

0718-0195, pp. 117-136.

34 García Ramírez, Sergio y Morales, Julieta. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el periodo 2007/2009” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 13, Madrid, 2009, pp. 503 y 504, citado en Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 8, no. 1, 2010, ISSN 0718-0195, p.118. pero aclara que se hace remontar la gestión del control de convencionalidad a lustros atrás. Ver Rey Cantor, Ernesto, (2008), pp. 51 y ss.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez del 25 de Noviembre del año 2003.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez del 7 de septiembre de 2004.

Sin embargo precisa que fue hasta la sentencia emitida el 26 de septiembre de 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*”, cuando se definió por primera vez dentro del marco de vigencia de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica, el llamado “control difuso de convencionalidad” de la forma siguiente:

“124.- La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.³⁷

Por su parte en el párrafo 125 se agrega un dato adicional: “En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”³⁸.

En este mismo sentido la Corte Interamericana al resolver el caso de los trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, refinó su doctrina al establecer que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.³⁹

En ese orden de ideas, queda claro que el criterio de la Corte Interamericana se ha ido orientando en el sentido de presuponer que, como el derecho interno de cada Estado parte puede ser modificado incluso con posterioridad a la firma de los tratados internacionales, no resulta válido que éste se invoque para evadir el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas respecto al tema de los derechos humanos reconocidos en dicho instrumento constitucional o restringirlos de alguna manera, aunado a que tal disposición se encuentra prevista en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

Por lo anterior, no sería posible plantear la inconstitucionalidad de algún tratado internacional como la Convención Americana de los Derechos Humanos en el caso de que alguna de sus disposiciones contraviniera la Carta Magna de un Estado Parte, pues en este caso se estaría invocando una disposición de derecho interno para inobservar el clausulado de dicho tratado internacional, lo cual, como se ha dicho conforme a la interpretación aludida estaría prohibido.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

38 Ver resolución de la CIDH del 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, párrafo 125, consultada en el sitio web <http://www.corteidh.or.cr/>.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

Más aún, si se considera que una de las obligaciones de los Estados que forman parte de la Convención Americana, es adecuar su derecho interno a los postulados contenidos en dicho instrumento, por lo que lo correcto sería que se modifique la Constitución interna de un país para hacerla acorde a la Convención Americana y su jurisprudencia obligatoria, como ya se ha establecido en algunos precedentes de la propia Corte Interamericana.

A decir del Profesor Sagüés, “Dicho ‘control de convencionalidad’ se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales”⁴⁰.

De los anteriores precedentes jurisprudenciales sobre el control de convencionalidad, y bajo la visión del Profesor Ferrer Mac-Gregor⁴¹, se pueden extraer las siguientes consideraciones esenciales:

1. Principio de legalidad. Los jueces y tribunales nacionales están sujetos al imperio de la ley, que les obliga a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico; sin embargo, este principio ha sufrido un cambio fundamental en el Estado constitucional de derecho, donde las leyes deben también estar sometidas a la Constitución y los Tratados. De ahí que la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes sean un paradigma para el constitucionalismo de nuestros días.

2. Principio de convencionalidad. El principio de legalidad coexiste con el de convencionalidad, desde que los Estados se han comprometido a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales que voluntariamente se han sometido. Por una parte, los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades que establece la CADH, y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin ningún tipo de discriminación (artículo 10.); además de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer valer esos derechos y libertades; por otra, reconocen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica aceptar que los tribunales nacionales han dejado de tener la última palabra en determinados supuestos, teniendo las decisiones de ese Tribunal Internacional el carácter de “definitivas e inapelables” y los Estados parte se comprometen “a cumplir la decisión” (artículos 67 y 68.1 de la CADH).

3. Supremacía convencional. La “supremacía constitucional” se está redimensionando, a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. Los Estados se comprometen a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales, creándose asimismo órganos de promoción, supervisión y control, donde los tribunales regionales en la protección de estos derechos tienen una especial incidencia en los órdenes jurídicos nacionales. Lo anterior se advierte en nuestra región, en donde la CADH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (incluidas las Constituciones), como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una “supremacía convencional”.

⁴⁰ Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 8, no. 1, 2010, ISSN 0718-0195, p. 117.

⁴¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*, acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2010, pp. 184-187.

4. Buena fe y principio del efecto útil. En la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, la Corte Interamericana interpretó los artículos 10 y 20 de la CADH, criterio que ha seguido en los años siguientes. Sostiene que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de “buena fe” y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Precisamente la Corte fundamenta el control de convencionalidad en la buena fe, por lo que establece que los jueces deben velar por el *effet utile* de los instrumentos internacionales para que no sea mermado o anulado por aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento convencional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

5. Control de convencionalidad. Derivado de lo anterior, los jueces nacionales no sólo están obligados a realizar un control de constitucionalidad dentro de sus respectivas competencias y atribuciones, sino también un control de convencionalidad, en la medida en que de no hacerlo, se podría producir una responsabilidad internacional del Estado.

CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Con base en lo previamente anotado, este tipo de control tiene las siguientes características básicas:

i) El juez nacional como juez interamericano. Los jueces de los Estados parte se convierten en “guardianes” de la convencionalidad de las leyes y demás actos nacionales, al permitirles realizar un ejercicio o test de compatibilidad entre éstos y la CADH o cualquier instrumento internacional vinculante.

ii) Carácter difuso. Se encomienda dicho control a todos los jueces nacionales, sin importar la materia, jerarquía o si son jueces ordinarios o



constitucionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

iii) Ex officio. Este control lo deben realizar los jueces nacionales con independencia de petición o solicitud de parte, en el caso que estén conociendo.

iv) Bloque de convencionalidad. Atendiendo al corpus iuris interamericano, el control de convencionalidad debe extenderse a sus protocolos adicionales y otros instrumentos internacionales, de conformidad al reconocimiento de cada Estado y de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana; asimismo, debe también extenderse a la jurisprudencia de dicho tribunal regional (que en estricto rigor no sólo se configura con los casos contenciosos, sino también con las opiniones consultivas y con criterios derivados de las medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento de las sentencias, donde se interpreta la normatividad convencional). De ahí que estemos ante un auténtico “bloque de convencionalidad”, como parámetro de control ejercido por los jueces nacionales;

v) Efectos. Las normas y actos inconventionales carecen de efectos jurídicos desde un inicio, lo cual repercute evidentemente en los actos derivados de aquéllos.

Con base en lo anterior se coincide con los profesores Néstor Pedro Sagüés y el propio Sergio García Ramírez, que el “control difuso de convencionalidad” no sólo debe implicar la aplicabilidad directa de la normativa convencional, sino que además se deben otorgar “efectos expansivos” a la jurisprudencia que emita la Corte Interamericana, como si se tratara de un “Tribunal Constitucional Latinoamericano” y aceptarla como obligatoria, tal como ha sucedido en países como Costa Rica, Colombia, Perú y República Dominicana, donde ya se habla de un “bloque de constitucionalidad”.

Con tales premisas, se sientan y organizan las bases de la doctrina sobre el Control Difuso de Convencionalidad ex officio, mismas que constituyen jurisprudencia interamericana y por ende, obligatoria, por virtud de la cual todos los jueces de los estados parte de la Convención Americana tienen la obligación de ejercer dicho control como medio regularidad de todos los actos y normas de derecho interno, incluso las constitucionales, obligación que data desde el 26 de septiembre de 2006 en que se emitió el primer criterio con carácter vinculante.

No obstante lo anterior, fue hasta el año 2008 cuando en México se dicta la primera sentencia acerca del Control de Convencionalidad, en el Amparo Directo Administrativo 1060/2008, de índice del Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo, con residencia en el Décimo Primer Circuito y como lo señala el propio accionante Dr. Gumesindo García Morelos, “En ella se determinó que el derecho convencional se encontraba en el mismo rango de la Constitución, lo que respondía a los principios convencionales internacionales”.⁴²

Pero más grave aún resulta que los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales federales sobre la obligatoriedad de los Tratados Internacionales y el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, al paso del tiempo, no han sido congruentes desde un punto de vista externo, ni uniformes desde un punto de vista interno, pues han tomado rumbos distintos y a veces hasta contradictorios.

Retrospectiva sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales según la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Como ya se estableció, nuestro país cuenta con un sistema jurídico propio e interno y al mismo tiempo forma parte de la comunidad internacional sujetándose al marco jurídico de derecho internacional al que se encuentra adherido. Ante esta dualidad, derivada de la coexistencia de los sistemas jurídicos locales y de normas de carácter internacional, se genera la distinción entre el derecho nacional o interno y el derecho internacional o supranacional, atento a la fuente de la cual emanan y su ámbito espacial de aplicación.

Ante ello, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen el deber de atender en lo sustantivo, no sólo al orden jurídico interno del país, sino también a la existencia de normas de carácter internacional que por virtud del mecanismo constitucional establecido en los artículos 1 y 133 de la Carta Magna han quedado incorporadas al orden jurídico interno y a las normas locales que existan para establecer en un caso dado, cuál es la norma aplicable para regir el acto jurídico materia de la controversia y en su caso considerar si dichas normas son compatibles con la constitución y las normas de carácter internacional vinculantes.

Sin embargo, aún con antelación a la reforma del artículo 1 constitucional, la obligatoriedad de los tratados internacionales en México se establecía en el artículo 133 de la Constitución federal, mismo que fue interpretado por nuestro Alto Tribunal en diferentes momentos y al efecto fue emitiendo en las últimas décadas diversos criterios jurisprudenciales que han pretendido dar respuesta a esta problemática y ubicar en un cierto nivel de jerarquía normativa a los tratados internacionales.

En un primer momento el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretando el referido artículo 133 de la Constitución Federal, al emitir la tesis P. C/92, cuyo rubro es “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”⁴³ estableció que tanto los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, como las leyes federales, ocupan el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas que integra el orden jurídico mexicano y que por ese motivo una ley no podía ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

⁴² García Morelos, Gumesindo, “Control de Convencionalidad de los Derechos Humanos en los Tribunales Mexicanos”, Primera Edición, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015, p.27.

⁴³ Tesis aislada visible en la página 27 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 60, diciembre de 1992, Octava Época, registro 205596.

No obstante lo anterior, esta tesis fue abandonada con base en el criterio sustentado por el propio Tribunal Pleno al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, sosteniendo en dicho asunto que los tratados internacionales están en una jerarquía superior, sobre el derecho federal y el local, salvo que la Constitución General de la República señale algún caso especial. Este criterio se consagra en la tesis P. LXXVII/99, bajo el rubro "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL".⁴⁴

Posteriormente, el mismo Pleno del máximo tribunal del país emitió la tesis P. IX/2007, cuyo rubro es: "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"⁴⁵ en la que se sostiene 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, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, una responsabilidad de carácter internacional.

Así, queda claro que con base en la citada tesis jurisprudencial, el criterio que venía imperando en la Corte, es que los tratados internacionales se encuentran inmediatamente después de la Constitución y por encima del resto del ordenamiento jurídico, sin embargo, cabe mencionar que varios doctrinistas y especialistas del derecho constitucional y derecho internacional, en oposición a dicho criterio jurisprudencial e incluso antes de la reforma al artículo 1 de junio de 2011, fueron ubicando a los tratados internacionales con contenido en materia de derechos humanos en el mismo plano que la Constitución, bajo el razonamiento de que no puede afirmarse que un derecho humano valga más que otro y por ende, que una disposición prevalezca sobre la otra, por el hecho de que se encuentre contenida en la constitución o en un tratado, cuando ambas, como se dijo son Ley Suprema de toda la Unión.

En ese sentido, conforme al principio "pro persona" en caso de duda o colisión de los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico nacional o internacional (si éste resulta aplicable México), se debe atender, a la norma o a la interpretación que resulte más benéfica para el individuo o que represente menores restricciones en el ejercicio de sus derechos con independencia de la jerarquía normativa del instrumento que los contenga; este principio se encuentra íntimamente vinculado con el principio de progresividad y maximización de los derechos humanos conforme al cual si una ley (que pudiera ser secundaria, ya sea federal o local), independientemente de su jerarquía normativa, reconociera de manera más favorable un derecho humano, podría eventualmente preferirse inclusive frente a la propia Constitución federal o a un tratado internacional aplicable.

Esta interpretación que en su momento fue meramente doctrinal, a la postre se dotó de un contenido específico y ha influido sin duda alguna en el ánimo del poder reformador de la Constitución en la más trascendente

reforma a la Constitución federal en materia de derechos humanos, de la que se dará cuenta en el apartado siguiente.

Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011 y la importancia del artículo 1.

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011, como lo señala el Presidente de la Suprema Corte Juan N. Silva Meza, "es probablemente la modificación más trascendental que se ha hecho al texto constitucional desde el año 1917,⁴⁶ es consecuencia de los cambios en la dinámica social y la necesidad de hacer efectivo, formal y sustantivamente, el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la norma fundamental y en los tratados internacionales signados por México".

Esta reforma incorpora el enfoque de derechos humanos como eje rector de la actuación de las autoridades y de las relaciones que se establecen entre las y los particulares; lo anterior implica un cambio sustancial que consiste en concebir a la persona ya no como objeto de protección del Estado, sino como sujeto de derechos plenos que deben ser protegidos y garantizados por las autoridades".

Como ha quedado establecido en los apartados anteriores, previo a la reforma constitucional aludida, prevalecía la teoría clásica de derecho constitucional que establecía la supremacía de nuestra Carta Magna en un sistema cerrado, es decir, la constitución se encontraba por encima de todo el resto del sistema normativo, inclusive respecto de los tratados internacionales, por lo que la adecuación o no de las normas inferiores con la constitución determinaba su validez y el "bloque de constitucionalidad" lo formaban únicamente los contenidos de la propia constitución.

Con la multicitada reforma, se introduce una cláusula de apertura, de tal forma que el bloque de constitucionalidad lo conforman ahora tanto los contenidos expresos de la Carta Magna como los de los tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México, lo que deviene importante para nuestro sistema jurídico interno, pues tales derechos se elevaron a rango constitucional, aunado a que quedaron incorporados al texto de la Constitución los principios de interpretación conforme y pro persona.

44 Tesis aislada visible en la página 46 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, noviembre de 1999, Novena Época, registro 192867.

45 Tesis aislada visible en la página 6 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, abril de 2007, Novena Época, registro 172650.

46 Juan N. Silva Meza, "El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, año XVIII, 2012, p. 152.



La incorporación de estos principios supone reconocer la naturaleza jurídica de las normas de derechos humanos presentes en las cartas fundamentales, como normas que establecen pisos mínimos de protección, siendo susceptibles de ampliación e interpretación, privilegiando aquella que favorezca de mayor manera a las personas, lo que conlleva identificar el contenido esencial de los derechos a través de las previsiones normativas y constitucionales del orden jurídico interno, las normas convencionales y los criterios jurisprudenciales de los organismos autorizados para su interpretación⁴⁷

A la par, se estableció de forma expresa la obligación de todas las autoridades de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a tales derechos fundamentales, lo que implica dar a conocer los derechos humanos a sus titulares, abstenerse de realizar conductas que violen u obstaculicen esos derechos, velar por su protección aun entre los particulares y realizar todas las medidas necesarias para lograr su materialización.

Lo anterior se logra a través de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que también fueron incorporados al artículo 1 y son definidos por la Comisión Nacional de Derechos Humanos⁴⁸ de la forma siguiente:

Principio de Universalidad: Señala que los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual.

⁴⁷ Caballero Ochoa, José Luis, "La Cláusula de Interpretación Conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, pp.174-185, consultado en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/41/pr/pr12.pdf>

⁴⁸ Conceptos tomados de la página oficial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su portal oficial con liga electrónica http://www.cndh.org.mx/Que_son_derechos_humanos.

Principio de Interdependencia: Consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros, de tal manera que el reconocimiento de uno de ellos, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos que se encuentran vinculados.

Principio de Indivisibilidad: Se habla de indivisibilidad de los derechos humanos en función a que poseen un carácter indivisible pues todos ellos son inherentes al ser humano y derivan de su dignidad.

Lo anterior quiere decir que disfrute de los derechos humanos sólo es posible en conjunto y no de manera aislada ya que todos se encuentran estrechamente unidos.

Principio de Progresividad: Constituye una obligación del Estado para asegurar el progreso en el desarrollo constructivo de los derechos humanos, al mismo tiempo, implica una prohibición para el Estado respecto a cualquier retroceso de los derechos.

Asimismo, introdujo el término “derechos humanos” que es universalmente válido para referir al conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, y se modificó la denominación del título primero para quedar “De los derechos humanos y sus garantías”, cuando originalmente se denominaba “De las garantías individuales”; de esta manera se alinea el término “garantía” como la institución de naturaleza procesal a través de la cual se protegen los derechos.

Por otra parte, al verificarse el cambio de “individuo” por el de “persona”, se posibilita la protección de derechos humanos a entes colectivos o personas jurídicas, siempre y cuando estos derechos puedan ser compatibles con su naturaleza.

Los anteriores cambios paradigmáticos para nuestro sistema jurídico, no fueron solamente producto de las corrientes doctrinales que venían empujando por reconocer el mismo valor a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y en la Constitución, ni mucho menos de la inventiva o innovación del poder reformador en beneficio de las personas, sino que además se trató del cumplimiento tardío, a una recomendación emitida en 2003 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su “Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México”, en la que se conmina a realizar lo siguiente:

1. Reformar la Constitución para incorporar el concepto de derechos humanos como eje fundamental de la misma, y reconocer a los tratados de derechos humanos una jerarquía superior a los órdenes normativos federal y locales, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho orden internacional cuando éste confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella. Además, establecer un programa para el retiro de las reservas y declaraciones interpretativas y ratificar los tratados internacionales pendientes en materia de derechos humanos.⁴⁹

Con base en la aludida reforma, resultaba inminente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ajustara sus anteriores criterios (previamente analizados) a esta nueva forma de apreciar los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y su interpretación por los órganos supranacionales. En ese sentido resultó paradigmático el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, que constituyó la primera resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de nuestro país, en la que se vincula de manera directa al Poder Judicial de la Federación

al cumplimiento de ciertas medidas de reparación, aunado a que de la misma manera se alude al deber de observar el control difuso de convencionalidad por parte de todos sus jueces y tribunales nacionales; resolución, que aunque no constituyó en sentido estricto una medida de reparación directa, sí se encuentra dentro de las consideraciones relativas a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

No obstante lo anterior, debe decirse que un aspecto desafortunado de la reforma al artículo 1 Constitucional, fue que se incurrió en un nuevo sesgo al incorporarse al primer párrafo que el ejercicio de los derechos humanos “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece” lo que a la postre ha sido interpretado en la contradicción de criterios 293/2011, como una especie de reserva implícita conforme a la cual las restricciones al ejercicio de los derechos humanos establecidos en la Constitución, están por encima de cualquier estipulación contraria contenida en los tratados internacionales de los que México es parte o incluso de cualquier criterio de jurisprudencia supranacional vinculante; interpretación que es a todas luces inconvencional.

Expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, parteaguas interpretativo en el nuevo paradigma sobre el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México

Con base en la sentencia del caso Radilla Pacheco vs. México emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y pese a que no existía una notificación formal al Poder Judicial de la Federación respecto a las obligaciones impuestas al Estado mexicano, específicamente las que vinculaban a la Suprema Corte, por mayoría de votos se determinó proceder motu proprio a su cumplimiento, sin necesidad de coordinarse con otros poderes del Estado mexicano, aperturándose el expediente Varios 912/2010⁵⁰, mismo que fue resuelto el 14 de julio de 2011, en cuyas consideraciones la mayoría de los ministros plantearon lo siguiente:

1. Los jueces nacionales y todas las autoridades en el ámbito de su competencia deben inicialmente observar los derechos

⁵⁰ Ver seguimiento del asunto en: <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225>



humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger, sin prejuzgar sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera por lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1, lo cual tendrá que valorarse caso por caso, a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos. (Principio pro persona o pro homine.)

2. Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad apartándose de los criterios anteriores en el sentido de que el control de constitucionalidad debía ser concentrado y exclusivo del Poder Judicial de la Federación.

3. Los mandatos contenidos en el artículo 1 Constitucional deben leerse junto con lo establecido en el diverso artículo 133, conforme al cual los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior y si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez, o expulsar del orden jurídico aquellas normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), si están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores, dando preferencia a los contenidos de la constitución y de los tratados en esta materia.

4. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (conforme a sus artículos 1 y 133), así como la jurisprudencia emitida por el poder judicial de la federación.

Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que México sea parte.

Criterios de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos y de otros organismos supranacionales cuya jurisprudencia resulte vinculante para México.

5. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que precisamente parte de esa presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

Con base en todo lo anterior, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyeron que este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar los pasos siguientes:

Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en e los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte.

Por otra parte, resulta menester señalar que de la resolución varios 912/2010 a que se ha hecho alusión, derivaron varias tesis jurisprudenciales, respecto a los tópicos antes señalados. Asimismo, mediante resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011 se determinó: "Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99 cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, por el que se modifica la denominación del capítulo I, del Título Primero y reforman diversos artículos de la Constitución federal, entre ellos el artículo 1 multi-referenciado. Lo anterior, dio lugar a la tesis que lleva por rubro "CONTROL DIFUSO"⁵¹ en la que se establece que han quedado sin efectos tales tesis jurisprudenciales.

Ahora bien, las tesis aisladas a que se ha hecho referencia en la parte inicial del párrafo anterior son seis y se citarán en el orden en que fueron publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, páginas 535, 551, 552, 556 y 557, respectivamente y que corresponden a la Décima Época.

⁵¹ Tesis aislada visible en la página 549 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, Décima Época, registro 2000008.

La primera se identifica con el número P. LXVII/2011 (9ª) y es del rubro siguiente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD"⁵²; en dicha tesis se plantea que conforme a lo dispuesto en los artículos 1º y 133 de la Constitución federal, interpretados de manera conjunta y sistemática, todas las autoridades se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la dicha constitución, sino también aquellos que se contienen en los instrumentos internacionales en los que México es parte, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano del que se trate, es decir, aplicando siempre el principio pro persona; por tanto, el control de convencionalidad ex officio a cargo del poder judicial debe adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país y en ese sentido, los jueces si bien no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez de alguna norma contraria a algún derecho humano reconocido, o expulsarlas del orden jurídico, -como ocurre en las vías directas del control concentrado de la Constitución- si se encuentran obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

La segunda se identifica con el número P. LXVI/2011 (9ª.) y es del rubro siguiente: "CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL"⁵³, en dicha tesis se hace la precisión de que en el control difuso de convencionalidad que realicen los jueces nacionales, deben observar como criterios orientadores, las interpretaciones que en torno a los derechos humanos ha realizado la Corte Interamericana, a efecto de evaluar caso por caso si alguna de éstas resulta más favorable y procura una tutela más amplia del derecho que se pretende proteger, a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

La tercera con el número P. LXVIII/2011 (9ª.) y lleva por rubro: "PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS"⁵⁴, en ella se prevé que el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente y determina que el parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país se debe circunscribir a todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (conforme a sus artículos 1 y 133), así como la jurisprudencia emitida por el poder judicial de la federación; a todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que México sea parte, pero en cuanto a la jurisprudencia que derive de la Corte Interamericana, se deben adoptar como criterios vinculantes sólo aquellos en los que el Estado Mexicano haya sido parte y como orientadores todos los demás.

En la cuarta tesis, número P.LXIX/2011 (9ª.) de rubro: "PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS"⁵⁵ se señala que la

posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del País, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, por lo que antes de llegar a su inaplicación se debe primero verificar si mediante algún tipo de interpretación es posible subsanar el posible vicio de constitucionalidad o convencionalidad; los tipos de interpretación a que se ha hecho referencia son la interpretación conforme en sentido amplio, es decir, interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos (cuya observancia es obligatoria) favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia y la interpretación conforme en sentido estricto, que es cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas y en ese sentido se debe preferir aquella que haga a la ley acorde a tales derechos humanos, para evitar incidir o vulnerar su contenido esencial.

La quinta tesis a que se hace referencia lleva por número P.LXV/2011 (9ª.) y es del rubro: "SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO"⁵⁶, en ella se parte de la premisa de que como el Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, cuando ha sido parte en un litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se emite constituye cosa juzgada y corresponde exclusivamente a dicho órgano internacional evaluar las excepciones formuladas por el Estado mexicano; en ese sentido, se determina que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún actuando como Tribunal Constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia de la Corte Interamericana es correcta o incorrecta, ni puede emitir pronunciamientos que cuestionen su validez, pues se debe limitar a acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos y por ende, tales resoluciones son obligatorias para todos los órganos del Estado mexicano, tanto sus considerandos como sus resolutivos.

Finalmente, en la tesis número P.LXX/2011 (9ª.) de rubro "SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO"⁵⁷, se plantea

52 Tesis aislada visible en la página 535 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, Décima Época, registro 160589.

53 Tesis aislada visible en la página 550 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, Décima Época, registro 160584.

54 Tesis aislada visible en la página 551 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, Décima Época, registro 160526.

55 Tesis aislada visible en la página 552 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de

2011, Tomo 1, Décima Época, registro 160525.

56 Tesis aislada visible en la página 556 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, Décima Época, registro 160482.

57 Tesis aislada visible en la página 557 del Semanario Judicial de la



que en la actualidad existen dos grandes vertientes en el modelo de control de constitucionalidad en nuestro orden normativo y que ambos son acordes al modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. El primero concentrado en los órganos del Poder Judicial Federal a quienes les compete conocer de las vías directas de control como son las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto y en segundo término el control difuso por parte del resto de los jueces del país en forma incidental dentro de los mismos asuntos que son de su competencia. Que ambas vertientes del control se ejercen de manera independiente y su existencia no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas y en relación a las demás autoridades del país (no jurisdiccionales) se señala que éstas en el ámbito de su competencia tienen el deber de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

Contradicción de criterios 293/2011 aciertos y desaciertos

Con posterioridad a la citada reforma al artículo 1 Constitucional y la resolución del expediente Varios 912/2010 de la que derivaron los criterios descritos, se pudo ver su impacto en algunas sentencias de Jueces de Distrito que declararon en casos particulares, por ejemplo, la inconvencionalidad del arraigo, como ocurrió en la sentencia del Juicio de Amparo 908/2011, dictada el 3 de octubre de 2011, por Juez Tercero de Distrito en San Luis Potosí⁵⁸, o en la sentencia del juicio de Amparo 257/2011, dictada el 19 de junio de 2012, por el Juez Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región con residencia en San Andrés Cholula, Puebla⁵⁹, en las que como se dijo, se declaró la incompatibilidad de dicha figura cautelar con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Luego de dictarse sentencias de este tipo, le tocó conocer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Contradicción de Criterios 293/2011, en cuya resolución la mayoría de los

ministros llegaron a dos conclusiones, una muy buena para la protección de los derechos humanos en México y la otra lamentable, la primera fue determinar que la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos es vinculante para el Estado mexicano y todos sus jueces, con independencia de que en el que el asunto del que derive México haya sido o no parte.

Lo anterior, dio origen a la jurisprudencia P./J. 21/2014 de rubro “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA TODOS LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”, de la que derivan las siguientes obligaciones para los operadores jurídicos: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Por otra parte, lo lamentable fue que también se determinó que de la interpretación del artículo 1, párrafo primero de la Constitución federal, en armonía con el artículo 133, las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación, lo que resulta inconvencional si atendemos a los diversos razonamientos plasmados a lo largo del presente trabajo conforme a los cuales ha quedado en evidencia que las normas Constitucionales al formar parte del derecho interno de cada país no pueden ser invocadas como excusa para el incumplimiento de las normas convencionales o su interpretación, e incluso que en caso de incompatibilidad se deben ajustar a éstas.

De ahí que se estime desacertado el criterio asumido en la diversa Jurisprudencia P./J. 20/2014 de rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”.

Lo anterior, pues considero que no se respeta un verdadero Estado de Derecho, al no garantizarse el funcionamiento responsable y controlado de sus órganos de poder, mediante la prevalencia en todo caso del principio pro persona, impidiéndose que una norma constitucional pudiese declararse inconvencional, como ocurre con el arraigo domiciliario, que es una figura que está en la Constitución y no respeta el principio de presunción de inocencia y por ende es inconvencional y no obstante ello se aplica y seguirá aplicándose hasta que se supere la jurisprudencia en cita.

Además de las “restricciones constitucionales” otro de los temas, que ha generado polémica respecto a los límites para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México, ha sido el de las “normas generales”, pues algunos tribunales como la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ha sentado precedente respecto a que los tribunales locales no pueden inaplicar una norma general, como recientemente lo determinó el 22 de marzo del presente año al resolver el expediente SUP-JRC-79/2016⁶⁰, en donde señaló:

Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, Décima Época, registro 160480.

⁵⁸ Consultable en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Sentencia_Arraigo.pdf

⁵⁹ Consultable en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aux_188-2012_Arraigo_-_Ver_Publica.pdf

⁶⁰ Consultable en: <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2016/JRC/SUP-JRC-00079-2016.html>

“En efecto, si bien derivado de lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente “varios” 912/2010, definió que todos los jueces, en el ámbito de su competencia, debían de hacer prevalecer los derechos humanos reconocidos en la propia Carta Magna, así como los tratados en materia de derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, por lo que los jueces de los órganos jurisdiccionales locales, estaban facultados para realizar un control difuso-convencional, siempre y cuando se alegara la violación a derechos humanos, es de apuntar que dicha potestad quedó sujeta a que ejercieran el control de normas electorales de índole local más no así generales, dado que ello corresponde de forma exclusiva a este Tribunal Electoral, pues en términos de lo señalado por el artículo 99, de la Constitución es órgano especializado del Poder Judicial de la Federación dotado de facultades para resolver, a excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de ese mismo ordenamiento jurídico, la no aplicación de leyes sobre la materia electoral que resulten contrarias a la norma suprema.

Dicha interpretación se estima errónea, pues como se ha podido constatar de los criterios derivados del expediente Varios 912/2010 o del propio caso Radilla Pacheco Vs. México que constituye jurisprudencia obligatoria, no se desprende que en ninguno de ellos se hubiese limitado la facultad de los tribunales locales a ejercer control difuso de constitucionalidad o convencionalidad solamente respecto de normas del ámbito local o que por cualquier razón quedaran excluidas las normas generales, por lo que considero que se está haciendo una lectura equivocada de dichos precedentes, aunado a que si bien, el artículo 99 Constitucional confiere facultades expresas al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para determinar la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la norma suprema, ello no excluye, limita o condiciona la facultad de cualquier juez de ejercer dicho control.

Más aún si se considera que en este afán centralizador del poder que está viviendo nuestro país, cada vez con mayor ahínco se están aprobando leyes generales en casi todas las materias, por lo que de prosperar este criterio y convertirse en jurisprudencia, tendrá efectos regresivos en el avance del ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

Además de que sería violatorio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que obliga a todos los jueces a realizar dicho ejercicio de compatibilidad en el ámbito de sus atribuciones, lo que debe ser interpretado en el sentido de que si el juez tiene competencia para aplicar una norma de derecho interno, sea cual fuere su jerarquía, igualmente debe tener la facultad para inaplicarla si ésta es contraria a los derechos humanos.

Por último, dicho criterio atenta contra el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de las personas, quienes tendrían que ver retardada injustificadamente la impartición de justicia al no poder plantear la inconstitucionalidad o inconventionalidad de una norma general ante los jueces locales.

Ejercicio práctico de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad ex officio

Finalmente, para el presente trabajo elegí realizar un ejercicio práctico sobre la técnica con la que de acuerdo a lo expuesto en los apartados previos, se debe realizar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad ex officio; en el caso, respecto del numeral 112 del Reglamento Interior del Tribunal Estatal Electoral de Guanajuato, que en mi concepto es inconstitucional e inconventional, pues dispone lo siguiente:

“Artículo 112.- Para la resolución del conflicto [laboral electoral] no será admisible la absolucón de posiciones de las partes”

Del dispositivo legal trasunto subyace una restricción en los asuntos laborales electorales, en el ejercicio del derecho de acción de las partes y de debido proceso, en el que se circunscribe el derecho a ofrecer toda clase de medios de prueba, pues se proscribe la absolucón de posiciones de las partes. Si bien, tal restricción, sigue con la lógica que impera en los medios de impugnación en materia electoral, en los que no se establece como medio de prueba la confesional de las partes por absolucón de posiciones, pues a lo sumo se admite la confesional cuando conste en acta levantada ante fedatario público, o bien, la que se desprenda de los hechos afirmados o reconocidos expresamente,⁶¹ se analizará si tal medida encuentra cabida en un procedimiento electoral, pero de índole laboral.

Para ello, resulta indispensable fijar el contenido esencial [constitucional y convencional] de los derechos humanos de acción o acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso, de los que deriva implícitamente el derecho de las partes a probar sus pretensiones o defensas, es decir el marco normativo nacional o internacional aplicable.

En dicho orden de ideas, en primer lugar, se destaca que en el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está previsto el derecho al debido proceso, al prever que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

A su vez, el artículo 16, párrafo primero, de la ley fundamental, establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Por su parte, el artículo 17 Constitucional prevé que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho y toda persona tiene

⁶¹ Como puede apreciarse claramente en los artículos 410 de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato y 14 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.



derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa, gratuita e imparcial.

Igualmente, tales derechos se han reconocido en el ámbito internacional, mediante diversos tratados en los que el Estado mexicano es parte, como a continuación se ilustra:

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

“Artículo 8.- Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

“Artículo 14.-

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del

tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

“Artículo 8.-

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

“Artículo 10.-

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, al aprobar

la “DECLARACIÓN SOBRE EL DERECHO Y EL DEBER DE LOS INDIVIDUOS, LOS GRUPOS Y LAS INSTITUCIONES DE PROMOVER Y PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES UNIVERSALMENTE RECONOCIDOS”⁶², estableció en sus artículos 2 y 17 lo siguiente:

“Artículo 2.-

1. Los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades”.

“Artículo 17.-

En el ejercicio de los derechos y libertades enunciados en la presente Declaración, ninguna persona, individual o colectivamente, estará sujeta a más limitaciones que las que se impongan de conformidad con las obligaciones y compromisos internacionales aplicables y determine la ley, con el solo objeto de garantizar el debido reconocimiento y respeto de los derechos y libertades ajenos y responder a las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”.

Así las cosas, los derechos de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso protegidos constitucional y convencionalmente, consisten entre otros aspectos, en la oportunidad de los sujetos de Derecho vinculados a un proceso jurisdiccional o a un procedimiento administrativo seguido en forma juicio, de que se cumplan las formalidades esenciales, que se traducen de manera genérica en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en las que se sustente la defensa, 3) La oportunidad de presentar alegatos y, 4) El dictado de la resolución en la que se analicen, todos y cada uno de los planteamientos hechos por las partes o sujetos de Derecho vinculados durante la tramitación del procedimiento, así como al pronunciamiento del valor de los medios de prueba ofrecidos y aportados o allegados legalmente al proceso o procedimiento seguido en forma de juicio.⁶³

En este orden de ideas, previamente a la emisión de cualquier acto de autoridad que pueda restringir o privar a las personas del ejercicio de sus derechos o posesiones, se les debe otorgar la oportunidad de defenderse en juicio, así como la posibilidad de ofrecer y aportar pruebas y formular alegatos ante el órgano jurisdiccional independiente, imparcial y establecido con anterioridad al hecho.

Lo anterior, desde luego, no significa que el derecho a ofrecer pruebas sea absoluto, irrestricto o ilimitado, pues el ejercicio de los derechos fundamentales en general, se puede someter a determinadas limitaciones, restricciones o modalidades, siempre que estén previstas en la ley, y no resulten innecesarias, irracionales o desproporcionadas.

En efecto, la Convención Americana de los Derechos Humanos en sus artículos 30 y 32, párrafo segundo, establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 30.- Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y

ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

“Artículo 32.- Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Al caso cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales, desde la perspectiva del bien común y del orden público, no pueden derivar en la supresión misma del derecho fundamental, por lo que toda limitación, restricción o modalidad, a un derecho fundamental, debe estar encaminada a protegerlo e incluso a potenciarlo, de tal suerte que se favorezca siempre su ejercicio eficaz, en la expresión más plena por parte de quien sea el titular.

En tal sentido, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforman la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana, conforme a lo establecido en el artículo 29 inciso a), in fine de dicho tratado, que señala que ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.

Por ende, toda restricción a un derecho fundamental debe cumplir con criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, en cada supuesto normativo se debe analizar y concluir si existen razones suficientes que justifiquen la restricción o limitación, a efecto de que ésta no sea arbitraria o caprichosa.

Una vez establecido el precepto normativo que se presume vulnera derechos humanos, así como el contenido esencial de éstos, debe señalarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso Castañeda Gutman vs México,⁶⁴ ha establecido una serie de pasos para analizar

62 Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, bajo el número A/RES/53/144, de fecha 8 de marzo de 1999, en el Quincuagésimo tercer período de sesiones, Tema 11 o b) del programa.

63 Al respecto, resulta ilustrativa la tesis de jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la Novena Época, identificada como tesis de jurisprudencia 2ª./J. 75/97, cuyo rubro es del tenor siguiente: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”.

64 Caso Castañeda Gutman vs. México. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrafos 153 al 174.



si una restricción al ejercicio de un derecho humano responde a un fin legítimo y es acorde a los parámetros de control de los derechos humanos; pasos que se considera apropiado utilizar como parte de la técnica para el correcto ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad ex officio, siendo tales requisitos los siguientes:

a) Legalidad de la medida restrictiva

El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho humano es permitida, consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad; ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado, deben estar claramente establecidas en una ley en sentido formal y material.

En el caso concreto, el requisito no se cumple, pues la limitación que proscribire como medio de prueba la confesional por absoluciones de posiciones de las partes se contiene en una disposición reglamentaria; en consecuencia, si no existe la limitación a un derecho fundamental en la legislación, no se puede pretender restringirlo, ya sea mediante una disposición reglamentaria o bien con la emisión de una norma administrativa individualizada, pues ello equivaldría a la violación de ese derecho fundamental, debido a que el único autorizado para restringirlo es el legislador y, en este sentido se debe tener cuidado en advertir que existe reserva de ley.

b) Finalidad de la medida restrictiva

El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por los instrumentos internacionales que establecen el contenido esencial de los derechos humanos involucrados.

A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho humano, los artículos antes citados, que prevén el contenido esencial de los derechos de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso, no establecen explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las que la legislación puede regular o restringir el derecho a ofrecer y desahogar cualquier medio de prueba en juicio.

Sin embargo, como ya se dijo, la Convención Americana de los Derechos Humanos en sus artículos 30 y 32, párrafo segundo, establece de manera general que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común y tales límites no pueden ser aplicados sino conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En tal sentido, se considera que el precepto bajo examen, al proscribir en los juicios laborales electorales la posibilidad de admitir como medio de prueba la confesional por posiciones de las partes, tiene como finalidad maximizar los principios de celeridad y concentración del procedimiento, pues analizado éste en su conjunto, se trata de un juicio sumario, que en determinados casos podría incluso substanciarse en una sola audiencia posterior a la admisión y resolverse en definitiva en un breve plazo. Finalidad que es compatible con las exigencias del bien común, pues es acorde a una impartición de justicia pronta y expedita. No obstante, el hecho de que una medida persiga un fin legítimo, no implica que ésta sea necesaria y proporcional, lo que se examinará a continuación.

c) Necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva

Existe un tercer requisito que debe cumplirse para considerar válida la restricción de un derecho humano, que consiste en que la restricción debe ser necesaria y proporcional para una sociedad democrática.

Respecto a este requisito, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que si bien éste se contiene de manera explícita en ciertos derechos contenidos en la Convención (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), debe ser incorporado como pauta para calificar todas y cada una de las restricciones a los derechos humanos.

En cuanto a si la restricción se ajusta al logro del objetivo legítimo perseguido, de manera necesaria y proporcional, se estima que contrario a lo que ocurre con los medios de impugnación en materia electoral, en los juicios laborales electorales, no se justifica la exclusión de la confesional por absoluciones de las partes, como medio de prueba en el procedimiento, en virtud de los siguiente:

El derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales.

El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles de convencimiento para persuadir al juez sobre la verdad del interés material perseguido en el juicio. Se trata de un derecho subjetivo exigible al juez cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria.

Aunado a lo anterior, cabe referir que en los juicios laborales electorales, si bien aplican los principios de celeridad y concentración propios de la materia, al ser procedimientos sumarios, no resulta necesario ni proporcional que se restrinjan los medios de prueba admisibles, al grado de prohibir el ofrecimiento y desahogo de la confesional por absoluciones de posiciones de las partes, pues los derechos en litigio, no se encuentran en un riesgo inminente de merma o menoscabo de imposible reparación por el simple transcurso del tiempo que tomaría el desahogo de dicha probanza, pues en materia laboral no impactan los principios de definitividad de las etapas del proceso electoral e irreparabilidad, como si

ocurre en los medios de impugnación de dicha materia, conforme a los cuales no se puede regresar a una etapa del proceso electoral ya concluida y cualquier acto reclamado se considera irreparable a partir de que los candidatos electos toman posesión en el cargo.

Asimismo, debe considerarse que en materia laboral electoral, dada su naturaleza, podrían existir hechos que sólo fueron del conocimiento de la parte trabajadora y patronal en lo individual y que no serían susceptibles de probarse con algún otro medio de prueba, lo que redundaría en que la limitación en análisis no se considere necesaria, idónea o proporcional para alcanzar los fines perseguidos y por ende constitucional y convencional a la luz de los derechos humanos involucrados.

Con base en los anteriores argumentos se considera que la restricción contenida en el artículo 112 del Reglamento Interior del Tribunal Estatal Electoral que señala que en la resolución de los conflictos laborales, no será admisible la absolución de posiciones de las partes, constituye una restricción ilegítima, innecesaria y desproporcional para regular el derecho a ofrecer y desahogar pruebas, por lo que es contraria a lo establecido en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y 2 y 17 de la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos.

Finalmente, una vez que se ha demostrado la incompatibilidad de la norma objeto de control, a la luz de los derechos humanos contenidos en los dispositivos constitucionales y convencionales en cita, se debe determinar si dicha norma se puede hacer compatible mediante a) una interpretación conforme en sentido amplio, es decir que se interprete el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, es decir que de las distintas interpretaciones jurídicamente válidas, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, se prefiera aquella que haga a la norma acorde a los derechos humanos, para evitar incidir o vulnerar su contenido esencial; y c) Inaplicación de la norma, cuando las alternativas anteriores no sean posibles, asegurando la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos.⁶⁵

Hecho lo anterior, se considera que no es posible sostener la presunción de constitucionalidad y convencionalidad del artículo en cita mediante una interpretación conforme en sentido amplio o estricto, pues su interpretación literal es tajante al establecer una prohibición absoluta que impide que en los juicios laborales electorales se admita como medio de prueba la confesional por posiciones de las partes, lo cual constituye una restricción ilegítima, irrazonable y desproporcionada a la luz del test de proporcionalidad previamente formulado, por lo que en su caso, lo conducente sería que en un juicio laboral electoral en el que se deba aplicar dicho precepto, se inaplique al caso concreto dada su notoria y evidente incompatibilidad con el parámetro de control previamente definido y se admita la confesional por posiciones de las partes que así lo soliciten.

CONCLUSIONES

El contexto en el que los derechos humanos han transitado desde su reconocimiento internacional hasta nuestros días ha sido lento y complicado, pero finalmente ha rendido frutos, pues tenemos constituidos un sistema universal y tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos, cuya evolución sirve para ilustrar como a través de ésta se pone a la persona humana en el centro de los derechos.

México se encuentra adscrito tanto al Sistema Universal como al Sistema Interamericano que le corresponde y a través de la historia se ha mostrado proclive a la firma y ratificación de múltiples tratados internacionales que reconocen derechos humanos, que suman en la actualidad 210; sin embargo ha sido renuente en el cumplimiento puntual de algunas de sus obligaciones internacionales, como la de adecuar la Constitución y no poner como pretexto el orden jurídico interno para el cumplimiento de éstas.

El principio de Supremacía Normativa de la Constitución que la coloca por encima de las leyes secundarias, ya sean generales, federales o locales e incluso de las constituciones de las entidades federativas, deriva fundamentalmente de la migración de un precepto constitucional y jurisprudencia norteamericana; sin embargo, en México no se ha querido entender que dicho principio debe regir para estructurar el orden interno y no en la interacción de éste con las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Esta concepción equivocada de lo que debe significar el principio de Supremacía Normativa de la Constitución, propició que la doctrina judicial y jurisprudencial de nuestro país a lo largo de varias décadas, tomara rumbos distintos y hasta contradictorios, pues durante muchos años se prohibió a los jueces e incluso a los Magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación realizar control difuso de constitucionalidad, lo que motivó a juristas como el Dr. Gumesindo García Morelos a demandar ante los Tribunales el ejercicio del control de convencionalidad que no estaba prohibido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien logró en 2008 que se dictara la primera sentencia en dicha materia, en el Amparo Directo Administrativo 1060/2008, del Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo, con residencia en el Décimo Primer Circuito.

65 Resulta ilustrativa de lo anterior, la tesis jurisprudencial número P. LXIX/2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, que es del rubro siguiente: "PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS".



A raíz de la reforma al artículo 1º Constitucional de junio de 2011 y muy específicamente con la emisión de la resolución “varios 912/2010” relativa a las medidas adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Radilla Pacheco vs. México, la Suprema Corte adoptó nuevos criterios que formaron un parte aguas en el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México, así como en la obligatoriedad que ahora se reconoce a los Tratados Internacionales y su jurisprudencia, constituyendo un nuevo derrotero en la justicia constitucional.

No obstante el avance que constituyeron tales criterios, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de criterios 293/2011, da un paso hacia atrás al establecer una especie de reserva implícita conforme a la cual las restricciones al ejercicio de los derechos humanos establecidos en la Constitución, están por encima de cualquier estipulación contraria contenida en los tratados internacionales de los que México es parte o incluso de cualquier criterio de jurisprudencia supranacional vinculante.

En ese sentido, la situación actual sobre el ejercicio del control difuso de convencionalidad en México, se puede resumir en los siguientes puntos:

Todas las autoridades en el ámbito de su competencia deben interpretar en sentido amplio y estricto el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, pero en el caso de las autoridades no jurisdiccionales, no tienen facultades para inaplicar normas.

En dicha encomienda, se deben observar los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación y la Corte Interamericana al interpretarlos, para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger, garantizando siempre la mayor protección de las personas.

Los jueces deben además llevar a cabo un control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad y están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior y si bien no pueden

hacer una declaración general sobre su invalidez, o expulsarlas del orden jurídico, cuando las alternativas de interpretación conforme no sean suficientes, están obligados a dejar de aplicarlas.

El parámetro de análisis de este tipo de control se integra por todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, así como la jurisprudencia emitida por el poder judicial de la federación; todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que México sea parte y en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o cualquier otro organismo supranacional que emita jurisprudencia vinculante.

En el ejercicio práctico del control difuso de convencionalidad, el primer paso para evaluar si una restricción a un derecho humano es permitida, consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad; ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado, deben estar claramente establecidas en una ley en sentido formal y material.

El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por los instrumentos internacionales que establecen el contenido esencial de los derechos humanos involucrados.

El tercer requisito que debe cumplirse para considerar válida la restricción de un derecho humano, consiste en que la restricción debe ser necesaria y proporcional para una sociedad democrática.

Una vez que quede demostrada la incompatibilidad de la norma objeto de control, por el incumplimiento de cualquiera de estos tres requisitos, se debe determinar si dicha norma se puede hacer compatible mediante una interpretación conforme en sentido amplio o estricto y cuando las alternativas anteriores no sean posibles, se debe proceder a la inaplicación de la norma, asegurando la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos.

Cuando en la Constitución federal se advierta una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional, ello por virtud de la Jurisprudencia P./J. 20/2014 que resulta obligatoria.

Tratándose de la inconventionalidad de leyes generales, existen precedentes de algunos tribunales como la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que establece que los tribunales locales no pueden inaplicar una norma general, como recientemente lo determinó al resolver el expediente SUP-JRC-79/2016.

Finalmente, considero que con lo expresado en el presente trabajo, al menos para mí, ha cambiado la concepción de lo que representan los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pues son en sí mismos una constitución de constituciones de los Estados Parte, que libre e individualmente los suscriben y ratifican, donde se reserva su soberanía para consolidar su independencia, afianzar su libertad y promover la defensa común de los derechos de sus individuos, de ahí la importancia de su tutela.

Generaciones del Máster Propio





PRIMERA GENERACIÓN

2015-2016





SEGUNDA GENERACIÓN

2017-2018



MÁSTER PROPIO EN DERECHOS HUMANOS





TERCERA GENERACIÓN

2019-2020





Procuraduría de los
**Derechos
Humanos**
del Estado de Guanajuato

UN ENLACE CON EL MUNDO

**MÁSTER EN
DERECHOS HUMANOS**

