



Colección de estudios
en **Derechos Humanos**

Coordinación

Emiliano Magallanes Ramírez
Sergio Manuel Rivera Camacho

Dirección

Hernández Barrón &
Chávez Cervantes

XXII.
**Actualidad
y Derechos
Humanos**

Colección de Estudios en Derechos Humanos.
Tomo XXII. Actualidad y Derechos Humanos de la Colección
de Estudios en Derechos Humanos

Corrección de estilo: María del Socorro Capetillo Pérez
& John Allan Grymes de Icaza

Portada y diseño editorial: Oscar Ascary Aréchiga Del Toro

Primera Edición 2022

DR.©2022 Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco,
Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli
Pedro Moreno 1616, colonia Americana, código postal 44160,
Guadalajara, Jalisco, México. Tel. 800 201 8991.
<http://cedhj.org.mx>

ISBN de Obra Completa: 978-607-99138-0-9

ISBN del Volumen:

La Colección de Estudios en Derechos Humanos de la
Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco se distribuye
bajo una licencia no comercial. Todos los derechos
reservados. Esta edición y sus características son propiedad
del sello editorial de la Comisión Estatal de Derechos
Humanos Jalisco (978-607-99340) y del Instituto de Derechos
Humanos Francisco Tenamaxtli. Queda prohibida la
reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier
medio o procedimiento distinto a los autorizados
expresamente por los titulares de los derechos patrimoniales
de la obra. Las opiniones expresadas en este libro son de
exclusiva responsabilidad del autor y no necesariamente
representan la opinión de la CEDHJ

Impreso y hecho en México / Printed and made in México

ISBN: 978-607-99138-0-9



9 786079 913809

Colección de Estudios en Derechos Humanos
de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco

Consejo Asesor

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Universidad Carlos III de Madrid

María del Carmen Barranco Avilés
Universidad Carlos III de Madrid

Guillermo Escobar Roca
Universidad de Alcalá de Henares

Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca
Universidad Nacional Autónoma de México

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras
Universidad de Guadalajara

Enrique Guadarrama López
Universidad Nacional Autónoma de México

CEDHJ
Comisión Estatal
de Derechos Humanos
Jalisco



Instituto de
Derechos Humanos
Francisco Tenamxtli
"XICAN QUIMA, TEPALATI, NEPILATI"

Colección de **estudios**
en **Derechos Humanos**

**Tomo XXII. Actualidad y Derechos Humanos
de la Colección de Estudios en Derechos Humanos**

Dirección editorial de la Colección

Alfonso Hernández Barrón
José de Jesús Chávez Cervantes

Coordinadores del Tomo

Emiliano Magallanes Ramírez
Sergio Manuel Rivera Camacho

Autores(as)

Luis Alberto Estrella Ortega
Alicia Cárdenas Córdón
Sandra González-Martínez
Roxana Paola Miranda Torres
Tania Cuamatzi Cortés
Agustín Eugenio Martínez Elías
Juliana Carolina Rodríguez Patarroyo
Luis Antonio Corona Macías
Judith Ponce Ruelas
Emil José Niño Rodríguez
Gabriel Molina Huerta
Ivonne Thaili Millán Barajas
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Sergio Manuel Rivera Camacho

Actualidad y Derechos Humanos
Colección de Estudios en Derechos
Humanos

Índice

Prólogo Alfonso Hernández Barrón	1
Introducción <i>Miguel Navarro Flores</i>	6
Capítulo I. Breves reflexiones de conceptos problemáticos en el discurso de los derechos humanos <i>Luis Alberto Estrella Ortega</i>	9
Capítulo II. El problema de la (des)igualdad en España: reflexiones en torno a una jurisprudencia constitucional deficitaria sobre los derechos de las mujeres <i>Alicia Cárdenas Cordón</i>	29
Capítulo III. “La invisibilidad mata”: el feminicidio de Yuliana Samboni desde un análisis descolonial centrado en las niñas y mujeres indígenas desplazadas en Colombia <i>Sandra González-Martínez</i>	58
Capítulo IV. La situación de los pueblos indígenas en México a partir de la reforma constitucional en derechos humanos de 2011 <i>Roxana Paola Miranda Torres</i>	83

Capítulo V. El ejercicio de la autonomía y el autogobierno para la concreción de la autodeterminación de los pueblos indígenas en México <i>Tania Cuamatzi Cortés</i>	102
Capítulo VI. La jurisdicción de la corte penal internacional frente a la situación de Ucrania <i>Agustín Eugenio Martínez Elías</i>	122
Capítulo VII. Las medidas urgentes como mecanismo de protección de los derechos humanos: Un análisis comparativo entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos <i>Juliana Carolina Rodríguez Patarroyo</i>	145
Capítulo VIII. El diálogo entre tribunales, la nueva vía para la justicia multinivel en derechos humanos <i>Luis Antonio Corona Macías</i>	161
Capítulo IX. La municipalización del enfoque transversal de los derechos humanos, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011. Caso: Dirección de Derechos Humanos y Paz en Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco <i>Judith Ponce Ruelas</i>	186

Capítulo X. Estudio sobre la penalidad, el juzgamiento penal y la ejecución de la pena privativa de libertad (análisis desde la óptica del modelo de estado social y democrático de derecho y del derecho internacional de los derechos humanos)	211
<i>Emil José Niño Rodríguez</i>	
Capítulo XI. Categorías en diversidad sexual	234
<i>Gabriel Molina Huerta</i>	
Capítulo XII. El derecho a la familia de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad privadas/os de cuidados familiares en México	264
<i>Ivonne Thaili Millán Barajas</i>	
Capítulo XIII. Derechos humanos y cine: la imaginación cinematográfica como forma de educación emocional	291
<i>Jesús Ignacio Delgado Rojas</i>	
Capítulo XIV. Instituciones nacionales de derechos humanos. Actualidad, entorno y vulnerabilidades	311
<i>Sergio Manuel Rivera Camacho</i>	

Prólogo

Alfonso Hernández Barrón

Instrúyanse, porque tendremos necesidad de toda nuestra inteligencia. Agítense, porque tendremos necesidad de todo nuestro entusiasmo. Organícense, porque tendremos necesidad de toda nuestra fuerza

Antonio Gramsci

La obra *Actualidad y Derechos Humanos* constituye el compendio de diversas líneas de investigación que hoy por hoy se están desarrollando desde la academia; cuestiones que, si bien es cierto, podemos encontrar sus antecedentes décadas atrás, también es cierto que su evolución e implementación en el contexto actual y cada vez más globalizado (social y jurídicamente hablando), exige una nueva reflexión y actualización que nos ayude a comprender dónde nos encontramos y con qué herramientas contamos para la defensa de los derechos y libertades fundamentales.

Es un hecho notorio y evidente que existe un cierto desencanto con los derechos humanos incluso, se llega a desconfiar de su efectividad como herramienta para construir una mejor sociedad; esto, en parte, es debido a la desinformación que homogeniza muchos elementos que integran el resquebrajamiento del tejido social. Por ello, entender que los derechos humanos no están alejados de cualquier constructo social que evoluciona de la misma manera en la que lo hace la sociedad que les crea e interpreta, puede ser una forma de reconciliarnos con la naturaleza jurídica de los derechos humanos y comprender que es una responsabilidad de todas las personas su exigibilidad y materialización.

El desencanto de los derechos humanos en algo objetivo puede reunirnos, y este lugar sería el entendimiento de que aquellos son la ignorancia ganadora que ha tratado de universalizar intereses particulares sobre el resto de las ignorancias que habitan este planeta. Ahora bien, con independencia del origen occidental y eurocéntrico de los derechos humanos como los conocemos, es preciso reencontrarnos a través su uso contrahegemónico para no perdernos en discusiones vacuas sobre su origen o caer en la eterna cuestión de *¿se puede juzgar la moral del pasado con los ojos del presente?*, es decir, es momento de

deconstruir los derechos humanos *desde abajo* para que aquellas personas que no se sientan representadas bajo el discurso de los derechos humanos hagan un uso contrahegemónico de estos y nos encontremos al final del camino en donde se garanticen todas las libertades fundamentales de las personas.

En ese sentido, obras como *Actualidad y Derechos Humanos* nos invitan a conocer el proceso de deconstrucción que se está llevando a cabo en el presente, en particular, respecto a herramientas jurídico-sociales como lo son los derechos humanos y a través de conocer el desarrollo que estos han tenido en diversas líneas de investigación, identificar la forma en la que, con base en los principios fundamentales de los derechos humanos (universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad), cada vez más se abren las puertas para que se garanticen los derechos fundamentales de todas las personas.

No es casualidad entonces que, con base en el contexto actual en el que vivimos, la obra *Actualidad y Derechos Humanos* se encuentre integrada por catorce aportaciones de las cuales dos tienen que ver con los derechos de las mujeres; dos con la situación de los pueblos indígenas; dos con temas relacionados con la diversidad sexual y el derecho a tener una familia; una con la reinterpretación de la penalidad y la privación de la libertad; una con el factor emocional que desde el cine se le ha dado a los derechos humanos; y seis más con temas relacionados con la defensa de los derechos humanos, su exigibilidad y lo problemático de su discurso.

Dicho esto, la siguiente cita es pertinente porque obras como esta hacen que vuelva a cobrar vigencia lo que ya dos décadas atrás sostuvo Bobbio (1991) en *Presente y porvenir de los derechos humanos*, donde reflexiona acerca de la evolución de los derechos humanos y propone el sitio en donde debemos poner el foco respecto esta materia:

No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados (pág. 64).

En consecuencia, la importancia de obras que analicen la actualidad y ofrezcan una fotografía a la cual acudir para conocer cómo se encontraba el desarrollo de los derechos humanos en un momento específico, es fundamental para entender de dónde viene la evolución

que guardan los derechos humanos en determinada línea de investigación, así como para conocer y reconocer las problemáticas que se siguen repitiendo, las exigencias que siguen sin cumplirse y las metas que se han alcanzado en materia de derechos fundamentales.

En ese sentido, es evidente que durante los últimos años han cobrado principal relevancia los derechos de las mujeres, de ahí que las aportaciones de las académicas Alicia Cárdenas Cordón y Sandra González-Martínez con *El problema de la (des)igualdad en España: reflexiones en torno a una jurisprudencia constitucional deficitaria sobre los derechos de las mujeres* y con “*La invisibilidad mata*”: *el feminicidio de Yuliana Samboni desde un análisis descolonial centrado en las niñas y mujeres indígenas desplazadas en Colombia* respectivamente, cobren principal trascendencia debido a la forma en la que los derechos humanos se actualizan y se interpretan contemplando la perspectiva de género dentro de una sociedad que no termina por entender las desigualdades estructurales que nos determinan y un poder judicial que no tiene claro cómo cumplir con su obligación de resolver con perspectiva de género cuando se encuentra frente a la desigualdad y violencia que actualmente viven las mujeres.

Por su parte, las académicas Roxana Paola Miranda Torres y Tania Cuamatzi Cortés, en *La situación de los pueblos indígenas en México a partir de la reforma constitucional en derechos humanos de 2011* y en *El ejercicio de la autonomía y el autogobierno para la concreción de la autodeterminación de los pueblos indígenas en México*, respectivamente, nos recuerdan la deuda histórica y vigente que existe con los pueblos originarios, en donde *a pesar de las declaraciones solemnes, leyes y reformas constitucionales*, sus derechos siguen siendo *continuamente violados*.

Por otro lado, Ivonne Thaili Millán Barajas y Gabriel Molina Huerta en *El derecho a la familia de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad privadas/os de cuidados familiares en México* y en *Categorías en diversidad sexual*, abordan temas de particular actualidad, como lo son, por un lado, la evolución de las categorías en la diversidad sexo genérico y por otro el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la familia. Particularmente estos temas reflejan los avances que se han tenido respecto al reconocimiento de la diversidad que habita este planeta y la forma en la que el concepto de familia ha evolucionado con el paso del tiempo hasta llegar observar un giro copernicano en donde ya no es un

derecho de las personas tener hijas, sino un derecho de las niñas, niños y adolescentes a tener una familia.

Emil José Niño Rodríguez en *Estudio sobre la penalidad, el juzgamiento penal y la ejecución de la pena privativa de libertad (análisis desde la óptica del modelo de estado social y democrático de derecho y del derecho internacional de los derechos humanos)* toca un tema tan antiguo, pero al mismo tiempo tan vigente, como lo es el principio de legalidad y seguridad jurídica respecto a la actuación de la administración penitenciaria y, por esa línea, cuestiona y confronta la pena privativa de libertad ejecutada en el marco de un Estado social y democrático de derecho. Jesús Ignacio Delgado Rojas, en *Derechos humanos y cine: la imaginación cinematográfica como forma de educación emocional*, muestra cómo el empleo del cine de temática jurídica para la enseñanza y fomento de los derechos humanos brinda sugerentes posibilidades para diagnosticar problemas y plantear soluciones y debates actuales. Además, trae a la mesa la importancia de las emociones para analizar e investigar la historia de los derechos humanos a través del cine y ofrecer una formación jurídica holística que rompa con el paradigma tradicional de la enseñanza y la cultura en derechos humanos.

Por último, seis especialistas abordan temas relacionados con la defensa y garantía de los derechos humanos, de aquí que se sostenga que, justamente estamos viviendo una época de reflexión respecto a la forma más efectiva para garantizar y proteger los derechos humanos, cuestión que Luis Alberto Estrella Ortega propone, en *Breves reflexiones de conceptos problemáticos en el discurso de los derechos humanos*, que debe partir desde la problematización de sus conceptos y su discurso hasta llegar a su debida implementación y garantías. En ese sentido es que Judith Ponce Ruelas, con su texto *La municipalización del enfoque transversal de los derechos humanos, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011* analiza la forma en la que se municipaliza e implementa el enfoque transversal de los derechos humanos en el municipio de Tlajomulco; y, posteriormente, Luis Antonio Corona Macías en *El diálogo entre tribunales, la nueva vía para la justicia multinivel en derechos humanos*, Juliana Carolina Rodríguez Patarroyo en *Las medidas urgentes como mecanismo de protección de los derechos humanos: Un análisis comparativo entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, Agustín Eugenio Martínez Elías en *La jurisdicción de la corte penal internacional frente a la situación de Ucrania*, y Sergio

Manuel Rivera Camacho en *Instituciones nacionales de derechos humanos. Actualidad, entorno y vulnerabilidades*, hacen un estudio del funcionamiento y evolución de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales de los derechos humanos.

En conclusión, la obra *Actualidad y Derechos Humanos* compila y ofrece el panorama de lo que hoy por hoy se discute y se reflexiona sobre el Derecho desde la academia; recordar de dónde proviene el desarrollo de los derechos humanos y posteriormente conocer la actualidad de dicho desarrollo, todo esto nos permite identificar las formas en las que estas herramientas sociales han sido utilizadas, cómo pueden ser mejoradas y las posibilidades reales de su potencialidad (como por ejemplo su uso contrahegemónico). Con esta mirada es que se invita a las personas lectoras, introducirse en la obra, con ojos críticos, pero abiertos; consciente de que, a más de 70 años de que comenzara lo que para Bobbio es la *era de los derechos* (1990), o en lo que para Louis Henkin es *el tiempo de los derechos* (1990), se ha avanzado mucho, pero también han existido grandes retrocesos, en donde hoy, la generación contemporánea de personas investigadoras del derecho está convocada más que nunca a trabajar, en términos *rousseauianos*, por la efectiva garantía de la *voluntad general* que se puede ver representada en el Sistema Internacional de Derechos Humanos o en el *buen vivir* o *vivir bien* de algunos pueblos originarios.

Gracias, a todas las personas que han colaborado para seguir construyendo la Colección de Estudios en Derechos Humanos, editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, a través del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamactli. En hora buena.

Introducción

Héctor Antonio Emiliano Magallanes Ramírez

Es fundamental construir procesos de cultura de paz y respeto de los derechos humanos como elementos básicos de las relaciones interpersonales e institucionales en el mundo. Ello, como una estrategia sostenida desde procesos de transformación cultural de la convivencia social que se exprese en los actores tomadores de decisiones, en respuesta a las permanentes crisis que acontecen prácticamente en todo ámbito social.

Hoy, las agendas que atentan contra la cultura de paz y los derechos humanos son posibles de encontrar y analizar prácticamente en cualquier rubro y en cualquier escenario global, desde la lamentable situación en Europa del Este hasta la violencia de género, feminicidio, desaparición forzada, la discriminación a los pueblos originarios en México, la ausencia de garantías para que las niñas, niños y adolescentes vivan y se desarrollen libre de cualquier tipo de violencia (particularmente desde su contexto familiar), la violencia institucional y cultural que sufre la población LGBTTTIQ+ o el permanente daño al medio ambiente y exterminio de los elementos naturales desde sus múltiples vertientes, son muchas y muy diversas las agendas que ponen en crisis la anhelada paz positiva, entendida como los mínimos niveles de violencia a los que debemos aspirar y altos estratos de bienestar social, que propicien un entendimiento pacífico, trato digno e igualitario entre la comunidad, justicia y respeto de derechos fundamentales; además, la ausencia de conocimiento y participación de la sociedad civil en torno a los derechos humanos es un elemento más que abona a tal crisis.

Existe una suerte de falta de comprensión y asertividad de la comunidad sobre qué son los derechos humanos, por ello es necesario asumirlos integralmente para garantizar su exigencia y aplicación irrestricta. Por ejemplo, en los tiempos de la implementación del llamado Nuevo Sistema de Justicia Penal en México (2008/2016), y con las multicitadas reformas en materia de derechos humanos en el país (2011), se hablaba de que al menos 95 por ciento de la sociedad mexicana ignoraba sus derechos fundamentales consagrados en la carta magna.

En el ámbito convencional, a lo largo de estos años, se trabajó incansablemente en la creación de nuevas leyes y su homogeneización

en las entidades federativas; se construyó la infraestructura adecuada que permitiera a los operadores del sistema aplicar el modelo; se hizo un esfuerzo inacabado por mejorar la coordinación para el buen funcionamiento del sistema y, por último, se atendió, con no pocas dificultades, la actualización en torno a la capacitación tanto de servidores públicos como de profesionistas; sin embargo, faltó mayor énfasis en la difusión de las bondades del sistema y sus alcances en materia de cultura de paz y derechos humanos.

Por lo tanto, con ese nivel de ausencia de conocimiento en la población, desafortunadamente, es fácil explicar por qué seguimos en una descomposición social que permea en las instituciones y en las personas tomadoras de decisiones. Una ausencia de Estado de derecho que permite asumir que, para la mayoría de la población en México, son un sueño inalcanzable, y no un derecho, todas y cada una de las prerrogativas establecidas en la constitución política. Es decir, se concatena la expresión del imaginario social con la crisis institucional que hoy nos caracteriza, de ahí la pertinencia que existan esfuerzos desde la academia y desde la investigación que auspicien, al menos, ciertas respuestas a los fenómenos sociales en comentó y que permitan conocer un abordaje reflexivo de estas realidades, a fin de encontrar salidas del camino a la indiferencia que no transforma realidades y no nos lleva hacia un contexto de cultura de paz y derechos humanos.

Por ello, esta obra de *Actualidad y Derechos Humanos* toca varios puntos neurálgicos con la pretensión de que sus capítulos generen el diálogo respecto a los retos, avances, retrocesos, y la agenda de pendientes en temas tan relevantes, como la clasificación de conceptos y términos en materia de derechos humanos desde el ámbito global a lo local, y toda la sinergia de confusión de glosarios que han sido superados por la progresividad de la materia y que deben trabajarse en la normalización y comprensión de la población, así como la aportación y el contexto de instituciones fundamentales, como la corte penal internacional, en el orden multilateral, específicamente en el caso Ucrania, la pertinencia de visibilizar a grupos en condición de vulnerabilidad o riesgo por el contexto sociocultural que enfrentamos en la actualidad y que impacta a las niñas, niños y adolescentes; los pueblos originarios en su cosmovisión y compleja relación desde una perspectiva histórica y cultural; la agenda de derechos de las mujeres y fenómenos condenables, como la violencia de género; la desaparición o feminicidio

que trastoca a todo el país y que en Jalisco protagonizamos por los altos registros desafortunadamente en este rubro, ello implica una necesaria revisión integral para transformar patrones de convivencia y respeto, a fin de que las mujeres vivan y se desarrollen en las mismas condiciones de oportunidad y acceso, pero, sobre todo, libres de toda la gama de tipologías de violencias que padecen o bien la agenda de la diversidad sexual que cada vez se posiciona y gana terreno en el imaginario social tanto a nivel global como nacional con no pocas resistencias y obstáculos en el camino, al igual que la apuesta por fortalecer la municipalización de los derechos humanos. No hay que olvidar que estos son la institución que reconoce el Estado mexicano más cercana a la ciudadanía y desde ahí existe una amplia ventana de oportunidad para construir un país en torno a la consolidación de los derechos humanos, o bien, las múltiples aportaciones de las industrias culturales, como el cine, para fortalecer la necesaria inteligencia y educación emocional de la ciudadanía.

Capítulo I

Breves reflexiones de conceptos problemáticos en el discurso de los derechos humanos

Sumario: I. Introducción. II. ¿Es la dignidad el fundamento de los derechos humanos como exigencias morales? III. ¿Juega un papel importante la empatía con la garantía de los derechos humanos? IV. ¿Realmente son universales los derechos humanos? V. ¿La constitución mexicana puede violar derechos humanos? VI. ¿Es antidemocrática la revisión judicial de las leyes? VII. Control difuso de constitucionalidad/convencionalidad en sede administrativa: Un caso en Guanajuato. VIII. Conclusiones. IX. Referencias bibliográficas.

Luis Alberto Estrella Ortega¹

Hay muchísimos casos en los que sólo se puede hablar de la esencia de las cosas diciendo lugares comunes
Haruki Murakami

I. Introducción

Los derechos humanos pueden ser definidos de distintas formas. Ello depende de la perspectiva desde la cual se analicen, es decir, es posible hablar de diversos conceptos y concepciones de los derechos humanos, según el prisma con el que se aborde su estudio. Cada perspectiva tiene su propio fundamento y este será clave para construir una definición sin que ello implique, desde luego, una petrificación en su alcance y contenido.

Una dimensión de los derechos humanos importantísima es la perspectiva histórica. Estimo, por tanto, que el fundamento en esta visión es el dolor de las personas. En efecto, a lo largo de la existencia de la humanidad, los seres humanos han ocasionado terribles sufrimientos a otros; piénsese, por ejemplo, en la esclavitud, la intolerancia religiosa, las precarias condiciones laborales, la exclusión social por cuestiones tan azarosas como el lugar de nacimiento, la raza, el sexo, etcétera.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato y maestro en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, por la Universidad de Alcalá. Actualmente se desempeña como director de investigación de la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato.

La historia da cuenta que, ante dicha opresión, se han gestado infinidad de luchas, que han derivado en movimientos sociales, muchos de ellos armados, donde, incluso, a riesgo y a costa de perder la vida han decidido emprenderlos. Por ejemplo, la Guerra de Independencia de las 13 colonias de Estados Unidos de 1776 y la Revolución francesa de 1789 son acontecimientos ilustrativos que se estiman paradigmáticos por sus enormes repercusiones, al menos, en el mundo occidental.

No se desconoce que ambos movimientos sociales tienen raíces y matices diferenciados, pues, en palabras de Gordon S. Wood (2015) a diferencia de la Revolución francesa, que fue causada por una tiranía real, la norteamericana se abordó como algo provocado no por una opresión real, sino por la anticipación a esa opresión, por la lógica y la lealtad a principios como “ninguna contribución sin participación” (pág. 22).

Es válido afirmar que el discurso y, sobre todo, las luchas por la defensa de lo que hoy se conoce como derechos humanos están bañadas de sangre. Cada reconocimiento normativo de ellos ya sea en el plano internacional, constitucional o legal, constituye una expresión política del movimiento social vencedor, pero también una justificación legítima en aras de lo que lo originó: el dolor y el sufrimiento de ver vulnerado lo más valioso que tenemos como especie humana: la dignidad.

Por ello se puede llegar a la siguiente aseveración: los derechos humanos, desde el punto de vista histórico, tienen su basamento en el dolor y el sufrimiento, y pueden ser definidos como conquistas sociales.

A continuación, se reflexionará sobre algunos conceptos problemáticos en torno al discurso de los derechos humanos, es decir, si hay una base moral en su reconocimiento jurídico; si la dignidad como concepto abstracto e intuitivamente poderoso es realmente su fundamento; si el atributo de universalidad no significa imponer una visión única y occidentalizada; si en su reconocimiento constitucional, por paradójico que pueda parecer, puedan darse violaciones de estos; si la protección jurisdiccional implica que los jueces tengan la última palabra en cuanto a su alcance y significado; finalmente, si en su tutela es factible que las autoridades administrativas puedan inaplicar en casos concretos normas legales que los violenten. En definitiva, se desea plantear la tesis de que la idea de los derechos humanos está en constante discusión y evolución; por ello, su lucha es, por antonomasia, inacabada y continua.

II. ¿Es la dignidad el fundamento de los derechos humanos como exigencias morales?

Los derechos humanos, desde el punto de vista filosófico, tienen su fundamento en la dignidad y pueden ser definidos como exigencias de índole moral. Según Javier Gomá Lanzón (2019, pág. 1), la dignidad es el concepto más revolucionario del siglo XX, dotado de tal fuerza transformadora, como si de una palabra mágica se tratase; por lo tanto, sostiene que esta podría definirse como aquello inexpropiable que hace al individuo resistente a todo, interés general o bien común incluidos, es decir, lo que se halla por encima de todo precio y no admite equivalencia alguna.

La evolución histórica y filosófica del concepto de dignidad ya no depende de un atributo especial que la fundamente, como la razón, la libertad o moralidad de los actos, sino que se está ante una visión de dignidad democrática que se recibe por nacimiento y otorga derechos a su titular, esto es, los tenemos por el simple hecho de ser personas.

Por otra parte, Juan A. Cruz Parceró, en la obra *Derechos Morales: Concepto y Relevancia* (2001), señala que para “[...] la fundamentación de los derechos morales suele considerarse varias alternativas: a) teorías iusnaturalistas, b) teorías utilitaristas y consecuencialistas, c) teorías consensualistas, d) teorías constructivistas” (pág. 9).

Si bien hay tantas definiciones y teorías de derechos humanos como libros en la materia, coincido –por considerarla sumamente pedagógica– con la establecida por Guillermo Escobar Roca (2009), para quien los derechos humanos son “exigencias morales derivadas de la dignidad de la persona y reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado” (pág. 16).

Las exigencias o demandas morales que derivan de la dignidad, aún sin ser reconocidas en la ley (o las contenidas en ella, pero que carecen de las garantías necesarias para lograr su efectividad), son derechos humanos. Resulta evidente y deseable que estas exigencias morales sean reconocidas por el sistema jurídico y, sobre todo, por la norma constitucional, a fin dotarlas de mecanismos de protección que las garanticen.

Por ello, coincido con las ideas del pensamiento neoconstitucionalista² y sus principales rasgos característicos para lograr una garantía eficaz de los derechos humanos que, según Susanna Pozzolo (1998, págs. 340 y 341), pueden resumirse en:

- Principios *versus* normas.
- Ponderación *versus* subsunción.
- Constitución *versus* independencia del legislador.
- Jueces *versus* libertad del legislador.

Si la constitución es, en el plano nacional, la norma por antonomasia de protección y garantía de los derechos humanos es claro que se está ante un modelo axiológico y que la justificación jurídica de estos es, en última instancia, forzosamente de índole moral.

III. ¿Juega un papel importante la empatía con la garantía de los derechos humanos?

¿Cómo es que históricamente los movimientos sociales que luchan por la defensa de la dignidad van contando con adeptos, aun cuando en principio no todos sufren ni en grado, ni en intensidad e incluso a veces el dolor puede parecer muy lejano? La respuesta, si bien es compleja, puede acotarse a una dimensión psicológica de los derechos humanos, cuyo fundamento me parece es la empatía.

Antonio Carrillo Flores (1981) cita la idea de “conciencia militante”, la cual surge o se forma de una evidencia emocional. La conciencia militante es una especie de empatía, compasión y sensibilidad que ha desarrollado la humanidad mediante la interacción social ante el dolor y el sufrimiento de ver cómo otros vulneran la dignidad de algún ser humano; de suerte tal que, a través de la capacidad empática, se pueden destruir los estereotipos y los prejuicios más anclados que dan pauta y son la génesis de dichas conductas lesivas y, no solo eso, sino tener la capacidad de verse en el otro, aun cuando este sea totalmente distinto en circunstancia de vida, es decir, la conciencia militante es la capacidad de

² De acuerdo a Susanna Pozzolo, en su Artículo *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, existen una serie de iusfilósofos que pueden ser agrupados por afinidad a la corriente del neoconstitucionalismo, a saber: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y Carlos Santiago Nino.

poder identificarse con el otro ante su dolor y adherirse psicológicamente a su causa (págs. 186 y 187).

Por ello, estimo pertinente señalar que gran parte del éxito o fracaso del discurso de justificación y garantía de los derechos humanos pasa por introyectar los valores – vuelvo a la idea axiológica en que se fundan e inspiran– como la libertad, la igualdad, la justicia, el respeto, la tolerancia, la fraternidad, la no discriminación, pero no solo desde un plano eminentemente racional, sino desde un plano sentimental/emotivo.

En síntesis, la conciencia militante es la decisión que se tiene de adherirse mediante un aprendizaje emocional a una causa común, que es la defensa de la dignidad, como lo más valioso que se tiene y que sirve de fundamento de los derechos humanos, pues el gran desarrollo de estos –muchas veces da cuenta la historia– no es fruto de la razón químicamente pura, sino de la emoción y de la sentimentalidad, que, a mi juicio, desmonta el mito de la exclusiva racionalización de los derechos humanos.

La conciencia militante es tener mentalidades más sensibles al sufrimiento de otros y ser capaces de establecer lazos de empatía y, en dado caso, hacerse cargo de la vulnerabilidad de los otros y encontrar en la narración trágica de su historia de vida el móvil para identificarnos con su humanidad y percibirnos iguales a pesar de las diferencias.

Si algún día somos capaces de interiorizar no más allá de la mera racionalidad, sino con la carga de la fuerza emotiva que la frase conlleva, la conciencia militante saldrá triunfadora. Lynn Hunt (2007) lo expresa de manera excelsa cuando reflexiona cómo los derechos humanos se hicieron evidentes:

La pretensión de evidencia se basa en última instancia en un atractivo emocional; es convincente si toca la fibra sensible de toda persona. Además, estamos casi seguros de que se trata de un derecho humanos cuando nos sentimos horrorizados ante su violación (pág. 25).

IV. ¿Realmente son universales los derechos humanos?

Hannah Arendt (2019, pág. 120), brinda una visión profunda en términos de repensar la visión de la dignidad en sí misma y por sí sola como un escudo protector e indestructible para la defensa de los derechos humanos, cuando al contrario, apelar solo a la dignidad humana puede convertirse en un contexto fáctico determinado, como su mayor

peligro.³ Es decir, ¿qué tanto vale la dignidad y la respectiva idea de universalidad en contextos concretos donde un ser humano es despojado de sus papeles y es desterrado de la comunidad política donde habita o donde el único atributo que tiene es solo su humanidad? La respuesta es nada, prácticamente nada; de ahí su poderosa idea del derecho a tener derechos que resulta ser un concepto clave y fundamental en el pensamiento de Arendt.

Esto es, si solo se estima que la dignidad pensada en abstracto es suficiente para garantizar universalmente los derechos humanos, estos pierden eficacia y significado, pues el desarrollo de su existencia se da en el contexto de su condición social y no como persona idealizada, construida bajo parámetros descontextualizados de la comunidad a la que pertenece.

De ahí la importancia de concebir la justificación de los derechos humanos no desde la naturaleza, ello resulta problemático, sino dentro de una sociedad políticamente organizada, como es el Estado, que cuente con un sistema jurídico de reconocimiento de derechos fundamentales o entre el concierto de voluntades de los Estados, es decir, a través de la comunidad internacional que los reconozca y garantice.

Sin embargo, quiero centrar mi análisis en el argumento expresado por Arendt (2019, pág. 122) referente a que no nacemos iguales, sino que llegamos a serlo por la decisión de concedernos recíprocamente los mismos derechos. Tal afirmación refrenda mi postura de concebir los derechos humanos (si bien no dejo de admitir lo problemático o “confuso” del principio de universalidad) como constructos históricos y culturales, pues, con tal visión, se puede hacer frente a la crítica más importante, a saber: 1. Solo son una ideología hegemónica impuesta por occidente; y 2. No se respetan en todos los lugares del planeta.

Contrario a los dos puntos señalados, la tesis que sostengo es que la universalidad se construye mediante diálogos multiculturales sin ser, desde luego, una tarea acabada, sino en constante evolución, dada su concepción histórica cultural. Para justificar mi afirmación, pongo de ejemplo a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776), que establece “Sostenemos como evidentes estas verdades: Que todos los hombres son creados iguales...” (párr. 2),

³ Las personas desterradas, exiliadas, refugiadas y migrantes en situación irregular pueden ser vivos ejemplos.

obviamente no es así. Lo evidente es lo contrario, por eso es una paradoja en los términos planteados por Lynn Hunt (2007, pág. 17).

Lo innegable es que los seres humanos no nacemos libres e iguales. Nacemos en profunda desigualdad, algunos con privilegios, otros, no. La clase social, el lugar de nacimiento, el sexo, la raza, entre otros, son atributos de diferenciación que históricamente han servido como pretexto de exclusión social y de negación de derechos.

No obstante, si las declaraciones de derechos señalan que sí nacemos libres e iguales, no se trata de absurdos jurídicos ni que la universalidad que la frase conlleva se encuentre en entredicho, porque haya sido, sea y siga siendo, empíricamente falsa. Se trata, en todo caso, de una función de comprensión del lenguaje. Analizaré el por qué. Estas afirmaciones obrantes también en las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano y en la universal de derechos humanos, por mencionar solo algunas, mas no están redactadas como textos descriptivos, pues esa no es su finalidad (describir), sino prescribir: son horizontes utópicos.⁴ No es que nacemos libres e iguales, es que debemos luchar para serlo.

La frustración por no alcanzar la universalidad mueve insaciablemente a caminar para lograrla; por ello, son textos que pretenden provocar y generar un estado de cosas: que algún día seamos tratados libres e iguales en dignidad. Por lo tanto, la universalidad debe visualizarse como punto de llegada y no de partida.

Es algo a lo que se llega cuando dialogan todas las culturas, entre todos los movimientos sociales y entre todas las reivindicaciones de naturaleza diversa y, con ello, se engrosan los catálogos de derechos humanos, que, por su propia naturaleza, no son textos cerrados y permiten apertura, aunque ello dé la impresión de ser insaciables, pues mientras no se conviertan en realidad en la vida cotidiana de las personas, hay que luchar vorazmente por ellos.

⁴ Se le atribuye erróneamente a Eduardo Galeano, la siguiente frase “la utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para qué sirve la utopía? Para eso, sirve para caminar”. Sin embargo, el propio poeta uruguayo reconoce que la frase es del director de cine argentino Fernando Birri. Consultar la entrevista donde así lo comenta, concretamente del minuto 29 con 30 segundos al minuto 31: <https://superocho.org/watch/9xiYA4Qet6PehZX?lang=spanish>

La universalidad es el fruto al que se pretende llegar tras poner sobre la mesa todas esas demandas de diversos colectivos a lo largo de distintos momentos históricos y culturales. No es algo que tengamos previamente asignado, es algo a lo que aspiramos alcanzar. No es excluir, negar o invisibilizar las diferencias, sino construir sociedades incluyentes, independientemente de las distinciones, es decir, particularizar la universalidad en contextos sociales e históricos específicos, que es donde se manifiesta.

Que ello no suceda, es un tema de garantía, no del fundamento que justifica la existencia de la universalidad de los derechos humanos; dicho en términos de Norberto Bobbio (2000), “el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos, como el de proveerlos. Es un problema no filosófico, sino político” (pág. 127).

V. ¿La Constitución mexicana puede violar derechos humanos?

Quiero empezar este apartado haciendo alusión a la obra *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* de Robert Dahl (2001, pág. 15), específicamente, al capítulo “Lo que los Framers⁵ no podían saber”. ¿Por qué menciono este texto? Porque los padres fundadores de los Estados Unidos de Norteamérica y artífices de su constitución fueron grandes pioneros en llevar algunas ideas de la forma de concebir al gobierno y su ejercicio, es decir, llevar a la praxis y diseñar un modelo de Estado que sirvió de inspiración y que, con los respectivos ajustes propios del avance civilizatorio, es considerado un hito de la democracia, la división de poderes y las libertades.

Es claro que no existe el documento perfecto. En materia política, generar un pacto social que satisfaga enteramente a todos resulta una tarea titánica y prácticamente imposible. Las constituciones, por su misma complejidad al definir las principales reglas del juego político, son testimonios vivos que, para permanecer en el tiempo y cumplir con los fines para las que fueron creadas, deben ser sujetas de modificaciones e interpretaciones acordes al devenir de los tiempos actuales y que no se conviertan en preceptos dictados por personas “muertas” para regular la convivencia armónica de personas “vivas”.

⁵ Término inglés empleado para hacer referencia a los redactores de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, también conocidos como padres fundadores.

La vigencia de la constitución americana data de 1789. Dos años después sufrió diez enmiendas para incorporar la Carta de Derechos. Sin embargo, a 232 años sigue vigente y con menos de treinta reformas en su haber; me parece que muestra su fortaleza y la gran visión de sus creadores para que la sociedad norteamericana siga siendo regida por ella. Insisto, no es un documento perfecto, pero en política, como en la vida, no siempre se hace lo que se debe, sino lo que se puede. Por lo tanto, tiene sus defectos antidemocráticos, como señala Robert Dahl (2001, pág. 15).

Coincido en que no proscribir la esclavitud, en aras de mantener la federación, no es una decisión para presumir; sin embargo, el alto costo de tal decisión se vio expresado décadas después en la guerra de secesión y su posterior abolición. Otro elemento profundamente antidemocrático fue la no universalidad del voto, que dejó de lado, entre otras personas, a las mujeres. No obstante, hay una frase de uso coloquial que conviene recuperar: no hay que juzgar los actos del pasado con la sabiduría del presente.

Independientemente de que si los *framers* tuvieron o no idea exacta del rol del poder judicial en el control de constitucionalidad, y aun cuando se trata de un poder contra mayoritario y pudiera tacharse de antidemocrático, me parece valioso que un Estado cuente con la revisión judicial de las leyes a que estos sean meros aplicadores del derecho sin importar si estas contravengan normas constitucionales que reconozcan derechos humanos.

En consecuencia, los beneficios del activismo judicial devienen superiores al argumento que pretende restringir tal facultad, en virtud de que no gozan de la misma legitimidad democrática de los miembros del parlamento.⁶

Ahora bien, podría cuestionarse lo siguiente: ¿Es democrática la Constitución mexicana?, y agregaría: ¿la Constitución mexicana viola derechos humanos?

En fechas no tan lejanas, y algunas relativamente recientes, el poder constituyente permanente o revisor, a diferencia de los *framers* en el país vecino, sí podían saber y, aun sabiéndolo, poco les importó y han puesto ciertas porciones constitucionales claramente inconvenientes. Sí, normas constitucionales violatorias de derechos humanos, como el

⁶ Sobre este punto ahondaré en el siguiente apartado.

arraigo establecido en el artículo 16 y la ampliación excesiva del catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa contemplada en el artículo 19, por mencionar las más claras, aunque, al buscar con mayor detenimiento es posible encontrar algunas más.⁷

Múltiples pronunciamientos de organismos internacionales en contra de dichas reformas constitucionales dan cuenta de ello. Incluso ya existe en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dos temas donde se analizará –entre otras cuestiones– la convencionalidad del arraigo: Caso Daniel García Rodríguez y Reyes Alpízar Ortiz⁸ vs. México y Caso Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile⁹ y otros vs. México.

De este modo, a lo nuevos “*framers*” mexicanos no les aplica la frase: no hay que juzgar los actos del pasado con la sabiduría del presente, pues sus decisiones son muy recientes (2008 y 2019) y la “sabiduría” ya estaba disponible, solo que no quisieron escuchar. Más aún, los *framers* americanos partían prácticamente de cero, sin modelos consolidados de democracia en el orbe donde voltear ni con una bola de cristal para adivinar el futuro, por ello “saltaron hacia el vacío” y, estimo, “cayeron parados”, a diferencia –insisto– con los ejemplos que he expuesto, de los “*framers* mexicanos”, que tampoco tenían bolas mágicas, pero sí internet para darse cuenta de que un gran número de organismos internacionales y sociedad civil organizada estaban dándoles buenas razones para no hacer aquello que al final hicieron.

No es por supuesto un tema novedoso, ejemplo de una norma constitucional violatoria de derechos humanos se encuentra en la sentencia del caso conocido como “La Última Tentación de Cristo” contra Chile, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar

⁷ Temas de restricciones a la libertad de expresión en asuntos políticos electorales en el artículo 41. O temas como la no reincorporación por terminación laboral injustificada en el servicio público de la seguridad y procuración de justicia de la fracción XIII del artículo 123.

⁸ Consultar en:

<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/130.asp>

⁹ Consultar en:

<http://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/141.asp>

su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

[...]

LA CORTE, por unanimidad,

[...]

4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto (Olmedo Bustos y otros contra Chile, 2001, págs. 35 y 39)¹⁰.

VI. ¿Es antidemocrática la revisión judicial de las leyes?

El capítulo Derechos sin Democracia del libro *El Pueblo contra la Democracia*, de Yascha Mounk (2018, pág. 77), aborda el control de constitucionalidad y los claroscuros de dicha figura.

Ahora bien, una forma de efectuar el control de constitucionalidad es a través de la revisión judicial de las leyes. Este mecanismo jurisdiccional es, en términos simples, la facultad que tienen los tribunales de verificar si un ordenamiento legal o parte de este resulta conforme a la constitución. Lo anterior es relevante, pues, al ser el catálogo de derechos humanos una parte fundamental de los textos constitucionales suele existir el riesgo de que ante la emisión de una ley contraria a la constitución sea realmente un atentado contra algún derecho humano ahí reconocido. Pero la idea esencial es que el poder Judicial tiene la facultad de revisar –mediante una sentencia– el trabajo –las leyes– de otro poder: el Legislativo; aquí surgen dos críticas, a saber:

1. ¿Por qué un poder se asume como revisor de otro, si están en plena igualdad constitucional?
2. ¿Por qué un poder con mayor legitimidad democrática, como es el Legislativo, puede ser corregido por un poder cuyos integrantes no han sido electos mediante voto popular?

¹⁰ Consultable en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Las respuestas se encuentran en los argumentos esgrimidos en el *Federalista 78* de Alexander Hamilton y en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, elaborada por John Marshall, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y que han sido retomadas y tropicalizadas en diversos lugares del mundo.

Marcelo Figueiredo, en su ensayo *El carácter contra mayoritario del poder Judicial* (2015), señala que el control judicial de la ley se justifica con la contribución que puede hacer el juez al mantenimiento de una cultura de deliberación pública, pero sin olvidar actuar deferentemente con el legislador, en virtud de la presunción de constitucionalidad que tiene la ley:

[...] adoptar como pauta la interpretación conforme de la Constitución como pauta de sus decisiones y solo deberá: declararse la inconstitucionalidad de una ley como *última ratio*; es decir, luego de haber intentado, infructuosamente, encontrar y adoptar una interpretación de la misma que la haga compatible con la Constitución (pág. 68).

Conviene aludir que, en el sistema jurídico mexicano, mediante el artículo primero –a partir del 10 de junio de 2011– y 133 de la constitución, y a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a México en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*, así como en la resolución del expediente varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), este control puede hacerse de manera concentrada –invalidez de la norma– y difusa –inaplicación de la norma.

Al respecto, según la resolución del Expediente Varios 911/2010, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este tipo de interpretación por parte de los órganos judiciales presupone realizar tres pasos:

- A. **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 cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- B. **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 los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

- C. **Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.** Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino 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 de los cuales el Estado mexicano es parte (párr. 33, página 34).

Por tales razones, me parece que un Estado con juzgadores independientes, fuertes y sólidos institucionalmente, y cuyo activismo en la revisión judicial de las leyes sea permitida, constituye una garantía –no la única– fundamental para hacer frente a los fenómenos recientes del populismo –en el sentido peyorativo del término–, que aquejan diversas partes del mundo.

Es decir, frente al clamor de las masas radicalizadas o ante líderes carismáticos, pero con claros tintes autoritarios y disfrazados de ser portavoces de la voluntad popular, como si esta fuera uniforme y homogénea, cuando la realidad muestra la existencia de sociedades multiculturales, son indispensables los mecanismos de control judicial, donde los particulares tengan como garantía la posibilidad de que un tribunal constitucional, como es el caso de la Suprema Corte de Justicia en México, pueda invalidar y expulsar alguna porción normativa que atente contra los derechos humanos.

Los argumentos anteriores no son excluyentes de la importancia que reviste que los Estados cuenten con un poder Legislativo y una administración pública –gobierno *stricto sensu*– que, mediante la expedición de sus leyes y de la creación e implementación de políticas gubernamentales, respectivamente, sean las garantías primarias para la debida defensa y protección de los derechos humanos.

No desconozco que en diversas latitudes del mundo existan debates parlamentarios de alto nivel sobre cuestiones trascendentales en materia de derechos humanos incluso a partir de la idea de que en México así acontece, ello no es óbice para que en última instancia sea la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien analice, como guardián e último intérprete de la carta magna, la constitucionalidad de sus actos, independientemente de que tengan gran respaldo popular, pues los derechos humanos surgen también como un discurso de defensa de las minorías histórica y socialmente violentadas y discriminadas.

Para ejemplo, de lo expuesto, y solo por mencionar uno, basta con ver todavía –cada vez menos, afortunadamente– la resistencia existente para regular y reconocer los matrimonios igualitarios en diversos estados

del país; de modo tal que, para garantizar sus derechos, se tiene que recurrir al poder Judicial de la federación, a fin de hacer efectivo el derecho humano a la no discriminación por orientaciones sexuales reconocido en la constitución.

No me parece adecuado en modo alguno catalogar de antidemocrática la concesión de un amparo en el caso en cuestión, por el hecho de que una mayoría de legisladores que fueron elegidos popular y democráticamente se opongan por razones ideológicas a reconocer y hacer efectivo un derecho humano tan básico. Estimo que el papel activo de la judicatura en la defensa de los derechos es síntoma de una democracia funcional, basada en el correcto entendimiento de la teoría de la división de poderes y de su respectivo control de pesos y contrapesos.

El propio Yascha Mounk (2018, pág. 79) lo reconoce al señalar al control judicial de constitucionalidad como salvaguarda necesaria y justificada, porque defiende los derechos humanos y el Estado de derecho.

Conviene citar la célebre afirmación popular esgrimida en el ámbito jurídico de que siempre habrá un juez en Berlín,¹¹ ello ante las posibles y actuales versiones y encarnaciones de algún “Federico II del siglo XXI” y que tanto riesgo y daño hacen a la democracia y a los derechos humanos.

VII. Control difuso de constitucionalidad/convencionalidad en sede administrativa: Un caso en Guanajuato

La sentencia del Caso Gelman contra Uruguay del 20 de marzo de 2013, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ofrece luces para la cuestión planteada, a saber:

La afirmación contenida en el párrafo 193 de la sentencia establece lo siguiente:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos**¹², incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención

¹¹ Frase atribuida a un molinero y dirigida al Rey Federico II de Prusia. Para conocer la historia del Rey y el Molinero, consultar el siguiente enlace:
http://www.cursosinea.conevyt.org.mx/cursos/ciudadania/htm/recursos/antologia/anto_2.htm

¹² El énfasis es propio.

no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Y la afirmación contenida en el párrafo 239 de la sentencia donde se precisó:

[...] por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que **es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial ...**

Por tanto, la premisa es que el control difuso de convencionalidad –en México, de constitucionalidad con motivo de las reformas del 10 de junio de 2011– se extiende para toda clase de autoridad, incluidas las de índole administrativo.

Cabe recordar que, según la contradicción de tesis 293/2011 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para México.

Asimismo, conviene recuperar lo dispuesto en el artículo 1, párrafo 3, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (2022).

De ambos textos se desprende un mandato de optimización de los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados suscritos y ratificados por toda autoridad del Estado mexicano, incluido el poder judicial, pero también los otros poderes y de los tres órdenes de gobierno. Sin embargo, es cierto que tanto doctrinalmente como en la práctica el control difuso en sede administrativa tiene sus detractores y complicaciones. Para muestra de lo anterior, basta con citar la siguiente

Tesis aislada 2a. CIV/2014, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. **Sin embargo, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso;** es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, octubre de 2014, p. 1097).

Bajo este contexto, las autoridades administrativas pueden aplicar un control difuso de constitucionalidad, pues tienen la obligación general de promover, respetar y garantizar los derechos humanos. Por ello, quiero enfatizar en el siguiente ejemplo de control difuso de constitucionalidad/convencionalidad en sede administrativa.

En Guanajuato, hasta 2021, existía la prohibición reglamentaria¹³ – no legal– respecto del matrimonio igualitario, donde los oficiales del Registro Civil no aplicaban control difuso en sede administrativa y obligan a los particulares a tramitar un amparo indirecto –control concentrado– ante los Juzgados de Distrito del Poder Judicial de la Federación. Esto quiere decir que el Registro Civil negaba las solicitudes de matrimonio a parejas de personas del mismo sexo, ello porque la jurisprudencia¹⁴ que sostiene que hacerlo es violatorio de derechos

¹³ Artículo 72 del Reglamento del Registro Civil del Estado de Guanajuato, definía el matrimonio: “*como una Institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la ayuda mutua y la fundación de una familia*”.

¹⁴ Jurisprudencia 43/2015 (10a.). Bajo el rubro: *MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUEL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL*. Tesis: 1a./J. 43/2015

humanos no elimina automáticamente las porciones normativas que definen al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, asignándole, además, una finalidad reproductiva. Sin embargo, desde el 20 de diciembre de 2021, mediante oficio circular 226/2021¹⁵, la Secretaría de Gobierno del poder Ejecutivo de Guanajuato ordenó a los oficiales del Registro Civil:

A partir de esta fecha y en lo subsecuente, se reconozca y materialice el derecho que tienen todas las personas, sin discriminación por su preferencia sexual, a contraer matrimonio en nuestras oficinas del Registro Civil, si así fuera solicitado y sin necesidad de que medie recurso legal alguno para su procedencia (pág. 1, párr. 2).

En el fondo, se trata, sin duda alguna, de un control difuso de constitucionalidad/convencionalidad en sede administrativa, pues se inaplicó el contenido del artículo 72 del reglamento¹⁶ en cita, durante un mes y cinco días hasta su afortunada derogación.

VIII. Conclusiones

¿Quién en su sano juicio pudiera estar en contra de los derechos humanos? Sin embargo, algunas –o muchas– personas lo están. ¿Cómo es esto posible? ¿Qué se ha hecho mal para que construcciones culturales, como los derechos humanos, que implican aspiraciones morales y demandas de justicia que buscan la calidad de vida digna de las personas, puedan ser rechazados y cuestionados?

Negar la base ideológica de los derechos humanos es querer tapar el sol con un dedo. Desde luego que la tienen. Son discursos y detrás de todo discurso hay una base ideológica. Y digo discursos porque no hay uno solo. Los hay hegemónicos, que tienen un origen ideológico de amplia connotación liberal; por ello, la relación entre capitalismo, democracia y derechos humanos parece, en principio, “natural”.

No obstante, advierto la existencia de críticas, como las de Slavo Zizek, quien, en su ensayo *En contra los Derechos Humanos* (2011, pág. 125),

(10a.), Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 19, junio de 2015, t. I.

¹⁵ Puede consultarse: en: <http://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/view/45857/36791>

¹⁶ Derogado el 25 de enero de 2022. Consultar *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato*.

http://periodico.guanajuato.gob.mx/downloadfile?dir=anio_2022&file=PO_17_2da_Parte_20220125.pdf

analiza y ofrece otro prisma de concebir la idea de los derechos humanos mediante un discurso contra-hegemónico y anticapitalista, que establece que estos fueron ideados por el hombre blanco burgués, según las ideas de Carlos Marx.

Este discurso contra-hegemónico y anticapitalista señala que los derechos humanos han sido diseñados y empleados como una forma ideológica de dominación política y en apoyo del sistema liberal y que en su nombre se han justificado y cometido muchas atrocidades. Bajo esta lógica, los discursos de los derechos humanos no son neutros. Tienen sus causas y sus propios intereses y se usan estratégicamente para legitimar no siempre las causas más justas y nobles. También hay discursos que entrañan una perorata vacua y retórica, como si el solo uso de la palabra legitimara el argumento que le precede o antecede.

Sin embargo, en términos generales, entiendo la visión de Zizek, pero no la suscribo plenamente. En lo personal, me decanto más por un discurso ideológico de los derechos humanos que tenga como pilar fundamental la lucha contra la discriminación social y lograr una igualdad real de oportunidades y con una concepción multicultural, en términos de la obra de Boaventura de Sousa Santos (2002, pág. 66), esto es, como guion emancipatorio y no meramente una visión anticapitalista y como invento producto del hombre burgués.

Comparto la opinión de que los derechos humanos se ubican entre la moral, el derecho y la política, es decir, entre las exigencias éticas y la necesidad de transformar una aspiración moral en derechos humanos – denominados derechos fundamentales cuando son reconocidos en un texto constitucional– y que en México el poder revisor decidió englobar en el concepto de derechos humanos apegándose a una corriente más internacionalista.

Por ello, concluyo compartiendo las palabras de Carlos Bernal Pulido (2010), para quien los derechos humanos, en cuanto discurso teórico-práctico, suscitan interesantes preguntas metafísicas u ontológicas (pág. 117), y yo añadiría para concluir: de filosofía moral.

IX. Referencias bibliográficas

Barberà, Jaume (2011). "*Singulars*". Entrevista a Eduardo Galeano. Canal 3. Televisión de Cataluña.

- Bernal Pulido, Carlos (2010). La metafísica de los derechos humanos. *Revista Derecho del Estado* n° 25.
- Bobbio, Norberto (2000). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Editorial Gedisa.
- Boaventura, De Sousa Santos (2002). *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. El Otro Derecho, número 28. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.
- Carrillo Flores, Antonio (1981). *La Constitución, La Suprema Corte y los Derechos Humanos*. Editorial Porrúa.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Boletines de prensa. Caso Daniel García Rodríguez y Reyes Alpízar Ortiz, así como Caso Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, ambos contra México*.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM] (2022). 9 de septiembre 1917 (México).
- Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) *contra Chile*. Sentencia de fecha 5 de febrero de 2001.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf
- Caso *Gelman contra Uruguay*. Sentencia de fecha 20 de marzo de 2013
- Cruz Parceró, Juan Antonio (2001). Derechos Morales: Concepto y Relevancia. Edición digital a partir de Isonomía: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15.
- Dahl, Robert Alan (2001). *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776).
https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf
- El Molinero y el Rey. Cuento tradicional alemán (1998). Adaptado de: Educando para la ciudadanía y los derechos humanos. Centro de Recursos Educativos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Escobar Roca, Guillermo (2005). *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*. Editorial Trama.
- Figueiredo, Marcelo (2015). *El carácter contra mayoritario del Poder Judicial*. En *Marbury Vs. Madison*. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria. Pablo Luis Manili. Editorial Porrúa.
- Gordon S. Wood (2015). *La Revolución Norteamericana*. Editorial Debolsillo.

- Gomá Lanzón, Javier (2019). *Dignidad*. Editorial Galaxia Gutenberg.
- Hamilton, Alexander (2015). *El Federalista 78*. Ediciones AKAL.
- Hannah, Arendt (2019). *La Pluralidad del Mundo*. Editorial Taurus.
- Hunt, Lynn (2009). *La Invención de los Derechos Humanos*. Tusquets Editores.
- Mounk, Yascha (2018). *El Pueblo contra la Democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*. Editorial Paidós.
- Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato. Segunda Parte, 25 de enero de 2022.
- Pozzolo, Susanna (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Reglamento del Registro Civil del Estado de Guanajuato.
- Secretaría de Gobierno del Poder Ejecutivo de Guanajuato (2021). Oficio circular 226/2021.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Resolución del Expediente Varios 911/2010*.
https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tesis 2a. CIV/2014. Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 1097.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.), Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 19, junio de 2015, t. I.
- Zizek, Slavoj (2011). *Contra los Derechos Humanos*. *Suma de Negocios*, 2(2).

Capítulo II

El problema de la (des)igualdad en España: Reflexiones en torno a una jurisprudencia constitucional deficitaria sobre los derechos de las mujeres

Sumario: *I. Introducción. II. El protagonismo del legislador español en la igualdad de género. III. Radiografía de la desigualdad entre hombres y mujeres en España. IV. La jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las mujeres. V. Reflexiones y conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Alicia Cárdenas Cordón¹⁷

I. Introducción

La igualdad entre hombres y mujeres está lejos de ser una realidad en España.¹⁸ A pesar de los esfuerzos significativos del legislador en la materia, la vida de las mujeres continúa marcada por profundas brechas en el disfrute de los derechos más elementales, ello evidencia un importante déficit en la construcción de la igualdad sustantiva. Este se explica, entre otras razones, por la existencia de elementos de la protección jurisdiccional en España que fallan al momento de combatir la discriminación estructural de las mujeres y que se encuentran tanto en la jurisdicción constitucional como en la ordinaria. Si bien los jueces no son la solución a la desigualdad, sí creo que son una herramienta necesaria y, en este caso, son un instrumento que podría aportar más a la consolidación de la igualdad como pilar democrático.

En el primer apartado haré un acercamiento a la labor desarrollada por el legislador español en la concreción normativa del principio y del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo. No

¹⁷ Contratada predoctoral de la Universidad de Córdoba (España).

¹⁸ El género es una categoría de análisis que permite abordar las discriminaciones y opresiones no solo de las mujeres, sino también de todos aquellos colectivos que han sido definidos desde la otredad, en cuanto a la identidad de género y orientación sexual. Sin embargo, en este trabajo, el foco principal de estudio se centrará en la realidad jurídico-social de las mujeres, lo que no debe llevar al lector o lectora al entendimiento de que, en el actual –y tenso– debate dentro del feminismo español, el empleo de expresiones como “igualdad entre hombres y mujeres” supone tomar partido, en este trabajo y por quien escribe, contra la categoría género.

obstante, el protagonismo del legislador en esta materia no ha implicado la desaparición de las dinámicas y prácticas que otorgan a las mujeres una ciudadanía devaluada, tal y como reflejan los datos estadísticos recogidos en la segunda parte del documento.

Esta realidad plantea la pregunta sobre cómo actúan los jueces y juezas al momento de desarrollar y profundizar la igualdad. Para explorar la respuesta, en la tercera parte analizo la doctrina en la materia desarrollada por el Tribunal Constitucional (TC), órgano responsable no solo de la interpretación máxima de la Constitución (CE), sino también de ofrecer la última garantía de los derechos fundamentales tutelables mediante amparo. En este punto, se hacen evidentes algunas de las limitaciones en la protección de los bienes jurídicos de las mujeres. Por último, en la cuarta parte, identifiqué seis factores relacionados con el diseño constitucional de la igualdad o con su aplicación por parte del poder Judicial, entendiendo este en un sentido amplio que incluye al TC, que resultan anómalos y que constituyen importantes obstáculos para la igualdad sustantiva en España.

II. EL protagonismo del legislador español en la igualdad de género

La dictadura franquista (1939-1975) negó el ejercicio de los más elementales derechos civiles y políticos a buena parte de la ciudadanía española. Pero fueron las mujeres quienes, independientemente de su ideología o simpatía con el régimen, estuvieron reducidas a mero objeto de derecho, especialmente si estaban casadas. Hasta la reforma del Código Civil de 1975, estas adoptaban la nacionalidad del marido al contraer matrimonio, le debían obediencia y no podían actuar jurídicamente sin su representación. Por lo tanto, no podían prestar su consentimiento para obligarse contractualmente ni trabajar sin su permiso, no podían conducir ni sacarse el pasaporte, entre otras (Ley 14/1975).¹⁹ La constitución española (CE) de 1978 supuso una honda transformación en el sistema político y jurídico que configuró a España durante buena parte del siglo XX. Su promulgación reconoció derechos

¹⁹ Ley 14/1975, del 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Esta ley pretende eliminar las limitaciones a la capacidad de obrar de las mujeres que, “si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido” para adecuarla a la dignidad de la persona “proclamada en las Leyes Fundamentales”.

y libertades a toda la ciudadanía y consideró a las mujeres sujetos políticos y de derecho. Así, y a pesar de la evidente ausencia de perspectiva de género en el proceso constituyente español, el texto reconoció la igualdad, la prohibición de discriminación por razón de sexo y la igualdad en el ámbito del matrimonio.²⁰

A partir de entonces, el legislador español adoptó un papel especialmente activo en la consecución de la igualdad y la supresión de los elementos discriminatorios. Son muchas y en diversas materias las normas que existen en este ámbito. Sin embargo, mi objetivo no es mostrar una panorámica de estas ni realizar un análisis sobre su contenido y eficacia, sino mostrar, por un lado, algunas de las normas que evidencian el avance de la legislación española en materia de igualdad y, por otro lado, incidir en la disposición activa del legislador en esta materia.

Aunque durante la década de los ochenta y noventa se produjeron importantes avances en la supresión de elementos discriminatorios hacia las mujeres,²¹ fue la primera década de 2000 la que supuso la

²⁰ Sin embargo, reconoció la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona. Al respecto, no debemos olvidar que los siete ponentes de la CE fueron hombres y son reconocidos como los padres de la Constitución. A partir de los 2000 una parte de la academia constitucionalista española, impulsada por las primeras profesoras de Derecho Constitucional, reivindicó la necesidad de reforzar el protagonismo de las mujeres en el marco de la CE 1978. Véase: VV.AA. (2020). *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid; Sevilla Merino, J. (2004). “Derechos de las mujeres y reforma constitucional”, en Balaguer Callejón, M. L. (coord.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga; y Freixes Sanjuán, T. y Sevilla Merino, J. (coords.). (2005). *Género, constitución y estatutos de autonomía*, INAP, Madrid. Desde entonces, esta posición se ha ido haciendo más visible, apareciendo en los últimos años trabajos académicos que abogan por una necesaria reforma constitucional con perspectiva feminista. Véase: Gómez Fernández, I. (2017). *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Marcial Pons, Madrid; o Gómez Sánchez, Y. (coord.). (2018). *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Aranzadi, Madrid, donde las propuestas de reforma del título I de la CE, relativo a los derechos y deberes fundamentales, son realizadas mayoritariamente desde posiciones feministas.

²¹ Por ejemplo, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, reconoció a las madres la patria potestad sobre sus hijos. Pocos meses más tardes se aprobó la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, reconoció el divorcio condicionado a ciertos requisitos. La Ley 16/1983, de 24 de octubre, creó el organismo autónomo del Instituto de la Mujer con el fin de que este desarrolle los principios constitucionales y fomentar las condiciones de igualdad social entre los sexos, así como la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida. En

consolidación de las políticas de igualdad de género en España. En 2004 se configuró el primer gobierno paritario en la historia española. Se aprobaron dos leyes orgánicas que siguen siendo los pilares básicos sobre los que se articulan los principales esfuerzos legislativos dirigidos a luchar contra la discriminación de las mujeres. Por un lado, la Ley Orgánica 1/2004 del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVdG), que pretendió configurar las herramientas jurídicas necesarias para:

[...] actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1, frac. 1).²²

Un par de años después, el Congreso de los Diputados aprobó la Ley 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), con el objetivo principal de proyectar la igualdad de género –especialmente en sus dimensiones de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres– en todos los ámbitos de la vida; así, se desarrollaron los mandatos recogidos en los arts. 9.2 y 14 CE, que consagran la igualdad material y formal respectivamente. Esta norma contiene un mandato de transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres para todos los poderes públicos (art. 15) y establece la obligación de integrar la perspectiva de género en la función jurisdiccional (art. 4).

También fueron relevantes los avances introducidos con la promulgación de la Ley 13/2005 del 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio para reconocer la unión matrimonial entre personas del mismo sexo; la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que visibilizaba por primera vez el trabajo de cuidados de personas dependientes desarrollado en su gran mayoría por mujeres; la Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción

los noventa destacaron los esfuerzos del legislador en materia de protección de trabajadoras embarazadas, derecho a la lactancia, etc.

²² Resulta cuanto menos llamativo que esta norma, que fue aprobada con el consenso de todos los grupos parlamentarios, fuese objeto de multitud de cuestiones de inconstitucionalidad por los titulares de órganos jurisdiccionales.

voluntaria del embarazo, que establece un sistema mixto, de plazos y causales para abortar; o los cambios incorporados al código penal a lo largo de estas décadas. Todo este desarrollo legislativo estuvo acompañado de las reformas de los estatutos de autonomía que se produjeron a partir de 2007 y que, entre sus finalidades, estaba la de recoger, de manera expresa, el compromiso por alcanzar la igualdad de género. Además, muchas de ellas acompañaron estas reformas estatutarias con la promulgación de leyes sobre la materia, algunas publicadas en esta década y otras en la siguiente.

A lo anterior se agrega que, en virtud de la cláusula de apertura que recoge la CE, los derechos fundamentales deben ser interpretados conforme a los tratados internacionales suscritos en la materia (art. 10.2 CE). Antes de la aprobación de la CE, España ya ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos en 1976. Sus respectivos comités empezaron a recibir comunicaciones individuales en 1985 y 2013, respectivamente. En 1984 entró en vigor la CEDAW, aunque con una reserva en materia de sucesión en la Corona, y su comité empezó la labor en España en 2001. En el ámbito del Consejo de Europa, en 1979, España firmó el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en 2014 ratificó el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Por otro lado, desde que España se incorporó a la Unión Europea, son varias las directivas que han afectado a la legislación interna para hacerla avanzar en la materia (Directiva 2010/41/UE, 2006/54/CE o 2004/113/CE, entre otras, relativas a la igualdad en el empleo y en el acceso a servicios).

Dejando a un lado los importantes retrocesos en igualdad de género que supusieron la crisis de 2008, las políticas de austeridad auspiciadas desde la Unión Europea (Lombardo y León, 2015; Salazar, 2018a)²³ o los efectos de la reforma constitucional de 2011 sobre estabilidad presupuestaria (Salazar, 2018b) es posible destacar en la última década el impulso de medidas e iniciativas como la Ley 4/2015 del 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, que incorpora una importante dimensión de género al referirse a delitos en los que las

²³ Al respecto, puede consultarse Lombardo, E. y León, M. (2015). Políticas de igualdad de género y sociales en España”. *Investigaciones Feministas*. (5), 13-35; Salazar Benítez, O. (2018). Paridad y justicia de género. Algunas reflexiones críticas sobre las políticas de igualdad en España. *Comunicación y género*. 1, 5-24.

víctimas son, con mayor frecuencia, las mujeres. En 2017 los distintos grupos parlamentarios, comunidades autónomas y entidades locales adoptaron el Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Durante la pandemia se instauró el Plan de Contingencia contra la violencia de género ante la crisis del coronavirus y varios Reales Decreto-Ley de medidas urgentes en materia económica y social. Asimismo, actualmente está vigente la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión Europea. En 2021, España ratificó la Carta Social Europea y el Congreso aprobó la tramitación del proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que regula cuestiones como el consentimiento en los delitos contra la libertad sexual o el reconocimiento del derecho a la reparación de las víctimas de violencias sexuales. Por otro lado, en los últimos años, las cortes generales, el Consejo General del Poder Judicial o el Ministerio Fiscal, entre otros, han desarrollado planes de igualdad y varios ejecutivos y legisladores autonómicos han alcanzado la paridad.

III. Radiografía de la desigualdad entre hombres y mujeres en España

A pesar de todas estas herramientas jurídicas, la realidad social pone en evidencia la situación de discriminación estructural de las mujeres en España, ello implica evidentes obstáculos para el ejercicio de los derechos y libertades de las mujeres y, en consecuencia, expresa una garantía defectuosa de su dignidad por parte de los poderes públicos. Entre otros datos, cabe destacar que la publicación de la última macroencuesta sobre violencia contra la mujer (2019) reveló que más de la mitad de las mujeres en España ha sufrido algún tipo de violencia física, sexual, psicológica o económica a lo largo de su vida. Esta violencia se ejerce de manera aún más significativa contra mujeres que tienen menos de veinticuatro años o más de sesenta y cinco, que tienen algún tipo de discapacidad, que viven en municipios pequeños o que han nacido en el extranjero. A pesar de ello, las denuncias de los hechos siguen siendo mínimas. Solo 8 por ciento de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera del ámbito de la pareja ha denunciado lo ocurrido. Dentro del ámbito de la pareja, tan solo 32.1 por ciento de las mujeres que han sufrido violencia física o violencia sexual ha denunciado. Entre los motivos para no hacerlo destacan la vergüenza, ser menor de edad o el temor a no ser creídas.

El tiempo medio que transcurre desde que una mujer comienza a sufrir violencia de género hasta que solicita ayuda o denuncia es de ocho años y ocho meses, y es significativamente mayor cuando la mujer víctima tiene algún tipo de discapacidad o mayor edad. Entre los motivos por los que se posterga la verbalización de esta situación se encuentra el miedo al agresor (50 por ciento), la creencia de que podría resolverlo sola (45 por ciento), la falta de recursos económicos (28 por ciento) o el miedo y desconocimiento al proceso judicial (19 por ciento) (Delegación del gobierno para la violencia de género, 2019). Desde 2003, año en que comenzaron a registrarse cifras, al menos 1 135 mujeres han sido asesinadas por la violencia machista en España (Ministerio de Igualdad, 2022).

En 2019 la brecha salarial en España se situaba en 19.5 por ciento sin que se conozcan aún datos oficiales sobre el efecto de la pandemia en esta, 27.7 por ciento de las mujeres trabajadoras no reciben ingresos superiores al salario mínimo interprofesional, frente a 11.1 por ciento de los trabajadores en la misma situación (Instituto Nacional de Estadística INE, 2019). En 2020 España tenía la segunda tasa más alta de desempleo femenino en Europa, solo superada por Grecia (Eurostat, 2020). En 2021, la cifra de mujeres que trabajaban a tiempo parcial triplicaba a la de los hombres. En 16 por ciento de los casos las mujeres tenían esta modalidad de contrato exclusivamente para dedicarse al cuidado de personas dependientes (menores o mayores), frente a 2.6 por ciento de los hombres en la misma situación (INE, 2021). Sobre la distribución y uso del tiempo, 47.4 por ciento de mujeres trabajadoras y 31.5 por ciento de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos. Sin embargo, la diferencia entre ambos es mayor con relación a las actividades domésticas, que son realizadas diariamente por 77.5 por ciento de mujeres trabajadoras y 32.9 por ciento de hombres trabajadores (INE, 2015).

En 2020 81.3 por ciento de los hogares con un único adulto estaba encabezado por mujeres (INE, 2020a) y en la mitad de ellos existe pobreza infantil, frente a 25 por ciento de los encabezados por hombres que se encuentran en esa situación (Alto Comisionado contra la pobreza en España, 2021, pág. 15). En cuanto al acceso a los servicios sanitarios, las mujeres se enfrentan a mayores barreras tanto por listas de espera más largas como por dificultades de transporte o económicas. En cuanto a la salud mental, en 2020, a 7.2 por ciento de las mujeres de más de 15 años

se le diagnosticó depresión y a 8.1 por ciento, ansiedad crónica, frente a 3.2 y 3.5 por ciento respectivo de los hombres (INE, 2020b).

Ante esta situación, que muestra la desigualdad estructural de las mujeres en prácticamente todos los ámbitos de su vida, no son de extrañar los pronunciamientos de instancias internacionales. Centrándome solo en los comités de tratados, el Comité CEDAW ha condenado a España en dos ocasiones: en el caso Ángela González Carreño (2014) y en el caso S.F.M por violencia obstétrica (2020). En ambos, además de recomendar al Estado la reparación adecuada de la víctima, ha señalado que se debían adoptar medidas para (i) que los antecedentes de violencia doméstica se tengan en cuenta al momento de estipular los derechos de custodia y visita de menores, (ii) reforzar el marco legal para que las autoridades sean diligentes al atender situaciones de violencia doméstica, (iii) formar a jueces y personal administrativo en materia de lucha contra la violencia doméstica, los estereotipos de género, la CEDAW y sus protocolos,²⁴ (iv) asegurar los derechos de la mujer a una maternidad sin riesgo y (vi) asegurar el acceso a recursos eficaces en casos de violación de derechos a la salud reproductiva y proporcionar capacitación a los operadores jurídicos y al personal encargado de velar por el cumplimiento de la ley.²⁵

Por otro lado, 89 por ciento de las resoluciones que ha emitido el Comité DESC desde 2014 hasta ahora se dirigen a España. Prácticamente todas se refieren a posibles vulneraciones del derecho a la vivienda y 34.5 por ciento está iniciado por mujeres solas con o sin personas dependientes, contrasta con 3 por ciento de hombres en esta situación

²⁴ Estas ordenadas en el marco del caso Ángela González Carreño, donde la negligencia del poder judicial español facilitó el asesinato de una menor a manos de su progenitor, a pesar de la condena por violencia de género con respecto a la madre y las denuncias y alertas que esta había hecho sobre el peligro que corría la menor:

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsujVF1NesLff7bP5A183yaxWyvg4zWjFRgS2SSPHB33jUcU%2fO9wKiF7Vq5PdOIdRfCyA3Bls2w2KyBOeABxBLxjXmdy7DpOyyobd3RXBqxtrxNH871xcPAjgHqockfx3lhwUI8XNqJ%2b6qA%2fauZ6roQ%3d>

²⁵ Estas recomendadas en el marco del caso S.F.M., relativo a procedimientos innecesarios y no consentidos realizados a una mujer en el momento del parto, lo que constituye violencia obstétrica:

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsujVF1NesLff7bP5A183yaxtMHTtItXmWibIscabJameT6%2b8RjfwrpNH9J78Zr%2fiUt%2bECB3%2fA3yuKg%2bFP9tJQ27gc3j7zWwrUx0V8CBCtIZ5MG0NSVyFgzjs%2f1236%2bye%2fOmlqO3vyZwdq6svoIwksSMY%3d>

que se han dirigido al comité.²⁶ En los seis casos en los que el comité ha concluido la vulneración del derecho a la vivienda digna (art. 11, Pacto), tres hacían referencia a familias con hijos menores en los que, al menos, un adulto tenía nacionalidad no española (marroquí y argelina). En dos de ellos, se había desalojado del hogar a mujeres sin personas a cargo, una de ellas con setenta y un años. El último se pronunciaba sobre la situación de una familia monoparental conformada por una mujer ecuatoriana y sus cinco hijos menores de edad. En prácticamente todos los pronunciamientos condenatorios, se recomienda al Estado que, además de reparar a los afectados, (i) adecúen su marco legislativo a lo estipulado en el pacto, (ii) desarrollen el marco necesario para que las autoridades judiciales realicen un examen de proporcionalidad ante la orden de desalojo y (iii) se modifiquen las prácticas y procedimientos judiciales en materia de acceso a la justicia, interposición de recursos, notificación de las partes, entre otras.

Estos datos muestran no solo que las condiciones de vida de las mujeres en España resultan más precarias, sino la mayor dificultad de estas para que la administración de justicia tutele, de manera adecuada y eficaz, algunos de los derechos más básicos para la igualdad real. Precisamente sobre las fallas y deficiencias de los operadores jurídicos al momento de proteger los derechos de las mujeres se han pronunciado, además de los comités e informes referidos *supra*, otras instituciones internacionales y nacionales. Recientemente, las expertas independientes en derechos humanos de Naciones Unidas denunciaron la existencia de un patrón estructural en la justicia española que implica la reproducción de estereotipos de género y, en consecuencia, la aplicación de pseudo teorías que desprotegen a los menores en contextos de violencia de género y doméstica.²⁷ De hecho, no fue hasta 2020 que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la obligación de que los operadores jurídicos realicen una investigación suficiente y eficaz, según la doctrina del TEDH, ante denuncias por violencia de género.²⁸ A pesar de que España ratificó en 1984 la CEDAW, no ha sido hasta 2021 que el

²⁶ Para España el Protocolo Facultativo entró en vigor en mayo de 2013.

²⁷ La denuncia completa puede consultarse en:
<https://news.un.org/es/story/2022/02/1504712>

²⁸ STC 85/2020. Nota de prensa al respecto:
https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_085/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2085-2020.pdf

TS se ha pronunciado sobre el impago de alimentos como una forma de violencia económica.²⁹

Esta es parte de la realidad que, por un lado, evidencia las limitaciones que los poderes públicos tienen en la protección de la igualdad y los derechos de las mujeres y, por otro, hace que se cuestionen los cambios que deben abordarse en el entendimiento jurídico-constitucional de la igualdad. Considero urgente dar el salto que muchos otros países han dado hacia una dimensión sustantiva de la igualdad con justiciabilidad de derechos sociales. La igualdad sustantiva entiende a esta como una herramienta que repara las desventajas, contrarresta los estereotipos, prejuicios y violencias, potencia la participación y representación e integra la diferencia para lograr las transformaciones estructurales (Fredman, 2016, págs. 712-738). La justiciabilidad de los derechos sociales, una premisa cotidiana e indiscutida en el constitucionalismo contemporáneo del sur global, entiende a estos como consecuencias de la dignidad y precondition para la igualdad.

En definitiva, consideramos que el poder judicial tiene un importante espacio de acción para desarrollar y cumplir los objetivos constitucionales y convencionales de la igualdad. Por esta razón, a continuación, nos vamos a acercar a la jurisprudencia constitucional sobre igualdad para entender con base en qué elementos doctrinales se ha desarrollado no solo la labor de amparo del TC, sino la función jurisdiccional de los órganos judiciales, cuáles son las virtudes y los defectos del actual entendimiento constitucional de la igualdad y si, efectivamente, la línea doctrinal del TC constituye una última garantía para la efectividad de los derechos de las mujeres en España.

IV. La jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las mujeres

Llegado este punto, es preciso saber cuál ha sido el papel del TC en la consecución de la igualdad y en la eliminación de las dinámicas discriminatorias para las mujeres. ¿Cuál ha sido la posición del tribunal ante las amenazas a algunos de los derechos más básicos de la mitad de la población? ¿Cómo ha razonado ante las peticiones de inconstitucionalidad de la violencia de género, del aborto o de la paridad electoral? ¿Está la perspectiva de género incorporada a los métodos de

²⁹ STS 914/2021. Un resumen puede consultarse en: <https://proyctogender.files.wordpress.com/2021/04/sts-violencia-economica.pdf>

análisis del tribunal? ¿La doctrina constitucional otorga algunas claves acerca de los desafíos que el sistema constitucional debe asumir en materia de igualdad? Estas son algunas de las preguntas a las que intentaré dar respuesta a raíz del recorrido por la jurisprudencia del TC.

Primeramente, debo advertir que la igualdad en la CE se plasma con una triple naturaleza: (i) como valor superior del ordenamiento jurídico, en el art. 1.1 CE; (ii) en su dimensión material, que debe ser promovida por todos los poderes públicos, en el art. 9.2 CE, y (iii) como derecho fundamental a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón, entre otras, de sexo, en el art. 14 CE. La relación de esta tríada fue recogida por el TC del siguiente modo:

Cabe señalar que la igualdad que el artículo 1.1 CE proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico -inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también a la de Estado de Derecho- no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención de la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2 que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y los grupos sea real y efectiva (STC 216/1991).

El art. 14 CE contiene tanto el principio de igualdad formal como la prohibición de discriminación, aunque ambos son configurados igualmente como derechos subjetivos tutelables en amparo constitucional; “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Aunque la literalidad del texto tan solo recoge la igualdad *ante* la ley, lo cierto es que en ella se encuentra también el mandato de la igualdad *en* la ley. Por su parte, el inciso segundo referido a la prohibición de discriminación ha sido considerado como un mandato de tutela antidiscriminatoria que ha conectado, en la jurisprudencia del TC, con el art. 9.2 CE.

La igualdad formal no ha sido interpretada por el TC como el derecho a una igualdad en términos absolutos, sino como el derecho a que los poderes públicos, y especialmente el legislador, no introduzcan diferenciaciones en las normas que carezcan de una justificación objetiva, razonable, idónea y proporcional (STC 22/1981). Por tanto, no implica el derecho a no sufrir desigualdades, sino el derecho a que estas no constituyan discriminaciones. En este sentido, el TC ha aclarado en

varias ocasiones que su control de las diferentes opciones legislativas es un control de mínimos que no entra a valorar positiva o negativamente la norma en relación con la consecución de la igualdad (STC 167/1997). Por el contrario, se limita a valorar si dichas opciones entran dentro del radio de acción permitido para el legislador. Para ello aplica el juicio ordinario de igualdad, que consiste en examinar si la ley que introduce diferenciaciones entre supuestos de hecho equiparables (igualdad como elemento relacional) persigue una finalidad justificada, razonable y proporcional. Sin embargo, de aquí no se deriva un derecho a la desigualdad, pues la opción de diferenciar o no resulta discrecional para el legislador.

La prohibición de discriminación operó para el TC, en un primer momento, como una extensión de la igualdad formal³⁰ que impedía la diferenciación por razón de sexo. Sin embargo, pronto esta doctrina dio un giro y se vinculó a la idea de igualdad material contenida en el art. 9.2 CE.³¹ Así, esta prohibición de discriminación obliga a los poderes públicos a suprimir y corregir los obstáculos para la igualdad real. En virtud de la conjunción de ambos preceptos constitucionales, el TC ha señalado que se pueden adoptar medidas de acción positiva en beneficio de la mujer que combatan su *desigual posición de partida*, siempre que no sean medidas protectoras que, bajo el pretexto de protección, encubran barreras de acceso al trabajo.³² Así, las medidas directas de promoción

³⁰ Se dictaron varias sentencias en lo que se conoce como la etapa de la jurisprudencia constitucional del “varón discriminado”. Así, por ejemplo, se declararon contrarios al art. 14 CE los preceptos que regulaban de manera diferente y con base en el sexo el trabajo nocturno de personal sanitario bajo la justificación de ser medidas proteccionistas de las mujeres (STC 81/1982) o el que reconocía las pensiones de viudedad a los hombres solo cuando mostrasen su incapacidad para el trabajo (STC 103/1983).

³¹ Este cambio vino con la STC 128/1987 sobre la constitucionalidad de un complemento de guardería que se reconocía a los hombres solo si eran viudos o divorciados. Aquí el pleno señaló que las categorías constitucionales que prohíben la discriminación se refieren a sectores de la población que históricamente han estado en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad humana. El TC reconoció la situación particularmente desventajosa para el acceso al trabajo de aquellas mujeres con hijos menores a cargo, por lo que medidas de este tipo, que tratan de evitar que una práctica social discriminatoria suponga la imposibilidad de las mujeres con hijos a trabajar, no pueden considerarse discriminatorias.

³² Así, declaró inconstitucional las normas que suspendían el contrato de trabajo de las mujeres cuando estas contraían matrimonio (STC 7/1983), las reglas que excluían a las mujeres de las pruebas para ingresar en la Academia General del Aire (STC 216/1991), las que impedían a las mujeres trabajar en las minas (STC 229/1992). En la STC 28/1992

encuentran fundamento en estar dirigidas a colectivos históricamente marginados, con la intención de que su situación de desigualdad se vea *compensada o suavizada* (STC 216/1991). Por ejemplo, las medidas adoptadas en el ámbito del trabajo y el parto o de la lactancia han sido consideradas medidas compensatorias de las dificultades de acceso y permanencia en el trabajo de las mujeres con hijos menores a cargo (STC 109/1993).

Como señalé, el art. 9.2 CE consagra la conocida como igualdad real en los siguientes términos:

Corresponde 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; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En la doctrina del TC, que se refiere a este artículo como igualdad real e igualdad sustancial indistintamente, se señala que las medidas de acción positiva o directa pueden encontrar fundamento también en este precepto constitucional (STC 128/1987), aunque en ningún caso constituya un derecho subjetivo. Sin embargo, ha sido utilizado por el TC como un argumento más que da fuerza a la prohibición de discriminación y a las acciones positivas adoptadas por el legislador en virtud del art. 14 CE (la única excepción, comentada más adelante, la encontramos en la STC 12/2008 sobre listas “paritarias”, cuya constitucionalidad se valoró solo a la luz del art. 9.2 CE) sin que se determine su contenido propio.

No es posible eludir el papel protagonista que, en la eliminación de importantes obstáculos para la igualdad entre hombres y mujeres, muchos de ellos heredados del franquismo, ha tenido el TC. Estos se han dado, principalmente, en materia civil y laboral y han sido fruto, fundamentalmente, de la aplicación de las categorías de discriminación directa, discriminación indirecta y acción positiva. Pero es cierto también que la doctrina constitucional sobre igualdad no siempre ha

consideró que el precepto que reconocía un plus salarial en concepto de transporte nocturno para las trabajadoras resultaba discriminatorio para los hombres, pero no concedió el amparo al recurrente. El tribunal entendió que una norma así “parte de una noción diferenciadora de la mujer a la que se supone sujeta a riesgos que nunca amenazan al varón”, lo que es contrario a los arts. 14 y 9.2 CE. El TC no valoró en ningún momento si el riesgo para las mujeres existía realmente o no.

avanzado en la misma dirección, así como tampoco ha sufrido cambios significativos que la acerquen a una noción sustantiva de la igualdad. A pesar de 40 años de jurisprudencia sobre igualdad formal y real, continúa la situación de desigualdad estructural de las mujeres y, en su remoción, resultan constatables las limitaciones con las que el TC se enfrenta. Sin ánimo de ofrecer una lista cerrada ni un análisis en profundidad sobre los casos en los que se ponen de manifiesto estas deficiencias, a continuación, señalo algunos pronunciamientos en los que se evidencia la falta de herramientas del TC, o la insuficiencia de estas, para avanzar hacia una transformación de la igualdad.

A pesar de que la doctrina constitucional ha definido la igualdad desde su dimensión relacional, no fue hasta 2004 que el TC hizo referencia a la obligación de atender los datos estadísticos para valorar la situación de las mujeres en su dimensión estructural, datos que deben ser actualizados de oficio por el tribunal.³³ Lo hizo en la STC 253/2004 para evaluar si constituían discriminación indirecta las normas que establecían las reglas de cómputo que daban lugar a las prestaciones por desempleo y que perjudicaban a los contratos a tiempo parcial respecto a los de tiempo completo. Sirviéndose de una encuesta elaborada por el Instituto de la Mujer, el tribunal observó que el contrato a tiempo parcial es una institución en la que se encuentran fundamentalmente mujeres y, por tanto, es especialmente susceptible a discriminaciones por razón de sexo. No obstante, al margen de cuestiones laborales o de seguridad social,³⁴ los datos estadísticos son utilizados como herramientas

³³ Hasta esta sentencia, el TC se había referido en alguna ocasión aislada a la información que releva la estadística, pero sin que esta fuese incorporada realmente en el análisis (SSTC 109/1993 y 203/2000). Este mismo *modus operandi* ha seguido estando presente en varias sentencias que analizaron la discriminación laboral por motivos de embarazo (entre otras, SSTC 214/2006, 324/2006, 3/2007, 233/2007, 66/2014, 162/2016 y 2/2017).

³⁴ Incluso en estas materias la incorporación de datos estadísticos sigue sin resultar sistemática, observándose a nuestro parecer importantes ausencias. Por ejemplo, la STC 24/2011, resuelve el amparo promovido por una trabajadora que constituye una unidad familiar monoparental y solicitaba la modificación de su turno para compatibilizar su trabajo con el cuidado de su hija. La empresa condicionaba dicha modificación a la solicitud de una reducción de jornada, tal y como estaba regulado en la legislación vigente. El TC entendió que en el caso concreto no se producía una indebida restricción del derecho a la conciliación, pues se estaba aplicando la norma en vigor. Sin embargo, no incorporó al análisis importantes datos para entender la dimensión del derecho a la conciliación, como por ejemplo que al momento de la sentencia existían más de un

argumentativas en ocasiones muy esporádicas. La más relevante desde entonces probablemente ha sido cuando el tribunal enjuició la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, donde se apoyó en barómetros de opinión acerca de la aceptación social de la homosexualidad en España (STC 198/2012).

La altísima cifra de violencia, aunque sin definir cuál era, fue uno de los argumentos que utilizó el TC en la STC 59/2008. Esta cuestión de inconstitucionalidad enjuició el precepto de la LOVdG que establece un trato punitivo diferente para hombres y mujeres cuando, en el ámbito de la pareja, el sujeto activo de una agresión es el hombre y el pasivo la mujer. Sectores de la doctrina identifican esta sentencia como aquella en la que más presente está la perspectiva de género. En ella, el pleno habló de posición subordinada de las mujeres, de que la violencia es manifestación de una grave y arraigada desigualdad, de la existencia de una arraigada estructura desigualitaria que considera a la mujer como inferior, con menores capacidades y derechos a los que merece cualquier persona, y de que la conducta sancionada por la ley se refiere a una estructura social a la que solo el hombre coadyuva con su acción violenta. Sin embargo, el TC valoró la medida desde la consideración de que se trataba de una acción positiva a la luz del art. 14 CE, sin considerar que la violencia sobre las mujeres exige la existencia de un bien jurídico propio (Bodelón *et al.*, 2009, pág. 250).

Por su parte, las acciones positivas han sido derivadas de la conjunción de los arts. 14 y 9.2 CE. En este punto, no pasó desapercibida la sentencia que enjuició la constitucionalidad de la norma que establece la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales (40-60 por ciento), introducida por la LOIEMH (STC 12/2008). Dicha medida fue sometida al juicio de igualdad y se concluyó que persigue un fin legítimo con base en el art. 9.2 CE y resulta razonable y adecuada. Entre los argumentos, se encuentra que el criterio diferenciador escogido, el sexo, divide de manera natural a la sociedad, por lo que no entra en la dialéctica mayoría/minoría de otras categorías como la edad o la raza. La valoración de una medida de estas características desde el prisma de las acciones positivas y no como una exigencia de la paridad democrática fue objeto de profundas críticas por

millón seiscientos mil hogares monoparentales en España de los cuales casi el 80 por ciento estaban encabezados por mujeres.

la doctrina.³⁵ Pero el TC volvió a situarse sobre el mismo prisma al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres, que contemplaba, entre otras, la paridad (50 por ciento) en la conformación de las listas electorales autonómicas (STC 13/2009). Es más, aquí el TC justificó la medida en las “circunstancias sociales del momento en que se adopta”, lo que implica que su misma eficacia hará desaparecer el “fundamento constitucional del que ahora disfruta”. De nuevo la paridad se abordó como una medida de acción positiva y no desde la necesidad de modificar un modelo de ciudadanía basado, aún, en el monopolio masculino del poder.³⁶

Las consideraciones del TC relativas a la paridad continúan en el ATC 119/2018. Al momento de dictar esta resolución, los datos revelaban que las mujeres, aunque constituían 53 por ciento de la judicatura, representaban solo 27 por ciento de la cúpula de los órganos superiores y que, de 17 tribunales superiores de justicia, tan solo uno estaba ocupado por una mujer.³⁷ Aun así, el TC inadmitió el recurso de amparo planteado por la magistrada María del Pilar Alonso Saura contra el acuerdo del CGPJ que nombraba presidente del TSJ de Murcia a un colega. La recurrente consideraba que el acuerdo vulneró, entre otros, el derecho a no ser discriminada por razón de sexo, pues dicha plaza se le debía haber otorgado como consecuencia de la aplicación de varias medidas de acción positiva contenida en diversa normativa.³⁸ El pleno consideró

³⁵ De hecho, parte de la doctrina consideró que si el TC se hubiese enfrentado a este análisis desde la perspectiva de la paridad tendría que haber declarado la insuficiencia de esta medida. Véase Salazar Benítez, O. (2021). “La interpretación y aplicación del derecho en clave feminista”, en Cárdenas Córdón, A. y Salazar Benítez, O. (Coords.), *La interpretación y aplicación del derecho en clave de igualdad de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 44.

³⁶ Así, como señala Ana Micaela Alterio “*La paridad no es una medida compensatoria, menos aún instrumental y temporal, tampoco es un mecanismo para representar a las mujeres en tanto que colectivo con intereses específicos, sino la única manera posible de diseñar unas instituciones democráticas legítimas y transformadoras*”, en Alterio, A. M. (2021). Paridad de género y representación. El caso mexicano. *International Journal of Constitutional Law*, 19(4), pág. 1436. En el mismo trabajo la autora critica la definición de la paridad desde el binomio sexual.

³⁷ Datos del I Plan de igualdad en la carrera judicial

³⁸ Estos son el art. 16 LOIEMH; el art. 3.1 del Reglamento del Consejo 1/2010, del 25 de febrero, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales; el Acuerdo plenario del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de junio de 2005, sobre medidas de acción positiva en el Consejo y la carrera judicial, y el I plan de igualdad de la carrera judicial de 14 de febrero de 2013.

que, si bien el recurso tenía especial trascendencia constitucional, debía ser inadmitido por ausencia evidente de vulneraciones a los derechos de la recurrente. El principal argumento del TC consistió en que los méritos aportados por el hombre habían sido valorados correctamente. Sin embargo, evitó entrar en el verdadero análisis de fondo y que sí fue abordado en alguno de los votos particulares: cómo las decisiones discrecionales en los altos cargos de la magistratura inciden negativamente en la incorporación de las mujeres. De hecho, el auto tiene tres votos particulares, uno de ellos suscrito por dos magistrados, donde sí se ponen de manifiesto, entre otras, la discriminación sistémica de las mujeres en la carrera judicial y la falta de perspectiva de género en la actividad interpretativa del TC.

Esta ausencia de perspectiva de género, que es obligación por mandato de la CEDAW y del art. 4 LOIEMH, se detecta también en el abordaje de otros asuntos que afectan a los derechos de las mujeres. En materia de derechos sexuales y reproductivos, ámbito de los que mayor impacto tiene en las condiciones de igualdad de las mujeres (Alfonso y Alterio, 2021, pág. 1099), resulta palpable. El TC valoró la constitucionalidad de la anterior regulación del aborto, que lo despenalizaba en los casos de aborto terapéutico, eugenésico y ético, en la STC 53/1985. Aunque un año antes había entrado en vigor para España la CEDAW, que en su art. 16 contiene el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos, el TC optó por un razonamiento bastante alejado de esta consideración. Por su parte, elevó la vida a valor superior del ordenamiento jurídico, a pesar de no estar recogido en el art. 1 CE, y lo abordó desde el conflicto de bienes jurídicos *nasciturus* y persona. Concluyó que el concebido no nacido no es titular de un derecho a la vida, pero su vida debe ser protegida por los poderes públicos en tanto valor fundamental. Desde 2010 se encuentra pendiente un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que regula el aborto en un sistema mixto: 14 semanas para la interrupción voluntaria y, posteriormente, sistema de plazos con causales (Rubio, 2021).

Por otro lado, otorgó el amparo a un farmacéutico que fue sancionado administrativamente por negarse a suministrar la píldora del día después (STC 145/2015). Lo hizo tras considerar, en contra de su doctrina previa, que el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 CE)

es el correlato de la libertad ideológica (art. 16 CE). Así, las dudas razonables sobre los posibles efectos abortivos de este medicamento y las convicciones del recurrente sobre el derecho a la vida, amparan la negativa de este a suministrarla en su establecimiento, pues la mujer afectada podía conseguir la píldora en otra farmacia.

En el ámbito de la educación, el pleno declaró no solo la constitucionalidad de la educación diferenciada o segregada por sexos, sino que ordenó su financiación bajo el amparo del derecho a la educación del art. 27 CE (STC 31/2018). Lo hizo sobre la base de que este sistema constituye una opción meramente pedagógica que se enmarca en la libertad de enseñanza reconocida por la constitución y que, además, no existen elementos que permitan concluir que este modelo es incapaz de conseguir los objetivos constitucionalmente previstos para la educación (ideario educativo constitucional). La sentencia tuvo un voto particular concurrente, que se aleja del pleno a la hora de otorgar rango constitucional a la financiación de estos centros, y tres votos discrepantes, uno de ellos suscrito por dos magistrados. Una vez más, es en los argumentos de estos últimos donde encontramos la perspectiva de género señalándose, entre otros, que este modelo es heredero de una concepción histórica de la educación discriminatoria para las mujeres, que no resulta una pedagogía inocua y que constituye una discriminación no solo por razón de sexo, sino de identidad sexual.

En materia laboral y de conciliación, referencié algunos pronunciamientos importantes que reconocían derechos a las mujeres trabajadoras. Sin embargo, esta doctrina deja mucho que desear cuando aborda, por un lado, la protección de las trabajadoras embarazadas que se encuentran en los eslabones más vulnerables de la cadena de producción y, por otro lado, la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

Sobre el primer asunto, en un primer momento, el TC consideró que la resolución unilateral y sin motivación alguna del contrato de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba resultaba discriminatoria (SSTC 94/1984 y 166/1988, entre otras). Posteriormente, con la trasposición de la Directiva 92/85/CEE, se exigía que la trabajadora comunicase a la empresa su situación de embarazo para que se pudiese desplegar la protección en el ámbito de las relaciones contractuales en periodo de prueba. Sin embargo, el TC encontró discriminatorio el despido de una trabajadora embarazada en periodo de prueba, aunque

la empresa no tuviese conocimiento de su estado, bajo el entendimiento de que la directiva constituía un mínimo de protección que podía ser ampliado por el legislador nacional (STC 124/2009). No obstante, esta doctrina cambió radicalmente en un caso similar en el que, además de despedir durante el periodo de prueba a una trabajadora embarazada, la empresa despidió en la misma fecha a un compañero. Aquí, el TC concluyó que no se estaba ante una discriminación directa por razón de sexo, pues no se pudo acreditar que el despido de la trabajadora se debiese a su embarazo, ni siquiera se avaló que la empresa tuviese conocimiento de este. Además, el pleno valoró como un hecho determinante de la ausencia de discriminación que en la misma fecha se extinguiese también el contrato de un trabajador (STC 173/2013).³⁹ La sentencia cuenta con un voto particular concurrente y otro discrepante suscrito por cuatro magistrados.

En el campo de la corresponsabilidad, el pleno desestimó el amparo de un recurrente que solicitaba la equiparación del permiso de paternidad –con una duración de cinco semanas, según la legislación vigente en el momento– al de maternidad –16 semanas–, por considerar que dicha regulación suponía una discriminación por razón de sexo (STC 111/2018). El TC consideró que la diferencia legislativa se debía a finalidades tuitivas diferentes. El permiso de maternidad pretendía proteger la salud de la mujer trabajadora, mientras que el de paternidad buscaba favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar y la corresponsabilidad. El voto particular de la sentencia emitido por María Luisa Balaguer, señaló, en primer lugar, el impacto negativo que tienen las medidas de este tipo porque, aunque aparentemente sean garantistas del fenómeno de la maternidad, se erigen como claras barreras de entrada de las mujeres al mercado laboral y son un obstáculo para su promoción. En segundo lugar, diferencia entre las medidas dirigidas a

³⁹ En España, el despido de una trabajadora embarazada, aun cuando la empresa no tenga conocimiento de ello, se considera nulo (nulidad objetiva), pero no necesariamente discriminatorio. Diferente es el caso en el que la trabajadora se encuentra en periodo de prueba, contexto al que se refiere la STC 173/2013. Esta tuvo dos votos particulares, uno de ellos suscrito por cuatro magistrados. Este último voto consideró inaceptables que la protección de una trabajadora embarazada sea menor en periodo de prueba, precisamente en el momento contractual de mayor precariedad, y que el pleno subestimase la concurrencia del factor biológico personal tutelado. Desde esta sentencia, el TC no ha vuelto a pronunciarse sobre la protección de las trabajadoras embarazadas.

proteger el hecho biológico de la maternidad (arts. 15 y 43 CE) de las que se orientan a garantizar la igualdad de trato en el mercado laboral (arts. 14 y 35.1 CE) y a la conciliación de la vida laboral y personal (art. 18 CE). Observa la magistrada que tan solo seis de las dieciséis semanas de permiso de maternidad son de obligatorio disfrute para la mujer, estas están dirigidas a la recuperación física de la madre y las demás responden a una finalidad diferente. En ojos de la magistrada, quien sí emplea la perspectiva de género en su voto particular, la cuestión no se reducía a asegurar el derecho del padre a la conciliación, sino que versaba sobre el reparto entre progenitores del coste laboral que conlleva la decisión de tener hijos, coste que en el momento de la sentencia era del todo desigual. Por ello, el voto particular considera que esta regulación diferenciada produce un claro efecto de discriminación indirecta hacia las mujeres asociado a la maternidad, efecto que debe ser corregido por el legislador como mandato del art. 9.2 CE.⁴⁰

A todo lo anterior deben sumarse los problemas de justiciabilidad de los derechos sociales en el marco constitucional español. Estos, entre los que se encuentran la protección de la familia, los derechos de los niños, el régimen de seguridad social, el derecho a la protección de la salud, el acceso a la cultura, el derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado, el derecho a una vivienda digna o las pensiones, son configurados por la constitución como principios rectores de la política social y económica. Ello implica:

El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios (...) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos [y] Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (CE, 1978, art. 53.3).

Pero la eficacia de estos resulta ineludible para romper con la multitud de dinámicas que alejan a las mujeres de la igualdad real. Son estas quienes tienen, una vez más, mayor dificultad para acceder a los derechos que aquí se reconocen. Para hacer frente a las estructuras que colocan a las mujeres en una situación de discriminación, es necesario que el Estado español dé un salto hacia ser un verdadero Estado social.

⁴⁰ La duración del permiso de paternidad se equiparó a la del permiso de maternidad en enero de 2021, siendo en ambos casos de 16 semanas cada uno, en virtud del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Hay que tomar en serio los derechos sociales que contiene la norma suprema y multitud de tratados internacionales de los que España forma parte. Resulta evidente, además, la conexión que estos tienen con otros derechos fundamentales, como la igualdad, la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar o el derecho a la educación.⁴¹ Seguir escudándose en la inaplicabilidad directa de estos preceptos, unido a la imposibilidad de su protección mediante amparo y a la tutela de estos en función de los criterios del legislador ordinario, sitúan algunas de las condiciones indispensables para la igualdad sustantiva al margen de la efectividad.⁴²

Hasta el momento, el avance en la protección jurisdiccional de estos derechos ha venido, principalmente, de instancias internacionales. Uno de los derechos en los que se hace más evidente la desigualdad de género es el derecho a la vivienda. En este sentido, no son casuales los datos sobre el Comité DESC a los que hice referencia en el apartado 2. Por su parte, el TEDH ordenó suspender las órdenes de desahucio contra familias de la Cañada Real (Madrid), una de las zonas más pobres de Europa, caracterizada, entre otras, por la pobreza energética e infantil.⁴³ La STEDH obligó a España a informar sobre qué medidas y acuerdos habían adoptado con la finalidad de asegurar una vivienda y servicios sociales adecuados a los demandantes (Caso Ceesay Ceesay y otros c. España, 2013). En el ámbito de la Unión Europea, el TJUE señaló la obligación de los jueces ordinarios de valorar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en materia de vivienda, dado el profundo desequilibrio existente entre las partes (cuestión prejudicial, asunto Aziz c. Catalunya Caixa) (Jiménez, 2014, págs. 79-124).

⁴¹ El TC abrió la posibilidad de un control de inconstitucionalidad por omisión cuando el desarrollo de alguno de los principios rectores se encuentra relacionado con la satisfacción de derechos fundamentales, especialmente la igualdad del art. 14 CE (STC 45/1989, FJ 4). En Prieto Sanchís, L. (1995)., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, 9-57.

⁴² Sobre los argumentos que se suelen dar para justificar la carencia de garantías jurisdiccionales constitucionales de los derechos sociales, véase Pisarello, G. (2021). “Estado social constitucional, garantías y democracia: el papel de las garantías jurisdiccionales en la tutela de los derechos sociales”, en Courtis, C. (coord.), *Manual sobre...* cit. op., 28-35.

⁴³ ONU. (2020). “España: Los cortes de electricidad ponen en peligro la vida de los niños en la Cañada Real, dicen expertos de la ONU”. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/12/1485882>

Recientemente el TC estimó el amparo de una mujer que, junto a sus tres hijos menores de edad, uno de ellos con una discapacidad física de 65 por ciento, fueron desalojados de la vivienda que ocupaban sin título legal (STC 113/2021). El asunto fue valorado a la luz de la afectación de la tutela judicial efectiva (CE, 1978, art. 24), pues según reciente doctrina del tribunal, en materias que afectan a menores los órganos jurisdiccionales, deben realizar un juicio de proporcionalidad especial que atienda al elemento de vulnerabilidad y evitar las respuestas con un excesivo *formalismo rigorista*.⁴⁴ Sin embargo, el voto particular discrepante denuncia que la sentencia se aleje de la doctrina previa del tribunal en virtud de la cual no le corresponde ni a los órganos judiciales ni al TC proponer un modelo legal diferente al vigente para dar protección a los derechos. De hecho, ya en la STC 32/2019, el pleno del TC concluyó que la prevención de situaciones de exclusión residencial les corresponde a las administraciones públicas, no al poder Judicial. Además, según el voto, la decisión de la sala supone dar una protección al interés superior del menor, principio rector que necesita desarrollo legal y sin el cual no puede ser aplicado por los jueces ordinarios. Crítica el magistrado que se haya elevado este interés a la categoría de título para otorgar derechos que las leyes no reconocen, pues no les corresponde investigar a los jueces las condiciones de habitabilidad o de salud del menor.

Estas sentencias ponen de manifiesto la doctrina constitucional del tribunal, incluso en los últimos años, destaca metodológicamente por la ausente perspectiva de género, lo que ha hecho que en sus sentencias haya reproducido estereotipos de género (permisos de paternidad), haya avalado la constitucionalidad de medidas y prácticas discriminatorias (educación diferenciada, magistrada candidata), haya reducido la protección de los derechos de las mujeres (píldora del día después, trabajadora embarazada) y haya asumido la paridad como una acción positiva y no como una precondition democrática (listas electorales). Por otro lado, la protección que ha otorgado a una familia desalojada con menores afectados la ha dado sin entender la vinculación del derecho

⁴⁴ Doctrina desarrollada en la STC 178/2020, recurso de amparo en materia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la propia imagen y a la protección integral de los hijos: resoluciones judiciales que resuelven la pretensión relativa a la determinación de los apellidos ignorando que el principio de protección del menor prima sobre las normas procesales.

social a la vivienda con otros derechos fundamentales materiales, sino vinculándolo al único derecho fundamental de carácter procedimental.

V. Reflexiones y conclusiones

El recorrido realizado por la doctrina del TC en materia de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo manifiesta las limitaciones de la fórmula constitucional de la igualdad y de su interpretación por el máximo intérprete de la CE. Por ello, el camino hacia el reconocimiento de la igual dignidad de las mujeres pasa por la necesidad de abordar transformaciones en el diseño constitucional de la igualdad y en su aplicación. Es hora de que España se comprometa con una igualdad sustantiva que combata frontalmente los estereotipos de género y que reconozca los derechos sociales como precondition de la dignidad y de la autonomía. Es preciso recordar que este camino no es imposible. Existe un marco constitucional que permite buena parte de estas transformaciones: el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento de la paz y el orden social (art. 10.1 CE), una cláusula que ordena la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales ratificados (art. 10.2 CE), el mandato a todos los poderes públicos para que transformen los obstáculos de la igualdad real (art. 9.2 CE), el reconocimiento de unos derechos sociales que son clave para, entre otros, la reproducción de la vida de manera digna (vivienda, medio ambiente, cultura, trabajo, etcétera) y la configuración de todo un poder estatal que, junto con el actuar del TC, tienen el deber de velar por la efectividad de los derechos.

Para ello, es preciso resolver el déficit democrático en la composición de los tribunales. En el TC, solo tres de los 12 integrantes del pleno son mujeres, todas ellas magistradas. Y esta composición es la más “cercana” a la paridad que ha tenido el tribunal. En su historia, de los 55 magistrados eméritos, solo cinco son mujeres. Esta es la realidad presente, además, en el poder judicial español⁴⁵ y en casi la totalidad de

⁴⁵ Si bien las mujeres componen algo más de la mitad de la carrera judicial, las magistradas apenas ocupan 24 por ciento de las presidencias y vicepresidencias de los órganos jurisdiccionales (CGPJ, II Plan de Igualdad). De hecho, hasta septiembre de 2020 ninguna mujer había ocupado la presidencia de una sala del TS en sus 200 años de historia.

los cuerpos que trabajan en el ámbito judicial.⁴⁶ Lo que proponemos aquí consiste simplemente en dar cumplimiento al mandato recogido en el art. 16 LOIEMH (2007), que señala que “Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”. Pero, si esto resulta insuficiente, es necesario que se aborden las reformas legislativas correspondientes para incorporar normas de paridad en la composición de los tribunales.

Asimismo, es preciso revisar la formación en materia de igualdad no solo de los jueces, sino de todos los operadores jurídicos. Varias condenas internacionales a España han hecho referencia a la necesidad de revisar y reforzar este ámbito, elemento que está muy vinculado a la reproducción de estereotipos de género en la labor judicial. Hablar de la presencia de estos en los tribunales españoles, a pesar de ser un hecho denunciado incluso por expertas y relatoras de Naciones Unidas, alerta sobre la afectación a la imparcialidad e independencia de los jueces. En España, la perspectiva de género no se entiende como una metodología que permite identificar las relaciones de poder abusivas en torno al género, sino que se considera una opción ideológica que, además, sesga y afecta el actuar jurisdiccional.⁴⁷ El propio Plan de Igualdad de la carrera judicial prevé la creación de un protocolo en justicia con perspectiva de género, pero siempre dentro del “debido respeto a la independencia judicial” (2020). Por su parte, existe una guía sobre “Enfoque de género en la actuación letrada”, otra del Ministerio Fiscal relativa a la “Perspectiva de género en casos de violencia de género” y un último documento sobre “Normas mínimas para evitar la discriminación de la mujer en el lenguaje administrativo del CGPJ”. Sin embargo, estas no abordan las implicaciones de la perspectiva de género en su globalidad

⁴⁶ En la carrera fiscal, 63 por ciento de las integrantes son mujeres, porcentaje que se eleva hasta el 77 por ciento en comunidades como País Vasco. Sin embargo, la tasa de representación de mujeres en los cargos directivos de la fiscalía es del 30 por ciento (Fiscalía General del Estado, 2018). En la abogacía, el 44 por ciento son mujeres, pero en la cúpula el porcentaje es de 20 por ciento (Consejo General de la Abogacía Española, 2019).

⁴⁷ En este sentido, fueron criticadas las declaraciones del Decano del Colegio de Abogados de Madrid quien, hace unas semanas, cerró un evento del Ministerio de Igualdad diciendo que “*no debemos tener una justicia feminista, al igual que no debemos tener una justicia machista. Debemos tener una justicia imparcial*”.

y, además, son profundamente desconocidas por los operadores jurídicos.

Esto permite entender la manifiesta ausencia de perspectiva de género en las resoluciones judiciales, como se pudo ver en el análisis de la jurisprudencia del TC. Pero destaca además el poco uso de herramientas como la CEDAW en la fundamentación del tribunal. Ni que decir tiene la incorporación de la perspectiva interseccional en la argumentación de este: la palabra “interseccionalidad” no otorga ningún resultado en el buscador de jurisprudencia. La excepción a estas realidades la marcan, por un lado, una serie de sentencias de órganos jurisdiccionales ordinarios cuyas titulares se integran en la Asociación de Mujeres Juezas de España, quienes hacen una importante labor en la divulgación e integración de la perspectiva de género en la función jurisdiccional, y en algunos votos particulares de magistrados constitucionales, especialmente en los de María Luisa Balaguer Callejón. En esta línea, creo conveniente repensar la manera en la que discuten los tribunales, que no solo interactúan anecdóticamente con los preceptos o tratados internacionales en materia de derechos de las mujeres, sino que además no dialogan absolutamente nada con los discursos académicos ni de la sociedad civil organizada.

Por su parte, la reforma introducida por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en 2007 modificó sustancialmente el sistema de protección de los derechos fundamentales. La incorporación del requisito de la especial trascendencia constitucional para la admisibilidad de un amparo vino justificada, en buena medida, por el entendimiento de que el TC había desarrollado una doctrina constitucional en materia de derechos lo suficientemente sólida como para que pudiese ser implementada por la jurisdicción ordinaria. De este modo, el TC podría centrar sus esfuerzos en depurarla, complementarla y actualizarla. Sin embargo, en materia de igualdad entre hombres y mujeres, esta doctrina constitucional no está avanzando significativamente hacia la igualdad sustantiva, incluso se observan retrocesos en algunos pronunciamientos. Además, la responsabilidad de la jurisdicción ordinaria en la protección de los derechos fundamentales no se puede considerar satisfecha por la existencia del defectuoso procedimiento del incidente de nulidad de

actuación,⁴⁸ sino que debe transformar materialmente la función de estos órganos jurisdiccionales.

Otro punto que debe ser revisado es la configuración constitucional de algunos derechos sociales en la CE, que los entiende como principios rectores de la economía social y política no exigibles en amparo ante el TC. Es necesario transformar el sistema de justiciabilidad de los derechos sociales, considerarlos verdaderos derechos sociales constitucionales. Esto pasa por incorporar al sistema jurídico español el enfoque de derechos sensible al género que entienda que “las situaciones de pobreza determinan la privación de algunas libertades básicas” (Abramovich y Pautassi, 2009, pág. 305). Sin la garantía del derecho a una vivienda digna, al medioambiente o a la salud, difícilmente, es posible pensar en la efectividad del derecho a la integridad física y moral, a la vida o a la igualdad. Los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales son interdependientes (pág. 307) y la justiciabilidad de todos ellos es condición necesaria para la igualdad. Los órganos jurisdiccionales deben comprometerse con la efectividad de estos en el entendimiento de que sin ellos es imposible remover las estructuras que imposibilitan la autonomía e igualdad de las personas.

VI. Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Pautassi, L. (corr.) (2009). El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales. En *La revisión judicial de las políticas sociales*. Buenos Aires, Editorial Del Puerto, pág. 305.
- Alfonso Sierra, T. y Alterio, A. M. (2021). Judicialización de DESCAs y desigualdades estructurales: el caso de la desigualdad de género ante la SCJN. En Courtis, C. (coord.), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*, Tomo II, SCJN
- Alterio, A. M. (2021). Paridad de género y representación. El caso mexicano. *International Journal of Constitutional Law*, 19(4).
- Alto Comisionado contra la pobreza en España (2021). *Madre no hay más que una: monoparentalidad, género y pobreza infantil*, pág. 15.

⁴⁸ Sobre los defectos del incidente de nulidad de actuaciones recomendamos el siguiente trabajo: Gómez Fernández, I. y Montesinos Padilla, C. (2018). “Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?”, *Revista de Derecho Constitucional*, 113, págs. 71-102.

- <https://www.comisionadopobrezainfantil.gob.es/es/madre-no-hay-m%C3%AAs-que-una-monoparentalidad-g%C3%A9nero-y-pobreza-infantil>
- Balaguer Callejón, M. L. (coord.). (2004). *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga
- Bodelón, E.; Bonet, M.; Garrido, L.; Heim, D.; e Igareda, N. (2009). La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, en Nicolás, G. y Bodelón, E. (comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona, Anthropos.
- Cárdenas Cordón, A. y Salazar Benítez, O. (Coords.). (2021). *La interpretación y aplicación del derecho en clave de igualdad de género*, Valencia, Tirant lo Blanch
- Consejo General de la Abogacía Española. (2019). *Plan de igualdad. Propuesta de la Comisión de Igualdad para el pleno del CGAE*.
<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/09/Plan-Igualdad-CGAE-Pleno-80219.pdf>
- Consejo General del Poder Judicial (2020). *II Plan de Igualdad*.
- Constitución española. BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978.
- Delegación del gobierno para la violencia de género (2019). *Estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación*.
https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2019/estudio/Tiempo_Tardan_Verbalizar_Situacion.htm
- Eurostat. Unemployment by sex and age – annual data.
<https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>
- Fiscalía General del Estado. Consejo Fiscal (2018). Plan de igualdad de la carrera fiscal. Disponible en:
<https://www.fiscal.es/documents/20142/53498f4a-ac12-9674-971b-178e0203cd58>
- Freixes Sanjuán, T. y Sevilla Merino, J. (coords.) (2005). *Género, constitución y estatutos de autonomía*, INAP, Madrid
- Gómez Fernández, I. (2017). *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Marcial Pons, Madrid

- Gómez Fernández, I. y Montesinos Padilla, C. (2018). Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión? *Revista de Derecho Constitucional*, 113, 71-102.
- Gómez Sánchez, Y. (coord.) (2018). *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Aranzadi, Madrid
- Instituto Nacional Electoral (2015). *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*.
- Instituto Nacional Electoral (2020a). *Encuesta Continua de Hogares*.
- Instituto Nacional Electoral (2020b). *Encuesta Europea de Salud Mental España*.
- Instituto Nacional Electoral (2021). *Encuesta de Población Activa*.
- Jiménez García, F. (2014). Tomarse en serio el Derecho Internacional de los derechos humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (101), 79-124.
- Ley 14/1975, del 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975).
- Ley 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).
- Ley Orgánica 1/2004, del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).
- Lombardo, E. y León, M. (2015). Políticas de igualdad de género y sociales en España. *Investigaciones Feministas*, Vol. 5, 13-35.
- Ministerio de Igualdad (2019). *Macroencuesta sobre violencia contra la mujer*. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf
- Ministerio de Igualdad (2022). Fichas de víctimas mortales. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>
- Organización de las Naciones Unidas (2014). Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Comunicación núm. 47/2012. Doc. ONU: CEDAW/C/58/D/47/2012. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsujVF1NesLff7bP5A183yaxWyvg4zWjF>

RgS2SSPHB33jUcU%2fO9wKiF7Vq5Pd0IdRfCyA3BlS2w2KyBOe
ABxBLxjXmdy7DpOyyobd3RXBqXtrxNH87lxcPAjgHqockfx3lh
wUI8XNqJ%2b6qA%2fauZ6roQ%3d

Organización de las Naciones Unidas (2020). “España: Los cortes de electricidad ponen en peligro la vida de los niños en la Cañada Real, dicen expertos de la ONU”:

<https://news.un.org/es/story/2020/12/1485882>

Organización de las Naciones Unidas (2020). Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Dictamen del Comité en virtud del artículo 4, párrafo 2 c), del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación núm. 138/2018. Doc. ONU. CEDAW/C/75/D/138/2018 :

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsujVF1NesLff7bP5A183yaxtMHTtXmWibIscabJameT6%2b8RjfwrpNH9J78Zr%2fiUt%2bECB3%2fA3yuKg%2bFP9tJQ27gc3j7zWwrUx0V8CBCtIZ5MG0NSVyFgzjs%2fl236%2bye%2fOmlqO3vyZwdq6svoIwkSMY%3d>

Prieto Sanchís, L. (1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, 9-57.

Rubio Marín, R. (2021). “Los difusos perfiles constitucionales de la protección del nasciturus (y por qué, aunque la ley 2/2010 pueda interpretarse como plenamente constitucional, el actual TC español hace bien en no resolver el recurso pendiente)”, *IberIcon*: <https://www.ibericonnect.blog/2021/08/los-difusos-perfiles-constitucionales-de-la-proteccion-del-nasciturus-y-por-que-aunque-la-ley-2-2010-pueda-interpretarse-como-plenamente-constitucional-el-actual-tc-espanol-hace-bien-en-no-resolve/>

Salazar Benítez, O. (2018a), “Paridad y justicia de género. Algunas reflexiones críticas sobre las políticas de igualdad en España”, *Comunicación y género*, 1, 5-24.

Salazar Benítez, O. (2018b). La frágil justicia de género. Reflexiones sobre la tensión entre políticas de igualdad y estabilidad presupuestaria. En Terol Becerra, M. J. y Adnane, A. (dirs.), *Constitución financiera y constitución social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 85-116

Mujer y Constitución en España (2020). CEPC, Madrid.

Capítulo III

“La invisibilidad mata”: el feminicidio de Yuliana Samboni desde un análisis descolonial centrado en las niñas y mujeres indígenas desplazadas en Colombia

Sumario: *I. Introducción. II. Traduciendo el sufrimiento de niñas y mujeres indígenas en “feminicidios”. III. Estudio de caso: feminicidio de Yuliana Samboni. IV. Conclusión. V. Referencias bibliográficas.*

Sandra González-Martínez⁴⁹

I. Introducción

Pensadores de(s)coloniales (Rajagopal, 2006; Buchanan, 2008; Santos, 2014; Hernández-Castillo, 2016) han debatido cómo los movimientos transnacionales del sur global hacen uso estratégico de discursos de derechos humanos (DH) para alcanzar sus fines políticos y confrontar desde abajo el problema de la globalización. Estos autores reconocen los DH como discursos hegemónicos y contra-hegemónicos, cuyo análisis situado en contextos locales devela no solo el uso que le dan movimientos transnacionales del sur sino también estructuras globales de opresión, como el patriarcado, el racismo o el capitalismo. Esta tensión política en la apropiación de ideas de DH es un cuestionamiento importante para quiénes los usamos en nuestro trabajo como un instrumento de lucha de grupos sociales que han sido históricamente marginados de la justicia del Estado.

Ahora bien, basadas en el cuerpo de DH conocido como “violencia contra la mujer”, varias feministas han acuñado, adaptado y ampliado la idea de feminicidio en el corazón de protestas en las Américas. Antes de hacerse una idea emblemática de DH de las mujeres en la región, el movimiento feminista convergió en la denuncia de cientos de

⁴⁹ Abogada colombiana y profesional en Estudios Culturales. Maestra en DH de la Universidad de Viena, Austria. Ha trabajado como consultora en asuntos de justicia transicional en Colombia en el marco del Acuerdo de paz entre Colombia y FARC-EP. En los últimos años, ha asesorado la implementación de enfoques étnicos y de género en programas de DH en agencias de Naciones Unidas. Este capítulo forma parte de las reflexiones de ese trabajo y de su tesis de maestría, publicada por la Universidad de Viena en 2019.

desapariciones y asesinatos de mujeres ocurridos en Ciudad Juárez, México, entendiendo que el feminicidio expresa una violencia sistemática contra las mujeres que permanece impune por omisiones y acciones del Estado (Fregoso & Bejarano, 2010, p. 2). Si bien la idea de feminicidio ha sido continuamente revisada, feministas descoloniales y postcoloniales (Mohanty, 2003; Ribeiro, 2020; Verges, 2021) han problematizado las lecturas feministas centradas en el sujeto de “mujer” para formular demandas de justicia y derechos del grupo diverso de mujeres en contextos del sur global. En esta crítica, proponen descentrar el género del análisis y relacionar y situar otras opresiones que motivan las violencias que ellas resisten.

Partiendo de este llamado de pensadores y feministas descoloniales y poscoloniales, en este capítulo me pregunto por el feminicidio como idea de DH desde el lugar de enunciación de niñas y mujeres indígenas. En la primera parte, analizaré los problemas y aportes de la apropiación de la idea de feminicidio para las luchas de niñas y mujeres que pertenecen a pueblos indígenas. En la segunda parte, desde una lectura descolonial, analizaré el caso del feminicidio de Yuliana Samboni (una niña indígena del Cauca, Colombia) perpetrado por Rafael Uribe-Noguera (un hombre blanco de clase alta bogotana) ocurrido el 16 de diciembre de 2006 en Bogotá, Colombia. De esta manera, busco ampliar la discusión de un caso emblemático para las luchas contra los feminicidios en Colombia y que representa una cartografía en la que concurren violencias de clase, territorio, raza y género que viven mujeres indígenas desplazadas en el país.

II. Traduciendo el sufrimiento de niñas y mujeres indígenas en “feminicidios”

Para la filósofa M.X. Romero (2010, pág. 78), varios eventos transnacionales, como los ataques de 9/11 y la derrota de procesos de paz en la región del Medio Oriente, forjaron una forma de pensar y limitar las ideas de los DH. Bajo el supuesto de que las diferencias del sur podrían ser una amenaza para la seguridad de los países del norte, se pasó de una valoración de la diversidad de culturas no-occidentales en el multiculturalismo al deseo de que un orden legal supranacional y

occidental las gobernara⁵⁰. El paradigma de “violencia contra la mujer” es resultado de este giro histórico y de la incidencia de movimientos transnacionales de mujeres que criticaron la naturaleza genérica del derecho internacional y la invisibilización de los asuntos de DH que afectaban particularmente a las mujeres.

Para la antropóloga S.E. Merry (2009b) es necesario poner atención en las formas en que la violencia contra la mujer se apropia en contextos del sur. Este cuerpo normativo se enfoca en una sola dimensión de la vulnerabilidad de las mujeres: el daño corporal, el dolor y la muerte, pero supone que esta violencia ocurre en espacios privados y que las culturas locales son obstáculos para los derechos de las mujeres. Eso hace que la traducción de violencia contra la mujer sea un proceso contencioso y problemático:

Esta es la paradoja de hacer ideas de derechos humanos como la *violencia contra la mujer* en lo vernacular: para ser aceptadas -las ideas de derechos humanos- tienen que adaptarse al contexto local y resonar con el marco cultural local. Sin embargo, para ser parte del sistema de derechos humanos, deben enfatizar en el individualismo, la autonomía, la elección, la integridad corporal y la igualdad, ideas incorporadas en los documentos legales que constituyen el Derecho de los Derechos Humanos. Estos valores fundamentales perduran incluso cuando se traducen las ideas. Si este es el enfoque más efectivo para disminuir la violencia contra las mujeres o promover la justicia social global sigue siendo una pregunta abierta. Sin duda, es una parte importante de la expansión de una visión modernista del individuo y la sociedad que es incorporada en el Norte global (2006, pág. 220).⁵¹

La traducción de DH implica también la vernacularización de una cultura modernizadora, civilizatoria y progresista del norte en los contextos del sur. Para Merry (2009b), los valores que defiende la violencia contra la mujer vienen de una élite transnacional, secular y angloparlante del norte, que desde una mirada colonialista reduce la cultura a la que pertenecen las mujeres del sur como “tradiciones”, prácticas “incivilizadas” y “primitivas” que causan la violación de sus libertades y derechos a la integridad física y a la justicia.

⁵⁰ En español, se presume el uso del masculino genérico para referirse universalmente a personas con identidades diversas (queer, mujeres, indígenas, personas no-binarias, personas con discapacidad) mediante el uso de la desobediencia lingüística. En este capítulo, utilizaré la “e” para el uso general de sustantivos, adjetivos, determinantes y pronombres (Alcatraz, 2018) salvo cuando me refiera a identidades históricamente estratégicas para las luchas sociales, como “los indios”, las mujeres indígenas o las mujeres del sur global.

⁵¹ Traducción propia.

Feministas de(s)coloniales han criticado esta generalización, abogando porque las diferencias culturales de las mujeres del sur sean entendidas como un campo más fluido y contencioso que no necesariamente niega, sino que también puede ser un espacio de creación y garantía de sus derechos. El trabajo de la antropóloga mexicana R. Aida Hernández (2016, pág. 124) acompañando mujeres indígenas organizadas de Colombia, Guatemala y México, evidencia que, en el marco de reformas neoliberales y constitucionalistas en las Américas, mujeres indígenas han sido agentes en la definición de sus derechos y reclamos de justicia (Sieder, 2017; Hernández, 2016). Dentro y por fuera de sus organizaciones políticas, mujeres indígenas han denunciado las afectaciones particulares de violencia interpersonal y estructural que han vivido como parte de la lucha étnico-territorial. Igualmente, han reclamado su lugar de enunciación como sujetas políticas, entendiendo la denuncia de la violencia contra sus cuerpos como parte de los reclamos propios de la justicia de los pueblos indígenas.

Considerando que la traducción de ideas de violencia contra la mujer es un proceso situado en contextos específicos, resulta indispensable entender la idea de feminicidio en dos momentos. En el primero, enunciaré el contexto que dio lugar a esta idea en Ciudad Juárez, México, precisando sus aportes y limitaciones en la lucha contra la violencia de mujeres de frontera. En el segundo, relacionaré esta idea de feminicidio con luchas históricas de mujeres indígenas en la defensa del cuerpo como territorio.

La idea de feminicidios en Ciudad Juárez: Una lucha de mujeres de frontera

La idea del feminicidio se gestó en el intercambio constante entre activismos y academias feministas. En un principio, cuando el paradigma de violencia contra la mujer tomó relevancia transnacional, Radford y Russell (1992) construyeron la categoría de “femicidio” centrado en la categoría “mujer” para entender los asesinatos perpetrados por hombres en centros urbanos, cuya ocurrencia es facilitada por una ideología patriarcal que busca controlar, castigar y culpar mujeres por resistir y provocar esa violencia. Varias feministas mesoamericanas partieron de esta idea para proponer “el feminicidio” para los asesinatos y desapariciones de mujeres ocurridas en Ciudad Juárez, México (Fregoso y Bejarano, 2010). En este sentido, cabe señalar que el asesinato de mujeres por el “el hecho de ser mujeres” también parte de otras lecturas

de violencia de género que la enriquecen conceptualmente y dan alcance complejo a esos crímenes ocurridos en la frontera de Estados Unidos y México.

El primer aporte es que el feminicidio incorpora el patrón de sistematicidad de crímenes de lesa humanidad a la violencia de género, haciendo una comparación entre los crímenes sexuales ocurridos contra mujeres en los conflictos armados de Bosnia-Herzegovina y Rwanda y los numerosos casos en Ciudad Juárez, un contexto urbano de inseguridad generalizada en contra mujeres. Esto hace que el feminicidio denuncie no solo el crimen motivado por la misoginia del perpetrador, sino que también explique su ocurrencia en el incumplimiento sistemático de las obligaciones del Estado de investigar y castigar a los responsables y atender y proteger a quienes son víctimas (Fregoso y Bejarano, 2010, pág. 6).

Un segundo aporte es la descentralización de la categoría sexo/género del análisis para pasar a cartografiar relaciones de poder de género, sexualidad, raza y clase que subsisten en esta violencia e incrementan la vulnerabilidad de las mujeres. Para la socióloga J. Monárrez (2019), quién ha hecho un seguimiento de los casos de feminicidio en Ciudad Juárez, la idea de feminicidio permite comprender “porqué algunas mujeres son convertidas en sujetos matables, en sujetos desechables que cualquiera puede matar y permanecer en la nuda vida” (pág. 91). En esta lectura, los feminicidios se entienden como crímenes multisistémicos que atentan contra la existencia de identidades socialmente oprimidas, *mujeres de frontera* –las racializadas, precarizadas y explotadas– que han sido históricamente invisibilizadas como sujetas de derechos para el Estado y la sociedad.

El tercer aporte es que el feminicidio es una idea compleja y adaptable de DH que permite su apropiación en contextos específicos. Con base en la violencia feminicida en Ciudad Juárez, Monárrez (2005) caracterizó algunos elementos del *feminicidio sexual sistémico* (pág. 26-27, como se citó en Monárrez, 2019, pág. 89-90) que me permito sintetizar a continuación:

- A. Existencia de una relación desigual basada en el género en el asesinato de una niña o mujer cometido por un hombre, cuyos actos crueles refuerzan la construcción de esa otredad y reafirman

la misoginia y la necesidad de control y subordinación sobre el cuerpo social femenino.

- B. El feminicidio no se reduce al móvil del victimario, su violencia está condicionada por un Estado de excepción que, en connivencia con otras estructuras de poder como gobiernos privados, inciden en la persistencia de injusticia, muerte y deshumanización de las mujeres y niñas.
- C. El feminicidio como acto político tiene varias implicancias, por una parte, somete a víctimas directas e indirectas a inseguridad permanente y revictimización pública, y, por otra parte, a la sociedad a la aceptación de la violencia e impunidad sistemáticas.

Las propuestas feministas de(s)coloniales sobre los feminicidios implican el reto de trascender estas ideas de justicia de género/raza/clase en la colonialidad del derecho internacional de los DH. Si bien con la traducción de un asunto como violencia contra la mujer se gana visibilidad ante el Estado, las *mujeres de frontera* como sujetos subalternos también se someten a jerarquías del derecho hegemónico y a las del derecho subalterno- derecho propio, justicia transicional, comunitaria, etcétera (Sieder, 2017, pág. 13). Para mediar esta tensión entre sistemas jurídicos, activistas han hecho uso estratégico de la interlegalidad para articular sus propuestas de justicia feminista en la acción pública.

Para ejemplificar las tensiones propias de este proceso contencioso de traducción de DH en contextos locales, me gustaría concluir esta sección mencionando el caso “Campo Algodonero” o González y otras contra México (Corte IDH, 2009). La decisión que ahí se tomó, logró visibilizar los feminicidios de Ciudad Juárez como un asunto trascendental de los DH de mujeres en México y el mundo. Este y otros casos sobre violencia de género ante la Corte IDH muestran el arduo trabajo del movimiento transnacional feminista en recrear, negociar y proponer ideas de DH, así como su gran capacidad de incidir en diagnósticos estructurales de las violencias y en las órdenes para que los Estados adapten sus sistemas de justicia. Sin embargo, esto también evidenció el rol ambivalente y limitado de quienes traducimos el sufrimiento de otras mujeres en espacios transnacionales de DH⁵².

⁵² La socióloga J. Monárrez (2009) participó en el litigio como perita experta, haciendo énfasis en que las víctimas eran mujeres jóvenes que vivían en áreas marginales de

Para Monárrez (2019), la sentencia de Campo Algodonero dio la impresión a la opinión pública de que la desaparición y el feminicidio de mujeres eran crímenes del pasado, pero desde el 2008 a la fecha la represión de los carteles de las drogas recrudeció la desaparición forzada, la tortura sexual, el juvenicidio y el feminicidio en Ciudad Juárez. Igualmente, las acciones del Estado se han limitado a la persecución penal de agresores individuales, dejando por fuera las estructuras de poder que reproducen la violencia feminicida. A pesar de la visibilización de los incontables casos de feminicidio, se han promovido intervenciones militaristas y policivas en Ciudad Juárez que reproducen la violencia de Estado en nombre de la erradicación de *feminicidios*. Las traducciones de DH pueden ser distorsionadas por las prácticas coloniales de los Estados, por lo que es necesario comprender el proceso de apropiación de ideas como el feminicidio de manera situada y crítica, entendiendo que en todo caso implican grandes sacrificios epistémicos para las luchas de justicia de las mujeres de frontera.

Luchas de mujeres indígenas en Colombia contra la Mala Muerte

Con la pregunta “¿por qué nos matan?”, la militante del colectivo NiUnaMenos, V. Gago (2019), nos interpela a no quedarnos en la contabilidad necropolítica de los feminicidios, a ir más allá de la violencia del daño físico en el cuerpo y en la figura totalizante de las mujeres como víctimas. Su pregunta va dirigida a entender las muertes de manera distinta, a pluralizar la definición de violencia de género en conjunto con violencias económicas, institucionales, coloniales, laborales, etcétera, y a “salirse del corsé de puras víctimas” (pág. 67) para abrirse a la discusión con otros sujetos feminizados. Basada en el trabajo de Hernández (2016) y Sieder (2017), en este aparte propongo profundizar en este diálogo, relacionado la idea de feminicidio

Ciudad Juárez, con un ingreso económico muy bajo, que eran estudiantes, migrantes, “morenas”, empleadas domésticas, trabajadoras de maquilas y trabajadoras sexuales. Sin embargo, la Corte IDH no logró leer significativamente esas vulnerabilidades raciales, etarias y sociales, necesarias para una respuesta comprensiva de justicia de género. Años después de la sentencia de Campo Algodonero, se ha reconocido que el fallo sirvió de piso jurídico para que abogadas acompañaran a las víctimas en su lucha para acceder a la justicia penal local, pero no para dar respuesta a las causas estructurales de la violencia feminicida en Ciudad Juárez y para evitar que los feminicidios sigan ocurriendo (Guajardo-Soto & Cenitagoya-Garín, 2017).

anteriormente analizada con las luchas históricas de mujeres indígenas en la defensa del cuerpo como territorio y destacando unos puntos de encuentro claves que permiten pensarla para mujeres indígenas organizadas en Colombia.

En primer lugar, es apremiante reconocer que las muertes violentas de niñas y mujeres indígenas han sido silenciadas de formas particulares en la lucha contra los feminicidios en Colombia. Esto se debe, entre otras razones que iré mencionando, a que los lentes de las luchas feministas para posicionarse frente a estas realidades se centran en la opresión de sexo/género, silenciando otras como la opresión de la raza, la clase, el heterosexismo, o el cuerpo-territorio. El trabajo de Hernández (2016, pág. 85) muestra que los movimientos de mujeres indígenas organizadas en México, Guatemala y Colombia han reflexionado en sus propios espacios sobre distintas formas de opresión (violencia sexual, violencia de Estado, etcétera) desde repertorios variados de resistencia que no se limitan al feminismo (teoría de la liberación, luchas campesinas, indígenas y anticapitalistas). Para la autora, la reflexión feminista sobre las desigualdades que resisten las mujeres indígenas ha sido limitada en Colombia, ya que históricamente no se ha construido un diálogo entre ellas y las feministas en centros urbanos del país.

El silenciamiento de las realidades sociales de las mujeres indígenas es también un efecto de que el feminismo hegemónico parte de una enunciación etnocéntrica. Para la feminista poscolonial Ch. Mohanty (2003), las feministas de Occidente han producido “la mujer de tercer mundo” como su Otro: un sujeto monolítico, ahistórico y singular. Esta idea privilegia a las feministas occidentales como el referente, mientras que entiende a las otras como un grupo homogéneo sin poder. Para Mohanty, esta homogenización “coloniza y se apropia de las pluralidades de la localización simultánea de diferentes grupos de mujeres (conectadas) en redes de clase social y etnia, robando su agencia política e histórica” (pág. 39). Basadas en la idea de patriarcado, el feminismo hegemónico crea una división binaria que entiende a los hombres y las mujeres como entidades absolutas y homogéneas (agresores contra víctimas) y en la que no se incluye un análisis de otros sistemas de opresión.

Reducir a las mujeres indígenas organizadas a la categoría de “mujer de tercer mundo” de la que habla Mohanty⁵³ es un obstáculo para que la idea de feminicidio se nutra de los saberes que se forjan en el seno de sus organizaciones políticas y pueblos indígenas, comprendiendo que la violencia contra los cuerpos de mujeres indígenas expresa diferenciales de opresión y violencias. Para Hernández (2016, pág. 82), las mujeres indígenas en Colombia han tenido impacto en los espacios organizativos de víctimas de desplazamiento forzado, un movimiento contra la violencia de Estado y otros actores armados. Las mujeres indígenas que forman parte de la Organización Nacional Indígena del Cauca (ONIC) incidieron ante la Corte Constitucional⁵⁴, realizando demandas de justicia de género desde los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En esa ocasión, sus voces incidieron en el alto tribunal, el cual reconoció que el conflicto armado victimiza de manera diferencial y agudizada a mujeres indígenas, y que el Estado debe valorar los riesgos específicos que ellas enfrentan y adoptar un enfoque diferencial de género, etnia y territorio en la política de desplazamiento forzado⁵⁵.

⁵³ Para Ch. Talpade Mohanty, el feminismo occidental reproduce el paternalismo del patriarcado con la categoría de mujer de tercer mundo: “Las mujeres de Tercer Mundo como categoría son automática y necesariamente definidas como religiosas (léase: no progresistas), orientadas a la familia (léase: tradicionales) insofisticadas legalmente (léase: no son conscientes de la luz del derecho) iletradas (léase: ignorantes), domésticas (léase: incivilizadas), y a veces revolucionarias (léase: su Estado está guerra, ideben pelear!” (pág. 40).

⁵⁴ La Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004 declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado en Colombia y ordena a varias entidades públicas cumplir con obligaciones internacionales de DH en la materia. Para monitorear estas órdenes emite autos de seguimiento, algunos temáticos y enfocados a poblaciones específicas como el Auto 092 de 2008 en relación con violencia de género y el Auto 098 de 2013 en relación con mujeres defensoras de derechos humanos.

⁵⁵ Aunque no es el objeto principal de este capítulo, este desarrollo jurisprudencial no es ajeno a las tensiones propias del proceso contencioso de traducción de DH. En el Auto 092 de 2008, se abordaron los riesgos especiales de las niñas y mujeres indígenas como víctimas de desplazamiento forzado como el despojo de territorios colectivos, la pérdida de relación ancestral con el territorio, riesgos de explotación sexual en ciudades, aprovechamiento para la servidumbre, etcétera. Sin embargo, lo que persuade al alto tribunal para justificar medidas de protección diferencial de sus derechos es la imagen colonial de las mujeres indígenas como iletradas y oprimidas. Años después esta imagen cambia con el Auto 098 de 2013, hay un avance en el reconocimiento de la agencia política de las mujeres indígenas, valorando los riesgos individuales y colectivos de amenazar a una lideresa indígena o defensora de DH,

En segundo lugar, el patrón de sistematicidad que denuncia la idea de feminicidio será difícilmente abordado en los casos de niñas y mujeres indígenas en Colombia si el contexto de desplazamiento forzado no se aborda integralmente y no se reconoce su impacto en ellas como parte de los pueblos indígenas. El avance de la Corte Constitucional en la protección de sus DH no ha tenido el mismo impacto en el derecho penal, donde el contexto de desplazamiento forzado y la diferencia étnico-territorial es abordada precariamente. La construcción de una idea como el feminicidio en el derecho penal ofrece un espacio reducido para entender el “ser mujer” desde la representación propia y diversa de mujeres indígenas. Como desarrollaré en el análisis del feminicidio de Yuliana Samboní, la categoría de género en el tipo penal de feminicidio subsume otros sistemas de opresión que estén relacionados con las muertes violentas de mujeres indígenas desplazadas y responde a la violencia que se ejerce contra ellas prioritariamente a través de su razón punitiva.

El desplazamiento forzado de pueblos indígenas ha sido un fenómeno sistemático, intensivo y relativamente contemporáneo que tuvo un incremento significativo a finales de los años noventa y comienzos de los dos mil en Colombia. Desde una perspectiva decolonial, el desplazamiento forzado es también la continuidad de la mirada del despojo territorial de la conquista, que se resignifica hoy bajo la idea de crecimiento económico como depredación de recursos naturales, narcotráfico y apropiación de territorios colectivos, “sustentadas en acumulación y monetarización de todo cuanto existe” (Centro de Memoria Histórica-Organización Nacional Indígena de Colombia, 2019, pág. 16). Para los pueblos indígenas “la barbarie” no está en sus precarizados modos de existencia sino en la mirada deshumanizante de despojo, violencia y muerte que se expande en el mundo indígena. El desplazamiento forzado fue un detonante para que las mujeres indígenas se reorganizaran y se levantaran por la defensa del territorio de las formas en que lo hicieron durante un siglo (Hernández, 2017; Peñaranda-Supelano, 2015), cuando ellas expresaron su apoyo al líder indígena Quintín Lame en la recuperación de “resguardos indígenas” y usurpados por el Estado nación colombiano, cuando fueron

apuntando no solo a la protección de su seguridad individual, sino también a la integridad del proceso organizativo del que hace parte y lidera.

encarceladas con sus hijos e hicieron parte del movimiento guerrillero Quintín Lame, cuando hicieron parte de las acciones espontáneas de comunidades indígenas que enfrentaban actores armados en el Cauca o cuando construyeron con sus organizaciones políticas mecanismos colectivos de defensa territorial no-violenta como la guardia indígena y las mingas de la resistencia.

El patrón histórico del despojo territorial define las formas de violencia que atraviesan las vidas de niñas y mujeres indígenas, marcando sus cuerpos racializados, feminizados y disidentes como territorios de colonización y conquista. Para Hernández (2016), la tortura sexual contra niñas y mujeres indígenas ha sido parte de las semánticas de la violencia e impunidad en varias partes de Latinoamérica. En su acompañamiento a las luchas de mujeres indígenas, la autora ha identificado la relación de la violación a sus cuerpos con la expansión del capitalismo sobre territorios colectivos, que ha reposicionado fuerzas coloniales, expropiado recursos naturales y expulsado de las tierras a campesines, negres e indígenas. Asimismo, las organizaciones indígenas han evidenciado cómo este continuum de impunidad de violencias sexuales contra niñas y mujeres indígenas no solo lo sufren ellas, sino sus comunidades y territorios (Hernández, 2016, pág. 67).

Finalmente, es necesario reflexionar en que la muerte del feminicidio de una niña o mujer indígena desplazada no significa lo mismo que para todas las mujeres de distintos orígenes étnico-raciales que viven en las ciudades en Colombia. Para la feminista descolonial K. Ochoa (2014), la violación originaria de indias es el punto de partida de la colonialidad, “hay buenas razones para afirmar que la deshumanización del indio/india tiene como ejes centrales la feminización y el uso de una violencia misógina-genocida contra las poblaciones colonizadas y conquistadas” (pág. 116). Para ella, la misoginia propia del proyecto civilizatorio moderno colonial funciona como una “extensión de la violación original y explotación de las mujeres en tiempos de guerra” (pág. 111). Históricamente, la violencia sexual en contra de niñas y mujeres indígenas, sus comunidades y movimientos políticos es un acto de poder colonial, por un lado, busca despojar el cuerpo-territorio (individual y colectivo), y por el otro, perpetuar un proyecto de aniquilación y muerte sobre ese territorio.

La historia de la guerra en Colombia y las formas de resistencia de mujeres indígenas da un sentido específico a la muerte violenta que va

más allá de la eliminación de su cuerpo físico y se centra en ese acto colonial. En el conflicto armado, los dueños de la guerra no sólo han buscado el exterminio físico de mujeres y hombres indígenas, sino también de su diferencia: su cultura, lenguaje y saberes ancestrales de lucha (Centro de Memoria Histórica-Organización Nacional Indígena de Colombia, 2019). Para los pueblos indígenas en Colombia, la muerte hace parte del ciclo natural de la vida, “pero morir mal, en tanto a muerte causada por la violencia, puede acarrear desorden, tristeza, sufrimiento y maldición, generando desarmonía entre el individuo, comunidad y territorio” (pág. 16). Esta es la llamada Mala Muerte: el quiebre del tejido social y comunitario por la muerte violenta de una persona perteneciente a un pueblo indígena. El feminicidio indígena es, por ende, un etnocidio también implica la pérdida del territorio en tanto cuerpo físico como territorio colectivo. Las formas de resistir a estas violencias también van más allá de las formas legales y las sanciones penales del Estado colonial, pues implican procesos restaurativos y organizativos como la justicia propia. A continuación, desarrollaré estos puntos de encuentro en el estudio de caso del feminicidio de la niña indígena Yuliana Samboni en Bogotá, en el cual es posible ver cómo la muerte violenta implicó dos luchas sociales paralelas: una judicial, pública y mediática sobre su feminicidio y otra lucha subalterna y silenciada contra la Mala Muerte por parte de su familia, comunidad y movimiento indígena.

III. Estudio de caso: feminicidio de Yuliana Samboni

En las decisiones de la Corte Constitucional sobre el conflicto armado en Colombia se repite una lección histórica: la violencia sexual contra niñas y mujeres indígenas ha sido usada como un *arma de guerra*. Por una intervención de mujeres indígenas organizadas ante la Corte, se reconoció oficialmente que la presencia de actores armados en territorios indígenas significaba una múltiple violencia de género que se representada en el “acoso sexual, violaciones sexuales, prostitución forzada, esclavitud sexual y enamoramiento como táctica de cooptación de la población” (CC, Auto 092 de 2008). La Corte también reconoció que cuando excepcionalmente estos crímenes son investigados, “muchas veces las mujeres (indígenas) son inculpadas por las instituciones que investigan, los actores niegan lo ocurrido y existe impunidad”. En efecto,

a pesar de que las decisiones constitucionales avanzan en el reconocimiento de la sistematicidad de violencias multidimensionales y la necesidad de que las reparaciones estén enfocadas en las niñas y mujeres indígenas, el derecho penal y los tribunales penales siguen conceptualizando estas violencias de género como incidentes separados de agresión, llevados a cabo por agresores individuales contra víctimas individuales (Sieder, 2017, pág. 7).

El feminicidio indígena evidencia que “la invisibilidad mata” y la descontextualización de las realidades diferenciales en la judicialización de sus casos contribuye a su desaparición. La vulnerabilidad de niñas indígenas desplazadas que sobreviven a todo tipo de violencias en las calles quedó expuesta el 4 de diciembre de 2016, cuando una de ellas, Yuliana Samboní, fue raptada, torturada sexualmente y asesinada por el arquitecto Rafael Uribe-Noguera, un hombre blanco y de clase alta en Bogotá. Para García Gualda (2020, pág. 49) el feminicidio indígena es una forma de dominio territorial y, por lo mismo, es relevante que sus análisis sean situados en la complejidad de sus contextos. Para ello, una mirada interseccional de género y otros sistemas de opresión porque “atender únicamente a su condición de mujeres no basta para explicar la violencia que padecen los cuerpos-territorios” de niñas y mujeres indígenas (pág. 49).

La ocurrencia de este caso particular de feminicidio mostró que las niñas indígenas desplazadas corren un enorme riesgo de ser víctimas de extrema violencia no sólo en sus territorios, sino también en las ciudades. La selección de este caso también responde a la necesidad de evidenciar esas violencias y resistencias que el derecho penal suele invisibilizar. Desde una mirada descolonial, analizaré su contexto con base en documentación de fuentes jurídicas, periodísticas y caracterizaciones territoriales. En este análisis destacaré varios elementos de este feminicidio: la cartografía social que le dio lugar, la mirada de despojo cuerpo-territorio que lo permitió, las violencias y resistencias que fueron silenciadas en el proceso penal.

Chapinero: cartografiando la zona del ser y el no-ser

*El blanco está preso de su blancura
El negro en su negrura
F. Fanon, 2009, 44*

Al igual que en los casos de Ciudad Juárez, el feminicidio de Yuliana Samboni también surge de una cartografía de frontera. La localidad de Chapinero, ubicada en la zona oriental de Bogotá, está atravesada por la avenida circunvalar que divide, como un río invisible, un grupo de barrios de clase alta de barrios “de invasión”. En la zona de clase alta, el arquitecto Rafael Uribe-Noguera habitaba en el barrio de Chapinero Alto, trabajando con sus hermanos en una empresa constructora de apartamentos de lujo, los cuales tenía a su disposición (API, 2021). Rafael Uribe-Noguera pudo encontrar con su ojo pornográfico a Yuliana Samboni, una niña indígena desplazada de 7 años que jugaba en la calle en el barrio informal llamado Bosque Calderón. Más adelante, el arquitecto llevaría a cabo su plan de raptar a la niña en su camioneta, llevarla a uno de esos apartamentos para violarla y torturarla y luego dejar su cuerpo sin vida en otro apartamento para distraer a las autoridades (Juzgado Penal, 2017).

Figura 1



Nota: Recorrido de Rafael Uribe al Bosque Calderón Tejada. Elaboración propia en Google Earth con base en lo reportado (Noticias Caracol, 2018).

Como puede verse en la figura 1, a pesar de que el Barrio Bosque Calderón es una zona limítrofe de barrios prestantes, no cuenta con los mismos servicios públicos. Es un asentamiento “ilegal” de migrantes, desplazados, campesinos y trabajadores de clase obrera que han tenido

que luchar organizadamente para obtener servicios básicos de alcantarillado, luz y agua potable, así como defender la posesión legítima, pero informal, de las comunidades que han vivido allí históricamente (Gómez Bernal et al., 2020). Después de padecer violencias económicas, territoriales y armadas en el Tambo, Cauca, la familia de Yuliana Samboni llegó al Barrio Bosque Calderón buscando mejores oportunidades de trabajo, con el apoyo de una de las comunidades más grandes de caucanos e indígenas en condición de desplazamiento forzado en Bogotá que se asienta allí (Semana, 2016).

La transgresión geográfica que representa el rapto de Yuliana Samboni de su territorio es efecto de una mirada deshumanizante sobre los barrios de invasión de Bogotá. Hacia allá apuntan las preguntas que se hizo la tía de Yuliana sobre la motivación del crimen de Rafael Uribe-Noguera: “de pronto la escogió al mirarnos la pobreza, al ver que no tenemos estudio ni plata ni nada. Y pensó que nos íbamos a dejar, pero se equivocó porque somos caucanos. Y para los caucanos del campo los hijos y la familia son sagrados” (Semana, 2016). El caso fue esclarecido rápidamente gracias a los esfuerzos organizados de la comunidad del Barrio Calderón. La familia movilizó a la comunidad para identificar por sus propios medios al responsable y que, sin sus esfuerzos colectivos y presión en las autoridades públicas, se hubiera quedado en una desaparición más de una niña de la calle.

El territorio dónde ocurre un feminicidio como este, expresa violencias estructurales que enfrenta una niña como Yuliana Samboni por su edad, raza, etnicidad, origen territorial, pobreza y género. Si los actos de violencia “reorganizan la conflictividad social e imponen nuevas formas de autoridad territorial” (Gago, 2019, pág. 79) es significativo que haya sido un propietario de una empresa constructora el que haya invadido un territorio marginal, común e informal, para apropiarse de la vida de una de sus hijas. La depredación urbanística de Bogotá ha desconocido históricamente modos no-extractivos de relacionarse con el territorio e ignora también la resistencia organizada de habitantes de barrios informales que, como la lucha comunitaria por el reconocimiento y el autogobierno del territorio de medio siglo en el barrio Bosque Calderón (Gómez Bernal et al, 2020), sirvió de cimiento para la lucha contra la impunidad de este feminicidio.

La deshumanización étnico racial es un habitus colonial de la ciudad de Bogotá, una visión de progreso de familias empresariales

como los Uribe- Noguera, que no sólo es constitutiva de su identidad cultural sino estratégica para sus intereses de apropiación territorial en Colombia. Por esta razón, no sólo son significativas las acciones del feminicida, sino también de su círculo de apoyo más cercano, como su hermano, Francisco Uribe-Noguera, quién primero fue investigado penalmente por intentar ocultar las pruebas que incriminaban a Rafael con el feminicidio y, más adelante, por ser el artífice de juntar ilegalmente baldíos para armar latifundios dedicados a la plantación de palma en el Vichada (Coronel, 2017). Localizar a “la prole” de Bogotá en la zona del no-ser, en el exilio y la extrema crueldad, funciona para las formas depredadoras de acumulación del capital que practican algunas familias “de bien” de Bogotá. En este caso, es posible leer la violencia sexual y feminicida como una estrategia extensiva de los continuos procesos de desposesión territorial en Colombia, un arma que fue usada para invisibilizar a la diferente y colonizarle, confirmando el avance de las fronteras del capital.

Violencias y resistencias silenciadas

*Soy la niña que subiste por la fuerza
Soy la madre que llora por sus muertas
Y soy ésta la que te hará pagar las cuentas
Canción sin miedo. Vivir Quintana*

La violencia sexual contra niñas y mujeres indígenas ha sido un marcador histórico de su cuerpo como territorio de conquista; por lo mismo, tiene una semántica distintiva que debe ser reconocida en su análisis. Para Sieder (2017, pág. 6) la violencia contra mujeres indígenas “es un fenómeno complejo y multidimensional que no puede ser reducido únicamente como violencia física e interpersonal sino también estructural, simbólica y política”. En efecto, este tipo de violencia no es un “incidente episódico” sino un proceso que está “en cada detalle de las vidas de quienes la padecen” (Sieder, 2017). De acuerdo al relato del Centro de Memoria Histórica y la ONIC (2019), el cual analizaré por fragmentos, el feminicidio de Yuliana Samboní responde a un patrón de violencia colonial que continúa en la modernidad:

El sonado caso de Yuliana Samboní Muñoz, abusada sexualmente y asesinada por un arquitecto de la alta sociedad bogotana, es el desgarrador recuerdo de estas marcas del pasado y sus huellas en el presente. La violencia contra esta

niña Yanacona de 7 años, que vivía con su familia desplazada por el conflicto armado en un barrio popular de Bogotá, puso de presente una vez más el potencial destructivo del racismo, la misoginia y la desigualdad.

La crueldad de esta violencia feminicida contra una niña indígena desplazada da cuenta de cómo operan distintas estructuras de poder colonial en un mismo acto. Para Collins (2015), es común que las opresiones se analicen como entidades unitarias que se excluyen mutuamente y rara vez se estudian como un mismo fenómeno de violencia que se construye recíprocamente bajo relaciones desiguales de poder. La importancia de evidenciar la imbricación de opresiones de un feminicidio como este enclave histórico está también en caracterizar su sistematicidad, intensidad y gravedad. De esta manera, continúa el relato de la CNMH y ONIC (2019) sobre este caso:

(Cont.) El perpetrador, un hombre blanco con todos los privilegios políticos, económicos y sociales, recreó por su parte la imagen del victimario sempiterno: el “conquistador”, el “hacendado”, el “jefe de estación cauchera” que se regodeaba de sostener harenes con niñas indígenas, el “empresario”, el “comandante” que una y otra vez protagonizan el teatro del horror que lee en lo indígena, en la mujer y en el pobre la posibilidad irrestricta, el derecho natural de accederle, apoderarse de su carne, extinguir su vida, propinarle una Mala Muerte.

Desde que se hizo público este crimen, los medios de comunicación quisieron mostrarlo como un hecho aislado, excepcional, espectacular. Sin embargo, lo cierto es que el nombre de Yuliana corresponde a uno de los 118.794 nombres de niños, niñas y adolescentes que fueron violadas y asesinadas en Colombia entre 2008 y 2017 (El País, 2018, 10 de octubre). Por no decir que aún habita en la memoria de muchas mujeres indígenas el recuerdo de terratenientes del Cauca, de Nariño o de las sabanas vallenatas que daban por hecho el derecho a acceder carnalmente a ellas cuando se les viniera el antojo (pág. 178 - 179).

El reconocimiento de la sistematicidad del feminicidio de Yuliana Samboni se encuentra en un valor intangible para el proceso penal: la memoria histórica de niñas y mujeres indígenas que visualiza al conquistador como responsable de un proyecto de Mala Muerte contra los pueblos indígenas al tiempo que denuncia la licencia histórica que reviste sus abusos sexuales de niñas y mujeres indígenas. Este reclamo tiene varias implicancias políticas e históricas en el análisis multisistémico de un feminicidio indígena que quisiera abordar de la mano de feministas descoloniales y antirracistas y con base en la decisión judicial que condenó a Rafael Uribe-Noguera a 622 meses de prisión y

100 salarios mínimos de multa por el feminicidio, secuestro y acceso carnal violento de Yuliana Samboni (Juzgado Penal, 2017).

En primera medida, en este caso la violencia sexual de un hombre blanco contra una niña racializada y precarizada evidencia la relación colonial entre feminicidio, racismo y propiedad. En 1985, la feminista antirracista A. Davis (2005, pág. 178) ya había analizado el abuso sexual de mujeres racializadas como un acto de apropiación colonial en el que su “rutina servía para sustentar la esclavitud en la misma forma que el látigo y los azotes”. Para Davis, el abuso sexual de las mujeres negras por propietarios de esclavos y sus ayudantes “era una expresión directa de sus pretendidos derechos de propiedad sobre el conjunto de personas de color” (pág. 178). De esta manera, la historia colonial otorga una licencia para violar que es facilitada por la dominación económica de la esclavitud. Aunque para Davis las principales víctimas de esta licencia eran mujeres de color, también puede ser extensiva a mujeres blancas, “desde que se convenció a los hombres blancos que podían cometer impunemente las agresiones sexuales contra las mujeres negras” (pág. 179). La normalización de la violación como arma colonial otorgó impunidad a los hombres blancos sobre abusos sexuales de mujeres racializadas, que fue transmitido por generaciones a propietarios en el capitalismo. Esta normalización histórica tiene, para Davis, un efecto boomerang de impunidad en las violencias sexuales ejercidas contra mujeres blancas y explica por qué el sujeto activo, un hombre blanco propietario, no es investigado por la justicia.

Si bien la sentencia penal del feminicidio de Yuliana Samboni (Juzgado Penal, 2017) no lee la violencia desde el patrón colonial de violencias, sí incorpora varias actuaciones de Rafael Uribe-Noguera como constitutivas de un abuso de poder de la clase social que ostentaba. Primero, en relación al secuestro de la niña, la juez relata cómo había preparado los actos para seleccionar a su víctima, ensayando varias veces la ruta desde su vivienda hacia el Barrio Calderón, en dónde ofrecía dinero a niñas en la calle para ganar su confianza. La juez relata que, con el desayuno de un café y unas galletas, Yuliana se encontraba jugando con sus primos al frente de su casa cuando Uribe-Noguera la tomó por la fuerza del cabello y emprendió su huida. Segundo, Rafael Uribe dispuso de los apartamentos de su familia para encubrir el crimen, aprovechándose de su condición de propietario para coaccionar a un celador a guardar en silencio y sólo responder a sus órdenes. Queda claro

entonces en el fallo que Rafael Uribe-Noguera hizo uso de sus bienes y apellido para cometer e intentar encubrir el feminicidio. Esta planeación cuidadosa del agresor para “no dejar rastros”, le permite a la juez inferir que no fue un acto de inconsciencia, cómo lo quiso mostrar la defensa de Rafael Uribe en el juicio alegando un problema de consumo de drogas (Juzgado Penal, pág. 10). La juez pudo reconstruir todos estos hechos con los testimonios de familiares de Yuliana y vecinos del Barrio Calderón que, con la ayuda de la policía, incidieron en la pronta identificación del agresor y su investigación judicial.

Ahora bien, el rapto de una niña de su comunidad, su tortura sexual y su posterior asesinato reafirman una idea de “hombre blanco” como conquistador. La violación cruenta y el aniquilamiento de la alteridad son necesarias para mantener un orden colonial que privilegia esta subjetividad en el capitalismo moderno. Esto también puede leerse en el relato de la juez sobre las violencias ejercidas contra el cuerpo de la niña (pág. 11-14). Al recoger el cuerpo en el armazón del jacuzzi de Rafael Uribe-Noguera, Medicina Legal encontró muestras de violencia sexual extrema, que no hay necesidad de repetir para este capítulo, pero que a su juicio “tuvieron como propósito la erotización y satisfacción sexual” (pág. 13). Llamó la atención de la jueza el contraste entre esta extrema violencia contra la niña y que Rafael Uribe-Noguera hubiera fetichizado su cuerpo con aceites en sus partes íntimas y una prenda roja alrededor del torso, como si fuera un regalo que se hacía para sí mismo.

El feminicidio de Yuliana Samboni expresa un acto de Mala Muerte no sólo para ella, sino para su familia, comunidad y movimiento indígena en Colombia. La antropóloga feminista R. Segato (2010, pág. 36) identificó en contextos de expansión territorial de un “frente colonial/estatal-empresarial-cristiano” en las aldeas mundo comunitarias en el Brasil, que el patriarcado logra inocular una mirada pornográfica, objetificando los cuerpos y sexualidades de los colonizados para que actúen conforme a su pedagogía de la crueldad. Con la caracterización del feminicidio de Yuliana Samboni es posible pensar que esa mirada pornográfica del colonizador, que viola para buscar “el asesinato moral de su víctima, familia y comunidad entera” (pág. 53) no sólo ocurre por parte de actores armados en los territorios indígenas de Colombia, sino que hace parte de la experiencia urbana, contemporánea y cotidiana de hombres blanco mestizos con niñas y mujeres indígenas desplazadas. En la medida en que los feminicidios indígenas

comprenden los actos sexuales como un daño, profanación y apropiación del cuerpo-territorio, son prácticas etnocidas dirigidas a la desaparición de los pueblos indígenas.

Finalmente, es importante reconocer que estas violencias perpetradas contra la niña indígena pueden ser comprendidas en el crisol de violencias simbólicas, estructurales y económicas, etcétera, que marcan los cuerpos de niñas y mujeres indígenas precarizadas que sobreviven en las ciudades. Ser mujer, indígena y estar entre los más pobres de los pobres, constituye un triple estigma que previene que un gran número de niñas y mujeres indígenas disfruten del estatus dignificante de “ser humano” ante la sociedad (Sieder, 2017; citando a S. Cusicanqui, 1996, pág. 22).

Aunque Rafael Uribe- Noguera no supiera que Yuliana Samboni era perteneciente a una comunidad indígena yanacona desplazada, existen marcadores corporales de clase, etnia y raza que aumentaron los riesgos que corría la vida de una niña como ella. Para Sieder, “la indiandad” está inscrita y reproducida en los cuerpos, el lenguaje, la ropa y las prácticas diarias de estas niñas y mujeres. “Las indias” en las ciudades han adquirido un rol de dependientes de un sistema racista capitalista, ya sea por tener que mendigar en las calles o trabajar como “sirvientas” en casas de familias adineradas (Cumes, 2014). Para Rivera-Cusicanqui (2010), la violación de las “indias” construye un sentido especial en ese sistema que permitió a la sociedad invasora acceder a un doble servicio con ellas: la fuerza de trabajo y el servicio sexual (pág. 72). La “india” en las ciudades sigue siendo vista como propiedad del hombre blanco, lo cual denota su cosificación histórica como parte de los pueblos indígenas. En este sentido, el acto sexual cruento de Rafael Uribe-Noguera es también un ritual de crueldad del conquistador, un acto de acumulación por desposesión del cuerpo-territorio indígena, que primero es sacrificado; luego, penetrado, y, finalmente, aniquilado.

IV. Conclusión

Titulé este capítulo con “la invisibilidad mata” porque quise aproximarme a las condiciones deshumanizantes que hicieron indiferente la existencia de una niña indígena desplazada, su familia y su comunidad, no sólo ante los ojos de su feminicida sino también frente a

la sociedad y el Estado. En esta conclusión quisiera recoger algunos puntos clave que se inducen del análisis presentado.

Primero, aun cuando el fenómeno de desplazamiento forzado en Colombia ha afectado aguda y desproporcionalmente a niñas indígenas, como Yuliana Samboni, en ciudades receptoras (Auto 092 de 2008), el Estado no tiene diagnósticos sobre sus victimizaciones particulares y quedan subsumidas por separado en las categorías de mujeres, niñez o pueblos indígenas, que no dan cuenta de esas violencias. La invisibilización de niñas y mujeres indígenas ante los ojos del Estado, no solamente muestra una miopía de los análisis de DH para abarcar este tipo de violencia, sino que evidencia un sesgo que pone en riesgo sus vidas ante la ausencia de medidas de protección especiales. Igualmente, señalé que la práctica feminista hegemónica tiende a centrar sus análisis en los derechos de mujeres blancas urbanas y en el género como matriz de todas las violencias. Sin embargo, la idea de feminicidio como sistema tiene la adaptabilidad de incorporar análisis interseccionales y situados de opresiones que convergen cuando se trata de mujeres y niñas racializadas. Como abogadas de derechos humanos y feministas debemos considerar que las diferencias culturales enriquecen los diagnósticos y propuestas de reparación integral de las mujeres indígenas, así como reconocer un legado de luchas de mujeres indígenas organizadas que trasciende las reivindicaciones de derechos y amplía las ideas de justicia.

Segundo, en este capítulo quise ofrecer un análisis decolonial del feminicidio de Yuliana Samboni para abordar una cartografía de la violencia multidimensional que resisten niñas y mujeres indígenas desplazadas en ciudades como Bogotá. De la mano de feministas decoloniales, encontré que la colonialidad ha otorgado un privilegio a hombres blancos propietarios, como Rafael Uribe, de acceder sexualmente a niñas y mujeres indígenas desplazadas. Su licencia de impunidad seguirá vigente hasta que la lógica de conquista y dominación de unos pueblos sobre otros continúe en las sociedades contemporáneas y siga marcando históricamente unos cuerpos como humanos-varón/blanco/conquistador- y otros como inhumanos e invisibles- los negros, los indios, las mujeres.

Los aportes feministas descoloniales levantan la máscara de “honorabilidad” y “urbanidad” del hombre blanco colonial, denunciando su mirada pornográfica y la naturalización de su violencia. El análisis del

feminicidio de Yuliana Samoni visibiliza la violencia sexual como un acto moderno/colonial de poseer y ser dueño de lo vulnerable, el cuerpo-territorio indígena, que se facilita por contextos de precarización, racismo y misoginia. Este legado de violencia colonial pone en mayor riesgo a niñas y mujeres indígenas históricamente deshumanizadas en su diferencia.

Partir del reconocimiento de que las niñas y mujeres indígenas son agentes de sus propias demandas de justicia de género desde los derechos de los pueblos indígenas permite visibilizar las relaciones que existen entre la violencia interpersonal y estructural que resisten como grupo social y que suele estar silenciada en los debates sobre violencia de género. Al introducir una mirada histórica sobre los feminicidios indígenas, los estudios feministas descoloniales contribuyen a comprender con mayor complejidad los procesos de deshumanización de niñas y mujeres indígenas y las implicancias políticas que los caracterizan.

V. Referencias bibliográficas

- Agencia Periodismo Investigativo (API) (2021). *Los Uribe Noguera liquidan bienes y familia de Yuliana Samboni no es indemnizada*. Agenciapi.co. *Agenciapi.Co*. <https://www.agenciapi.co/investigacion/justicia/los-uribe-noguera-liquidan-bienes-y-familia-de-yuliana-samboni-no-es-indemnizada>
- Alcatraz, M. F. (2018). Manual de instrucciones para hablar con E. *Revista Anfibia*, December 18. <https://www.revistaanfibia.com/manual-de-instrucciones-para-hablar-con-e/>
- Buchanan, R. (2008). Writing Resistance Into International Law. *International Community Law Review*, 10(4), 445–454. <https://doi.org/10.1163/187197308X356895>
- Centro de Memoria Histórica-Organización Nacional Indígena de Colombia (2019). *Tiempos de vida y muerte: Memorias y luchas de los Pueblos Indígenas en Colombia*. CNMH-ONIC.
- Collins, P. H. (2015). Intersectionality's Definitional Dilemmas. *Annual Review of Sociology*, 41(1), 1–20. <https://doi.org/10.1146/annurev-soc-073014-112142>
- Corte Constitucional (2004). Sentencia T-025 de 2004. MP: Manuel José Cepeda.

- Corte Constitucional (2008). Auto 092 de 2008. MP: Manuel José Cepéda.
- Corte Constitucional (2013). Auto 098 de 2013. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Interamericana de DH. *Caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 205, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 16 noviembre 2009.
- Cumes, A. (2014). *La "India" como "sirvienta": Servidumbre doméstica, colonialismo y patriarcado en Guatemala*. [Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social].
<http://repositorio.ciesas.edu.mx/bitstream/handle/123456789/283/D259.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Davis, A. Y. (2005). *Mujeres, raza y clase*. Ediciones Akal, vol. 30.
- Fregoso, R.-L., & Bejarano, C. (2010). Terrorizing Women: Femicide in the Americas. In *Terrorizing Women*. Duke University Press.
<https://doi.org/10.1515/9780822392644>
- Gago, M. V. (2019). *La potencia feminista: O el deseo de cambiarlo todo*. Traficantes de sueños.
- García, Gualda, S. M. (2020). *Muertes silenciadas: Notas para pensar los feminicidios indígenas en Argentina*.
- Gómez Bernal, A., Camelo, D., Valbuena, C., & Gómez, D. (2020). *Bosque Calderón Tejada: 80 años junto a las delicias*. Alcaldía Mayor de Bogotá, Instituto Distrital de Patrimonio Cultural.
- Guajardo-Soto, G., & Cenitagoya-Garín, V. (2017). *Feminicidio y suicidio de mujeres por razones de género. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*. En autoedición, FLACSO-Chile. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37317.pdf>
- Hernández-Castillo, R. (2016). *Multiple injustices: Indigenous women, law, and political struggle in Latin America*. University of Arizona Press.
- Juzgado 35 Penal del Circuito (2017). Sentencia del 29 de marzo de 2017. Juez: Liliana Patricia Bernal Moreno. Procesado: Rafael Uribe Noguera. Delito: Femicidio Agravado y otros.
- Merry, S. E. (2006). Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle—MERRY - 2006—American Anthropologist—Wiley Online Library. *American Anthropologist*, 108(1), 38–51.

- Merry, S. E. (2009a). *Human rights and gender violence: Translating international law into local justice*. University of Chicago Press.
- Merry, S. E. (2009b). *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. University of Chicago Press.
- Mohanty, C. T. (2003). Feminism without Borders: Decolonizing Theory, Practicing Solidarity. In *Feminism without Borders*. Duke University Press. <https://doi.org/10.1515/9780822384649>
- Monárrez-Fragoso, J. E. M. (2019). Femicidio sexual sistémico: Impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores. *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*, 1(8), Article 8. https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n8.2019.99
- Noticias Caracol (2018, May 23). *Rafael Uribe Noguera habría estado en el barrio de Yuliana varias veces*. <https://www.youtube.com/watch?v=-OKfscd70Vw>
- Ochoa-Muñoz, K. (2014). El Debate sobre las y los amerindios: entre el discurso de la bestialización, la feminización y la racialización. In Y. Espinosa, D. Gómez Correal, & K. Ochoa-Muñoz (Eds.), *Tejiendo de otro modo: Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Editorial Universidad del Cauca, 105-119.
- Peñaranda-Supelano, D. R. (2015). *Guerra propia, guerra ajena: Conflictos armados y reconstrucción identitaria en los Andes colombianos: el movimiento armado Quintin Lame*.
- Radford, J., & Russell, D. E. (1992). *Femicide: The politics of woman killing*. Twayne Publishers.
- Romero, M. X. A. (2010). Multiculturalidad, género y justicia. *Miradas multidisciplinares para un mundo en igualdad: ponencias de la I Reunión Científica sobre Igualdad y Género, 2010, ISBN 978-84-96487-54-3, págs. 77-98, 77-98*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3378674>
- Segato, R. L. (2010). Los cauces profundos de la raza latinoamericana: Una relectura del mestizaje. *Crítica y Emancipación*, 2(3), 11-44.
- Semana (2016). *La dura y desconocida vida de los Samboní antes de la tragedia*. Semana.com Últimas Noticias de Colombia y el Mundo, December 16. <https://www.semana.com/nacion/articulo/asi-vivian-los-samboni-antes-de-que-mataran-a-yuliana/509628/>
- Sieder, R. (2017). *Demanding justice and security: Indigenous women and legal pluralities in Latin America*. En autoedición. Rutgers University

- Press. <https://www.cmi.no/publications/6247-demanding-justice-and-security>
- Rajagopal, B. (2006). Counter-hegemonic international law: Rethinking human rights and development as a Third World strategy. *Third World Quarterly*, 27(5), 767–783.
- Romero, M. X. A. (2010). Multiculturalidad, género y justicia. *Miradas multidisciplinares para un mundo en igualdad: ponencias de la I Reunión Científica sobre Igualdad y Género, 2010, ISBN 978-84-96487-54-3*, págs. 77-98, 77-98.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3378674>
- Santos, B. de S. (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. De justicia.

Capítulo IV

La situación de los pueblos indígenas en México a partir de la reforma constitucional en derechos humanos de 2011

Sumario: *I. Introducción. II. La reforma constitucional en materia de derechos humanos. III. Los ordenamientos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas y su impacto en el control de convencionalidad. IV. La adopción de protocolos de actuación judicial con perspectiva de derechos humanos. V. Temas pendientes: la protección de sus territorios y el derecho a la consulta libre, previa e informada. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.*

Roxana Paola Miranda Torres⁵⁶

I. Introducción

Las reformas constitucionales de junio de 2011 fueron trascendentales en la protección de los derechos de todas las personas. En materia de los pueblos indígenas, se sumaron a los cambios hechos en 1992 y 2001 al máximo ordenamiento. El impacto fue tan grande que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación crearon diversos documentos y protocolos para estar a la altura de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Sin embargo, los pueblos indígenas siguen sufriendo menosprecio, discriminación, explotación, desplazamiento, entre muchos problemas. En esta investigación, se especificará la situación respecto a la protección de sus territorios, que comprenden los usos de aguas, tierras, bosques y demás espacios que ellos consideran sagrados, conforme a Tonantzin o la Pachamama.

Otro aspecto que se trata en este documento es la necesidad de consultar a las comunidades autóctonas respecto de sus problemas y armonizar dichas manifestaciones y propuestas con los planes municipales, estatales y federales, requerimiento indispensable para que exista un mayor desarrollo integral y armónico de todos los habitantes del territorio mexicano y el planeta.

⁵⁶ Profesora e Investigadora de tiempo completo en la Universidad Panamericana Guadalajara y miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel C.

II. La reforma constitucional en materia de derechos humanos

El 6 y 10 de junio de 2011 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una serie de reformas estructurales en materia de amparo (fueron revisados los artículos 94, 103, 104 y 107) y en derechos humanos, como resultado de años de la lucha de víctimas de violaciones de los derechos humanos, sus familiares y distintas organizaciones civiles que mediante su impulso profundizaron y reforzaron constitucionalmente la obligación de los agentes que forman parte del Estado mexicano para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos previstos en la constitución mexicana y en los tratados internacionales, ello otorgó a las personas la protección más amplia (García Ramírez, 2018, pág. 48).

La reforma del título primero, capítulo primero, en su artículo 1º, evidencia el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos mediante el principio *pro persona* (SCJN, 2019) y conforme a las directrices de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que más favorezcan o brinden mayor protección a la persona (SCJN, 2017). Además, se suma la obligación expresa de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano (SCJN, 2011) y se amplía la jurisprudencia de México con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, conforme al principio de supranacionalidad (Pacheco Pulido, 2013, pág. 27 y 28).

Con esta reforma se fortalece el control difuso de la justicia constitucional y se especifica en la norma rectora que las autoridades (SCJN, 2013; 2014) deberán proteger los sagrados, inalienables, imprescriptibles, indivisibles e irrenunciables derechos de las personas, en armonía a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Ello ha implicado un nuevo paradigma en la conceptualización y aplicación de un sistema jurídico *ad hoc* para esa nueva concepción de los derechos humanos y sus garantías, tal como se impactó en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que inició la décima época en dichas categorías jurídicas.

Si bien es cierto que el Estado mexicano ha intentado armonizar los tratados internacionales en materia de pueblos indígenas, mal denominados pueblos indios, el rezago es mayúsculo, en virtud de que no se han cumplido con las normas básicas de los compromisos

internacionales adquiridos por México, ello se evidencia a través del análisis de los protocolos.

Esta apertura al derecho internacional contribuye a la reafirmación de un Estado constitucional democrático, donde la dignidad humana ha sido la premisa principal, que tiene como objetivo la limitación del poder y la sublimación de los derechos fundamentales, así:

[...] los poderes de los Estados no pueden seguir viendo a la Constitución como un sistema cerrado de ordenamiento estatal, sino que las contribuciones deben estar abiertas a la adopción de nuevas formas que contribuyan a la consolidación del régimen democrático y la vigencia plena y efectiva de los derechos humanos (Álvarez et al., 2015).

II. Los ordenamientos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas y su impacto en el control de convencionalidad

En el camino por reivindicar los derechos humanos en América, se han logrado avances importantes, me refiero a los diferentes instrumentos declarativos y preceptivos que han logrado construir el derecho interamericano de los derechos humanos, una rama regional del derecho internacional, resultado de nuestras reclamaciones, circunstancias y expectativas (García Ramírez & Del Toro Huerta, 2015, págs. XI-XII). México participa activamente en el sistema interamericano y ha manifestado su decisión de acoger el derecho interamericano de los derechos humanos.

El cumplimiento de los derechos humanos ha generado un interés progresivo por parte de la comunidad internacional, que se ha organizado para la creación de organismos de competencia internacional y regional, que continuamente han instituido elementos para la protección de los derechos que demanda la sociedad actual, como los derechos de autodeterminación, desarrollo sustentable y consulta de los pueblos indígenas (Álvarez et al., 2015).

Los derechos de los pueblos indígenas, establecidos en los ordenamientos internacionales, así como los previstos en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el texto vigente del artículo 1° de la constitución, son de aplicación y observancia obligatoria para los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en el nivel municipal, estatal y federal. Estas normas internacionales, al ser parte del bloque de constitucionalidad, brindan una protección más amplia a los pueblos y comunidades indígenas, deben ser aplicadas de manera directa

y sin restricciones por todos los funcionarios, aquellos que imparten justicia, los legisladores y de la administración pública.

Se evidencia el rezago en materia de justicia constitucional y, específicamente, en materia de las comunidades autóctonas o pueblos indígenas; se parte desde la omisión del Estado de llevar a cabo todos los procesos que realiza en las diversas lenguas reconocidas por este, por lo tanto, las garantías de seguridad jurídica respecto de estos pueblos no se cumplen conforme al derecho propio, menos en el internacional.

Esta situación ha cobrado importancia en el ámbito internacional en los últimos 20 años; se reconoció que todo grupo humano puede vivir de acuerdo con sus intereses, que una colectividad comparte y protege sus valores, ello les proporciona identidad y seguridad (Stavenhagen, 2010). Los pueblos originarios han acudido tanto a la Comisión Interamericana como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y han logrado el desarrollo de medidas para su protección mediante resoluciones, por ende, jurisprudencia. En los inicios del sistema interamericano, no se contaba con instrumentos con los que de una interpretación literal resultara una protección directa y contundente de los derechos de los indígenas americanos; sin embargo, esto no ha sido impedimento para su salvaguarda (Miranda Torres, 2019, pág. 115).

De esta manera, se encuentran los siguientes instrumentos internacionales que tienen relación con la protección de los derechos de los indígenas:

i) *El Pacto de San José o la Convención Americana de los Derechos Humanos*, suscrita el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (Taleva Salvat, 2011).

ii) *La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, se aprobó el 14 de junio de 2016; este ordenamiento fue un gran avance, pues se reconoció por parte de la comunidad internacional la realidad injusta y la necesidad apremiante por resolver situaciones de desigualdad que privan los derechos y condiciones mínimas de existencia de personas pertenecientes a los pueblos indígenas, estipula el derecho de estos pueblos a determinar sus formas de organización, de desarrollo económico y de mantener su identidad; reconoció la relación espiritual y material con sus tierras, territorios y recursos, así como la preservación de su patrimonio cultural (Taleva Salvat, 2011).

iii) *El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* fue adoptado y abierto a la firma en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor en marzo de 1976 (Naciones Unidas, 2021).

Dispone de un marco general para las minorías étnicas, en su artículo 27 estipula:

En los estados donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a esas personas el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar su religión y a hablar su propio idioma (Naciones Unidas, 2021).

iv) *El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor hasta 1976 (Riva Palacio Lavín, 2015). Este documento reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos; dispone los presupuestos de la libre determinación económica y el manejo de sus recursos.

v) *La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT), congregada el 7 de junio de 1989, dictó nuevas medidas internacionales mediante el *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes*, en su artículo 7, dispone el derecho a decidir sobre sus prioridades de desarrollo, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan; a controlar el desarrollo económico, social y cultural; a participar en los planes de desarrollo nacional y regional. Asimismo, en los numerales del 13 al 19, consagra, entre otras cuestiones, los derechos sobre el territorio; la importancia de los valores espirituales que representan; el derecho de propiedad y posesión de las tierras que ocupan; la obligación del Estado de garantizar la propiedad; la protección de sus recursos naturales y el derecho a la consulta previa e informada, así como a participar de los beneficios (Senado de la República, 2021).

vi) *La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales del Trabajador* o también llamada *Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador*, fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en 1948 y es un antecedente importante en la regulación internacional de los derechos del trabajador (Americana, 1953). Este documento establece que los Estados tienen la obligación de crear instituciones para la protección de las y los indígenas, para respetar sus tierras, lograr su emancipación económica, legalizar su posición por los mismos y evitar la invasión de sus tierras por parte de extraños (Americana, 1953).

Aunque no tiene carácter obligatorio, inspira a los ordenamientos internos de los Estados americanos para que se unan en este esfuerzo.

Es posible advertir que existe un vasto cuerpo de instrumentos que tanto la corte interamericana como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han consultado y recurrido a algunas de las interpretaciones, tal es el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, respecto de la aplicación de la *Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial*; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativo al *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; el Comité de Derechos del Niño, en relación con la *Convención sobre los derechos del Niño* (Taleva Salvat, 2011), por citar algunos ejemplos.

Los ordenamientos señalados de forma no limitativa y sus interpretaciones constituyen el *corpus iuris*⁵⁷ americano, los órganos judiciales del sistema interamericano los aplican e interpretan en casos controvertidos de los pueblos originarios. Puedo señalar que mediante estos esfuerzos se han sentado las bases y marco jurídico de salvaguarda de los derechos, tradiciones, cultura, tierras de los pueblos indígenas en América; la trascendencia también radica en la aplicación y armonización del derecho interno de los Estados y el derecho internacional (García Ramírez & Del Toro Huerta, 2015, pág. 7).

Las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los distintos países latinoamericanos, al haber ratificado la Convención Americana de los Derechos Humanos y aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entienden que los derechos reconocidos en el primer instrumento, como las resoluciones o sentencias emitidas por dicho órgano, deben ser observadas y, por lo tanto, son vinculantes. Los Estados no pueden alegar ninguna cuestión de derecho interno para incumplirlas; de esta forma, mediante la lucha de los pueblos indígenas por el efectivo reconocimiento de sus derechos se han planteado diversos casos cuyas resoluciones han sido importantes y un paradigma a seguir en el tratamiento e impartición de justicia hacia las personas indígenas.

⁵⁷ Del latín, conjunto de normas, cuerpo común de leyes. *Vid.* Latinismos en orden alfabético <http://boj.pntic.mec.es/~frug0000/segundodebachiller/frases.pdf>

Es gratificante observar la disposición de los Estados latinoamericanos para reconocer la competencia contenciosa del tribunal interamericano, en una clara expresión de compromiso con los derechos de las personas. Esto sucedió en 1998 en Haití, Brasil y México; en 1999 en República Dominicana, por mencionar algunos ejemplos (García Ramírez, 2018).

Dentro de las resoluciones trascendentales para los pueblos indígenas, se puede destacar el *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam* sobre el desplazamiento forzado de la comunidad moiwana de sus tierras tradicionales; el caso de la *Comunidad Mayana (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, donde se planteó la falta del reconocimiento del Estado nicaragüense de los derechos de la propiedad comunal; el Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* sobre la marginación, pobreza y desplazamiento de los territorios ancestrales; el *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, donde condena la explotación y extractivismo exagerado sin el proceso previo de consulta libre, previa e informada por parte del Estado latinoamericano (Miranda Torres, 2019).

Los casos ante este organismo internacional son muchos, pero es de destacar que el olvido, menosprecio, abuso, explotación, discriminación, la lucha por libre determinación y autonomía fueron los detonantes para la búsqueda de la justicia, reconocimiento y protección de los derechos humanos y dignidad de nuestros ancestros. De esta forma, se han resuelto cuestiones contenciosas, se han emitido opiniones consultivas, medidas cautelares, visitas *in loco*,⁵⁸ recomendaciones y sentencias, es decir, se han sentado precedentes importantes al respecto; todo lo anterior ha motivado avances y modificaciones en el constitucionalismo latinoamericano de los últimos 30 años.

Asimismo, junto con los avances jurídicos en la materia, ha emergido una conciencia internacional y nacional más preocupada en entender, interpretar y llevar un diálogo intercultural con los pueblos originarios en el mundo, respetar la diferencia cultural, los territorios, la biodiversidad y los recursos naturales.

La importancia de los tratados en derechos humanos radica en que las personas se convierten en sujetos de derecho internacional; dichos tratados tienen como finalidad el establecimiento de estándares

⁵⁸ Del latín que significa en el lugar. *Vid.* Latinismos en orden alfabético <http://boj.pntic.mec.es/~frug0000/segundodebachiller/frases.pdf>

internacionales a los que deben ajustarse los actos internos de los Estados, se establecen procedimientos y órganos encargados de supervisar el cumplimiento de las disposiciones en el ámbito internacional. De ahí la importancia del *corpus juris*⁵⁹ interamericano, pues los Estados están obligados a conocer y aplicar el contenido de los tratados para evitar la responsabilidad internacional derivada de su incumplimiento (García Ramírez, 2018).

El control de convencionalidad es una herramienta eficaz que se utiliza para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, la Convención Americana y sus fuentes, incluida la jurisprudencia. Todas las autoridades estatales están obligadas a ejercer *ex officio*⁶⁰ “un control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados internacionales en derechos humanos, así como las interpretaciones que de estos realicen los órganos internacionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (García Ramírez, 2012).

Asimismo, el control de convencionalidad implica un examen de compatibilidad, congruencia o no contradicción de las normas o actos internos de los Estados parte de la convención americana, frente a esta, sus protocolos adicionales, otros tratados y la jurisprudencia de la corte interamericana (García Ramírez & Del Toro Huerta, 2015).

Los cambios realizados a partir de la reforma constitucional de 2011 en el derecho interno mexicano han influido de manera trascendental en la forma de impartir justicia, llegó a fortalecer los cambios realizados en la historia del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en materia constitucional, de forma precisa, las reformas en la materia de enero de 1992 y agosto de 2001.

⁵⁹ Expresión del latín que se refiere al conjunto de normas, cuerpo común de leyes. *Vid.* Latinismos en orden alfabético <http://boj.pntic.mec.es/~frug0000/segundodebachiller/frases.pdf>

⁶⁰ Expresión latina que significa por virtud del oficio o cargo de uno. Significa que el control de convencionalidad y constitucionalidad lo pueden hacer por virtud de su cargo de jueces aun cuando no sean jueces de control constitucional. *Vid.* CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES CUANDO ALEGAN LA OMISIÓN DE ANÁLISIS DE CONTROL DIFUSO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial y su Gaceta*, Décima Época, libro 29, abril, 2016.

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=42046&Tipo=3>

A partir de entonces se han realizado esfuerzos para perfeccionar la debida impartición de justicia para las personas indígenas y tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación realizaron protocolos de actuación donde hacen un recuento de la legislación local y tratan de ajustarse a los estándares internacionales de derechos para pueblos indígenas.

IV. La adopción de protocolos de actuación judicial con perspectiva de derechos humanos

El impulso a la capacitación y formación de todos los operadores jurídicos del país, según el nuevo marco constitucional producto de la reforma de 2011, llevó a distintos órganos a crear protocolos de actuación con perspectiva de derechos humanos, tal es el caso de la SCJN, que hasta 2014 había elaborado los siguientes documentos: a) *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucran la orientación sexual o la identidad de género*; b) *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas*; c) *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes*; d) *Protocolo para juzgar con perspectiva de género haciendo realidad el derecho a la igualdad*; e) *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad* (García Ramírez & Del Toro Huerta, 2015, pág. 296).

Dichos protocolos recogen los principales estándares internacionales y la doctrina jurisprudencial de diferentes instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su propósito es construir una herramienta útil para la resolución de casos con perspectiva de los derechos humanos.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas y comunidades indígenas

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2014 publicó el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas y comunidades indígenas*, este documento fue producto de la reforma al artículo segundo constitucional en 2001 y de la correspondiente en materia de derechos humanos de junio de 2011, pues surgió la importancia de reconocer los derechos humanos definidos por los tratados internacionales como parte del sistema mexicano, de esta

forma, se considera una herramienta auxiliar a los juzgadores en la impartición de justicia a personas en esa condición, ajustándose a los estándares nacionales e internacionales marcados por el artículo 1° de la constitución (SCJN, 2014).

Menciona la necesidad de contar con interpretaciones que vayan más allá de la visión mestiza del Estado y que resuelvan los problemas que restrinjan el acceso a los miembros de los pueblos originarios a la impartición de justicia.

Establece las principales implicaciones que debe considerar todo juzgador en un proceso donde intervengan personas o pueblos indígenas, consistentes las peculiaridades culturales, proveer intérpretes y traductores; defensores que conozcan de su lengua y su cultura; en caso de que estén involucradas sus tierras, territorios y recursos naturales, se deben tomar en cuenta las medidas del Convenio 169 de la OIT; en los casos en que el fondo sea una cuestión administrativa o legislativa competente a pueblos indígenas, debe consultarse y obtenerse el consentimiento previo e informado (SCJN, 2014).

Asimismo, enlista seis principios generales de instrumentos internacionales, que deben ser observados en los casos referentes a protección de derechos de las personas indígenas, los cuales pueden ser utilizados por quienes imparten justicia de forma directa o como guía; estos son el eje central del protocolo y se refieren a: 1. Igualdad y no discriminación; 2. Autoidentificación; 3. Maximización de la autonomía; 4. Acceso a la justicia considerando las especificidades culturales; 5. Protección especial a sus territorios o recursos naturales de propiedad o posesión de indígenas o aquellos en los que tengan alguna implicación; 6. Participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte. Además, ofrece sentencias relevantes y se establecen las expectativas de aplicación de este, es decir, que la administración de sus normas, principios, prácticas y criterios consientan la posibilidad de garantizar, por parte del poder Judicial de la federación, la validez de los derechos de los pueblos indígenas. Determina que, para incorporar los más altos estándares de derechos humanos a la tarea del juzgador, principalmente los principios pro persona y de progresividad, deben, aquellos que imparten justicia, incorporar criterios internacionales (SCJN, 2014).

Protocolo para defensoras y defensores de los derechos político electorales de los pueblos y comunidades indígenas

En 2017, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en virtud de su gran responsabilidad por ser México uno de los países latinoamericanos con mayor población indígena, y en el marco del Seminario Internacional sobre la Defensa de los Derechos Político Electorales Indígenas, publicó *El Protocolo para Defensoras y Defensores de los Derechos Político Electorales de los Pueblos y Comunidades Indígenas*. Destaca dicho documento que, derivado de las reformas de 2001 al artículo segundo de la constitución política de México, se busca introducir a las personas indígenas en los dispositivos y procesos democráticos; se deben reconocer las condiciones de igualdad de estas comunidades, ello exhorta a la existencia de mecanismos que efectivamente protejan y garanticen el acceso a la justicia (TEPJF, 2017).

El protocolo tiene sustento en la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y considera lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de garantizar el acceso a la justicia para las comunidades indígenas, según sus particularidades y su condición de vulnerabilidad, debe alcanzarse un progreso significativo en torno a la adopción de las determinaciones necesarias para proteger sus derechos (TEPJF, 2017).

Con base en lo anterior, el Tribunal instauró la Defensoría Pública Electoral para Pueblos y Comunidades Indígenas para dar asesoría a los miembros de las comunidades ante un tribunal local o de representarlos en los medios de impugnación ante las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF, 2017).

El protocolo es proponer buenas prácticas para quienes defienden los derechos político-electorales de los indígenas. Se presenta una serie de conceptos fundamentales, precedentes, sentencias de tribunales nacionales y regionales para exponer las herramientas adecuadas para la efectiva protección de los derechos de las comunidades autóctonas de México. Dicho documento empieza por definir quién es indígena (autoadscripción), la personalidad jurídica, la libre determinación, el autogobierno, el derecho a la consulta libre, previa e informada; sus sistemas normativos. Describe las prácticas más importantes conforme a los estándares internacionales, en primer lugar, el respeto a la cosmovisión, para lo cual establece que los juzgadores posean las

herramientas para entender los usos, costumbres y reglas de convivencia de estos grupos; la segunda consiste en la protección más amplia a la persona; en tercer lugar, describe los *amicus curiae*⁶¹ que constan de los terceros ajenos al juicio con interés en la cuestión que se debate, cuya finalidad es ofrecer al juzgador argumentos respecto de los hechos o apreciaciones jurídicas para que se cuente con la mayor información relevante del caso. Por último, describe los intérpretes y traductores, los cuales son básicos para garantizar la preservación de la lengua (TEPJF, 2017).

Asimismo, contempla la justicia electoral y la defensa de los derechos político-electorales, como el derecho a la consulta, el derecho a la identidad, derecho de votar y ser votado, de justicia intrapartidaria, de migración del sistema de partidos políticos al sistema normativo interno, de redistribución, de universalidad del sufragio, de violencia política y de violencia por razones de género. Finalmente, se considera una gran guía de actuación (TEPJF, 2017).

Ambos documentos establecen lineamientos importantes para la impartición de justicia para las personas indígenas, lo relevante es que toman en cuenta la reforma constitucional de 2011 e integran los derechos reconocidos en los diferentes ordenamientos internacionales. Así:

[...] el reconocimiento de los derechos indígenas coloca a las y los juzgadores ante la necesidad de que existan interpretaciones judiciales que rebasen la visión formalista y permitan que el sistema jurídico vigente responda desde un lenguaje de derechos, a viejos problemas de falta de acceso de los indígenas a la justicia que imparte el Estado” (García Ramírez & Del Toro Huerta, 2015, pág. 297).

Del análisis de los documentos enunciados, se evidencia la necesidad de conocer la cosmogonía y la cosmovisión de las comunidades autóctonas o pueblos indígenas de México y del continente para demostrar y clarificar sus valores, principios e intereses, así como emitir resoluciones más justas y armónicas a sus costumbres, usos, prácticas, tradiciones y diversas normas.

⁶¹ En un sentido etimológico, significa amigos de la corte o del tribunal y se refiere a las presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma. *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, https://www.corteidh.or.cr/amicus_curiae.cfm

V. Temas pendientes: la protección de sus territorios y el derecho a la consulta libre, previa e informada

La vinculación de los derechos sobre la protección de la propiedad de las tierras de los pueblos indígenas y la consulta libre, previa e informada, asegura un diálogo activo entre culturas sobre las acciones, programas o políticas públicas de los Estados que puedan impactar positiva o negativamente en cada comunidad, situaciones que condicionan la persistencia y continuación de estos grupos; de ahí la importancia de su debido ejercicio.

La protección de sus territorios

El trabajo en la protección de los derechos humanos en el mundo y Latinoamérica ha significado un gran esfuerzo, los ordenamientos nacionales e internacionales existen, se ha trabajado en la capacitación y disposición de los operadores jurídicos para la aplicación del *corpus juris* interamericano; sin embargo, en materia de derechos de los pueblos indígenas, existen temas pendientes de resolver. En esta investigación abordaré la protección de sus territorios y el derecho a la consulta, libre, previa e informada; derechos complementarios.

Para los pueblos indígenas, su relación con la tierra es trascendental, indisoluble y totalmente religiosa, se consideran los guardianes, habitantes y administradores de la Pachamama o Tonantzin, que se transmite mediante los antepasados y se guarda hacia las generaciones futuras.

La propiedad de sus tierras es un derecho oriundo, es decir, que no son derivados, no se abstraen del orden jurídico del Estado; el Estado encuentra estos derechos como ya vigentes y debe reconocerles por su legitimidad inherente (Durand Álcantara, 2005, pág. 99)

La explotación de los territorios en América Latina es excesiva y daña la permanencia y continuidad de estos grupos, a pesar de los ordenamientos de protección, se practica un sin número de vicios que hacen que estos no se cumplan, como el derecho a la consulta. Las políticas emprendidas por los estados responden a los intereses del capital internacional y transnacional que dominan los mercados en el mundo, crímenes de *lesa planetarium* (Covarrubias Dueñas, 2015, pág. 273).

La Corte Interamericana ha sentado precedentes importantes para la tutela y protección de la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas entre los que desatacan: *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam* (Corte IDH, 2005); *Caso Comunidad Mayana (Sumo) Awas Tingi vs. Nicaragua* (Corte IDH, 2001); motivados por la gran lucha de estos grupos, destacan las interpretaciones al artículo 21 de la convención americana:

1. La propiedad colectiva de la tierra, resalta la importancia de este derecho en comunidad y no en un solo individuo; concepción que contraviene la visión mestiza de enriquecimiento y propiedad individual.
2. La relación mítica religiosa indisoluble de los pueblos originarios con sus tierras.
3. La obligación de los Estados de efectuar procesos de demarcación, reconocimiento, establecimiento de límites, restitución y reivindicación de sus territorios y de contar con los medios o recursos judiciales para ese efecto.
4. La obligación de los Estados de contar con los procesos de consulta adecuados, de manera previa, libre, de buena fe, informada, donde se respeten los momentos, tiempos y formas, según la cultura de las comunidades autóctonas implicadas, para planes de desarrollo e inversiones donde estén involucrados dichos grupos y obtener su consentimiento como requisito indispensable para efectuar los proyectos de los Estados.
5. Todos estos posicionamientos han dado pie a la transformación del constitucionalismo latinoamericano de los últimos 30 años.

A pesar de lo anterior, el despojo, la explotación y el desplazamiento de los pueblos originarios es evidente. Países como México, Chile, Brasil, Bolivia y Perú sufren circunstancias de explotación desmedida, producto de empresas mineras, petroleras, o en el caso de Argentina, Bolivia, Chile y Perú, la extracción del triángulo del litio (News Mundo, 2019); a estos problemas se suma el deterioro del medio ambiente, del sistema económico, el consumo de bienes y servicios; las necesidades superfluas de la población; la lógica utilitarista de explotación y utilización del medio ambiente; situaciones que por parte de los Estados no tienen la disposición de controlar. Por tanto, la

protección de los derechos humanos prevista en la reforma constitucional de 2011, los ordenamientos, el sistema interamericano y el control de convencionalidad se convierten en una mera simulación.

Es muy importante resaltar el valor que las comunidades autóctonas o pueblos indígenas consideran para sus tierras, aguas, bosques y demás territorios, así como se expresa que la geografía es la madre de la historia, puedo afirmar que Tonantzin o la Pachamama es una fuente trascendente para su cosmogonía y cosmovisión, fuente básica de sus paradigmas normativos, costumbres, usos, tradiciones, prácticas y demás manifestaciones de conducta.

El derecho a la consulta libre, previa e informada

Este derecho es de suma importancia porque mediante él se garantiza el respeto y reconocimiento a otros derechos, como la autonomía, libre determinación, posesión y propiedad de sus tierras; se les hace partícipes de las acciones de los Estados que les pueden afectar y es mediante la consulta que se abre un diálogo intercultural.

El derecho a la consulta está previsto en el Convenio 169 de la OIT como una obligación de los Estados; en el caso de México, el artículo segundo de la constitución y la mayoría de las legislaciones estatales lo contemplan; no existe una ley reglamentaria federal, solo algunos documentos, como el *Protocolo para la implementación de las consultas a los pueblos indígenas de conformidad con los estándares del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes*, realizado por la extinta Comisión Nacional para el Desarrollo de los Indígenas en 2005 (Gobernación, 2018), así como los protocolos elaborados por la SCJN y TEPJF señalados en el punto anterior.

Los estándares internacionales estipulan una serie de requisitos mínimos para efectuarlo, como el principio de buena fe, la consulta mediante sus métodos y autoridades tradicionales, la consulta transparente y sistemática (de carácter previo); el ejercicio libre de consulta; información basta y suficiente; el respeto de la cultura e identidad de los pueblos; el reconocimiento de que en los procesos puedan fijar sus condiciones y requisitos; el respeto de las formas de generar acuerdos; respetar los tiempos y ritmos que marcan sus propios procesos en la toma de decisiones; la obtención del consentimiento libre, previo e informado de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

A pesar de lo estipulado en los ordenamientos internacionales y nacionales con relación a este derecho, en ocasiones, resulta mal entendido o aplicado de una forma errónea por la autoridades, a manera de ejemplo puedo mencionar el caso de la Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que asumió la competencia de demandas presentadas por comunidades wixáritari del norte de Jalisco, que reclamaban la falta de asignación de partidas presupuestales; el argumento de tal órgano fue que la obligación de la consulta previa e informada que se debía agotar antes de entrar a la dotación de recursos, por ser competencia de dicho tribunal los mecanismos de participación ciudadana, como el derecho a la consulta (SG-JDC-35/2019, 2019).

Además de la Sala Regional Guadalajara, asumieron dicha competencia las autoridades electorales locales; sin embargo, fue una sentencia imposible de ejecutar, pues no existe una legislación reglamentaria que regule la forma, montos, fiscalización, estructura para su materialización y diversidad de lineamientos necesarios para que sea factible dotar de tales recursos a las comunidades.

Se debe destacar que la consulta a las comunidades autóctonas o pueblos indígenas es muy necesaria, dado que se cuenta con un déficit democrático constitucional no solo en la impartición de justicia o en la aplicación de los programas de gobierno, sino también de un análisis de la integración de los congresos constituyentes históricos; se puede advertir la ausencia de los representantes de dichas comunidades, por lo que sus valores e intereses no se han armonizado, no ha existido un diálogo intercultural permanente con los demás grupos que integran el país.

VI. Conclusiones

En una evaluación de la reforma constitucional de 2011 y los derechos de los pueblos indígenas, existe un gran avance en distintos ordenamientos, reformas y protocolos para su aplicación; lo complejo ha sido su debida aplicación.

Durante mucho tiempo el derecho internacional y el derecho interno de los estados carecían de armonización, ahora, mediante estas reformas, se han construido puentes que se deben seguir fortaleciendo:

la dignidad del ser humano, el principio pro persona y las políticas públicas de los estados para la protección de los derechos de las personas.

Los protocolos de actuación con perspectiva en derechos humanos creados por diversos órganos jurisdiccionales del país para la incorporación de los estándares internacionales en la aplicación de justicia significan un gran esfuerzo; sin embargo, se debe seguir trabajando en ellos, contemplar el mayor número de factores que pueden influir para la tutela efectiva de los derechos de las personas indígenas, donde se respete su identidad, usos, costumbres, cosmogonía y cosmovisión.

La propiedad originaria, el cuidado de la tierra o territorios indígenas es un problema constante en México y Latinoamérica. Existen tratados, convenciones y declaraciones al respecto. La corte interamericana se ha pronunciado y dictado resoluciones sustanciales manifestando la importancia de la Pachamama. Los Estados han incurrido en una “mera simulación” de cumplimiento de los tratados, porque día a día son visibles las invasiones y una excesiva extracción de los recursos por parte de las autoridades sin respeto de la cosmovisión y derechos indígenas.

El derecho a la consulta es primordial en el ejercicio de todos los derechos de los pueblos indígenas; significa un diálogo respetuoso entre culturas, tomarlos en cuenta de todo aquello que les pueda afectar; se advierte la buena intención de las autoridades de efectuarlo, se debe trabajar en su debida implementación en todos los ámbitos y no solo para los proyectos de extracción o construcción de los Estados.

VII. Referencias bibliográficas

- Álvarez Cibrián, F. d., Becerra Ramírez, J. d., & Benitez Pimienta, J. H. (2015). *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad, su debate actual*. México: Porrúa.
- Americana, N. C. (1953). *Actas y Documentos, Volumen 5*. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.
- Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, número 79.

- http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadMayagnaVsNicaragua_FondoReparacionesCostas.htm consultada el 4 de enero de 2019.
- Caso de la Comunidad Moiwana vs, Surinam, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de junio de 2005, serie C, número 124.
- http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadMoiwanaVsSurinam_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm
- Covarrubias Dueñas, J. D. (2015). *Planetología*. México: Porrúa.
- Durand Álcantara, C. (2005). *Los derechos de los pueblos indios y la cuestión agraria*. Porrúa: México.
- García Ramírez, S. (2012). El control judicial interno de convencionalidad. En Ferrer Mac-Gregor, *Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* (pág. 211). México: Fundap.
- García Ramírez, S. (2018). *Los derechos humanos y la jurisdicción Interamericana*. México: Porrúa.
- García Ramírez, S., & Del Toro Huerta, I. (2015). *México ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*. México: Porrúa, UNAM.
- Miranda Torres, R. P. (2019). *Los pueblos originarios en Latinoamérica y el Derecho Humano a la Propiedad*. México: Tirant Lo Blanch.
- Naciones Unidas, A. (4 de junio de 2021). *Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas*.
- <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- News Mundo, B. (2019). *El triángulo del litio*.
- <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48666235>
- Pacheco Pulido, G. (2013). *La inmensidad del artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Porrúa.
- Riva Palacio Lavín, A. (2015). *El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Fascículo 4*. México: CNDH.
- Secretaría de Gobernación (2018). *Protocolo para la implementación de consultas a los pueblos y comunidades indígenas*. Obtenido de <https://www.gob.mx/>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2011). *Normativa*, 20 de junio.
- <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019). *Principios de prevalencia de interpretación y pro persona. conforme a éstos, cuando una norma genera*

- varias alternativas de interpretación, debe optarse por aquella que reconozca con mayor amplitud los derechos, o bien, que los restrinja en la menor medida*, tesis XIX.1o. J/7 (10a.), registro 2021124, 22 de noviembre.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2017). *Interpretación conforme. naturaleza y alcances a la luz del principio pro persona*, tesis 1a./J. 37/2017 (10a.), registro: 2014332, 26 de mayo.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014). *Control difuso de convencionalidad ex officio. Su aplicación es de naturaleza subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano*, tesis (III Región) 5o. J/8 (10a.), registro 2005942, 21 de marzo.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). *Control difuso de constitucionalidad ex officio. sus presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia*, tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/8 (10a.), registro 2005057, 06 de diciembre.
- Senado de la República, E. U. (2021). *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 4 de junio.
https://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Convenio_169_PI.pdf
- SG-JDC-35/2019, SG-JDC-35/2019 (Sala Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 16 de mayo de 2019).
- Stavenhagen, R. (2010). *Los pueblos originarios: el debate necesario*. Buenos Aires: CLACSO.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, S. (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en los casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*.
https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_indigenas.pdf
- Taleva Salvat, O. (2011). *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Valletta Ediciones.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2017). *Protocolo para Defensoras y Defensores de los Derechos Político Electorales de los Pueblos y Comunidades Indígenas*.
https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//archivos_libros/Protocolo%20para%20Defensoras%20y%20Defensores.pdf
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2017). *Defensoría Pública Electoral*. <https://www.te.gob.mx/defensoria/>

Capítulo V

El ejercicio de la autonomía y el autogobierno para la concreción de la autodeterminación de los pueblos indígenas en México

Sumario: I. Introducción. II. Libre determinación, autonomía y autogobierno. III. Los artículos 2º y 115 de la constitución mexicana: Una contradicción al régimen municipal. IV. El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en los derechos indígenas en México. V. Avances y retrocesos en el reconocimiento de los derechos indígenas en las sentencias de los tribunales mexicanos. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográfica.

Tania Cuamatzi Cortés⁶²

I. Introducción

El modelo vigente de Estado en México permite que el gobierno continúe indirectamente con el proceso de asimilación, el cual absorbe a los pueblos y comunidades indígenas y los obliga a renunciar a sus especificidades. Esta investigación considera que los artículos 2º y 115 constitucionales son contradictorios entre sí, y que, derivado de la naturaleza de las instituciones sobre las que descansa el aparato gubernamental, el contenido del artículo 115 se sobrepone en la materialidad de lo que establece el artículo 2º constitucional y deja a los indígenas en condición de indefensión, dada la falta de una adecuada inclusión de ellos en los órganos de gobierno y poder, ello hace que las decisiones legislativas y de política pública se tomen desde la centralidad y no desde las autonomías.

El desarrollo de este trabajo abordará el derecho indígena desde el sistema internacional de los derechos humanos mediante la facultad que los juzgadores tienen para establecer criterios interpretativos sobre la ley, que respeten el sistema internacional de derechos humanos, es decir, alcanzar el reconocimiento pleno e integral de los derechos fundamentales de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas

⁶² Doctoranda en Derecho y Argumentación Jurídica por el Centro de Investigaciones Jurídico Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, docente en diversas universidades de México y secretaria particular de la Dirección Jurídica del Congreso del Estado de Tlaxcala.

mediante sentencias jurisdiccionales que armonicen el sistema positivo local con el sistema internacional.

II. Libre determinación, autonomía y autogobierno

La libre determinación se entiende como el derecho que tienen los pueblos para decidir su condición política y su forma de desarrollo sin restricciones; cabe decir que es un derecho colectivo que originalmente se había previsto para hacer frente a los países colonizadores, pero este derecho se ha modernizado con el paso del tiempo.

Hoy día, la libre determinación pretende garantizar a los pueblos y las comunidades indígenas asentados en el interior de los Estados los mecanismos suficientes para atender sus necesidades jurídicas, económicas, políticas, sociales y culturales, sin que ello implique la segregación o la secesión.

En el derecho internacional, existen diversos pactos y convenios que garantizan el derecho a la libre determinación de los pueblos. El primer documento al que se puede aludir es la Carta de Naciones Unidas de 1945, la cual, en sus artículos 1 y 55, *grosso modo* plantean que el derecho a la libre determinación debe ser entendido como un principio, cuyo objetivo es fortalecer la paz y, de igual suerte, se busca que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) cree las condiciones de estabilidad y bienestar basadas en el respeto a la igualdad y la libre determinación de los pueblos. Otros ordenamientos relevantes se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966 y 1976 respectivamente, los cuales comparten el mismo texto en su artículo 1, apartados 1 y 3, del cual se desprende que todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación y que pueden establecer de forma libre su condición política y su desarrollo económico, social y cultural, ello compromete a los Estados a promover el ejercicio de este derecho de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

La autodeterminación prevista en la Carta de Naciones Unidas, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, está pensada para los países que en su momento fueron colonizados por otros, así como para los movimientos separatistas. Sin embargo, la autodeterminación, en el caso de los pueblos y comunidades indígenas de México y Latinoamérica, está encaminada

a garantizarles el reconocimiento dentro de un Estado para la transición del Estado nacional al plurinacional, es decir, no se pretenden movimientos independentistas para la creación de nuevos Estados, sino que, de uno ya conformado, se reconozca en su interior la existencia de ciertos grupos con identidades e instituciones propias.

La libre determinación se ha actualizado, para el caso de los pueblos y comunidades indígenas, el derecho internacional ha emitido otros convenios y declaraciones que han servido para renovar y complementar la comprensión y positivación de la libre determinación.

El modelo de Estado ha sido uno de los factores que ha influido en el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades en el mundo, es decir, si bien existen antecedentes sobre el surgimiento de los Estados-nación, su consolidación y expansión es posible ubicarla en Europa después de la Segunda Guerra Mundial y, como consecuencia aparejada, el sentido de nacionalismo como mecanismo de identidad y de unidad nacional. Todo ello provocó que el Estado y el poder político intentara implementar procesos de homogenización cultural y de asimilación en contra de las minorías, estas, a su vez, comenzaron con movilizaciones colectivas que pusieron en la mesa de discusión la unidad nacional y el estatalismo (Conversi, 2012, pág. 439-440).

Puede decirse que el derecho internacional y las Naciones Unidas, a través de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), debieron plantear la normativa que regulara los derechos de las minorías; ello dio vida al Convenio 107 de la OIT en 1957, que es el primer instrumento internacional de alcance relevante respecto de los derechos de las poblaciones indígenas y tribales, que, si bien, fue punta de lanza, la realidad es que el texto del convenio empleaba términos condescendientes y establecía que los pueblos indígenas debían ser integrados en la vida de los países a los que pertenecen, ello dejaba en manos de los gobiernos la toma de decisiones que les afectaban y los excluían de toda forma de participación en la vida pública; puede decirse que este fue el inicio de una tradición integradora de los pueblos indígenas al Estado-nación, ello supone la invisibilización estatal de la pluralidad poblacional.

Ante la inconformidad respecto de los destinatarios de la regulación contenida en el Convenio 107, el 26 de agosto de 1970, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías recomendó que se efectuase un examen general y completo de

la naturaleza y magnitud del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas; por ello, en 1971, se nombró como relator especial a José R. Martínez Cobo para que realizara dicho estudio, que fue presentado ante la subcomisión en su versión final en 1984 y se procedió a su publicación y difusión entre los gobiernos, organismos especializados, organizaciones intergubernamentales regionales, organizaciones no gubernamentales y las instituciones académicas y de investigación.

A pesar del interés de la comunidad internacional para continuar con los trabajos a favor de los pueblos y comunidades indígenas, estos no habían sido suficientes, por lo que en 1989 se celebró una reunión de expertos que recomendó una revisión del Convenio 107⁶³ que concluyó con su reemplazo, al tiempo que fue suplido por el nuevo y mejorado Convenio 169 (actualmente vigente), por el cual se reconocieron las aspiraciones de los pueblos por el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, así como la manutención y fortalecimiento de su identidad, lengua y creencias, todo ello dentro del marco del Estado donde estén asentados.

Si bien la legislación multilateral había hecho avances, no fue sino hasta el 13 de septiembre de 2007 que la ONU retomó la materia indígena y mediante asamblea general pronunció la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. De su contenido resulta de utilidad lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho **determinan libremente su condición política** y persiguen libremente su **desarrollo económico, social y cultural** (art. 3).

Los pueblos indígenas, **en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno** en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a **disponer de medios para financiar sus funciones autónomas** (art. 4).

Los pueblos indígenas **tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado** (art. 5).

La ONU reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a su libre determinación y, en el ejercicio de ese derecho, a su autonomía y autogobierno, así como la conservación de sus instituciones

⁶³ Los países que suscribieron el Convenio 107, pero no suscribieron el 169, de manera supletoria se rigen por el anterior.

sin que ello implique un rechazo a la participación de la vida pública del Estado.

Desde la perspectiva regional, la OEA (Organización de los Estados Americanos), organismo multilateral creado en 1948 en Bogotá, Colombia, mediante la suscripción de la Carta de la OEA, emitió la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2016, un documento que, en lugar de ser más amplio en relación con la declaración de Naciones Unidas, ha sido más cauteloso y un tanto restrictivo, pues, mientras que en su artículo 3 es idéntico al de la declaración de Naciones Unidas, en su artículo 4, establece las siguientes limitantes:

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

Es decir, plantea que las libertades indígenas no pueden afectar la integridad y la unidad de los Estados. No puede perderse de vista que el ejercicio de la libre determinación conceptualizado por la ONU atiende a las necesidades occidentales, mientras que, desde la óptica regional latinoamericana, se trata de la búsqueda por reconocer los derechos de los pueblos y comunidades indígenas sin que ello signifique un detrimento a los gobiernos donde están asentados.

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas en México, la lucha ha sido longeva, llevándose a cabo mediante movimientos campesinos, en razón de que el campesinado y las comunidades indígenas reclaman la tenencia de la tierra. Es prudente decir que se suele confundir al campesinado con los pueblos indígenas, en virtud de que las comunidades indígenas mayoritariamente se dedican a las actividades agrícolas, aunque no todo el campesinado es indígena.

En México, de forma enfática por grupos indígenas, y de manera generalizada por los campesinos, la principal causa del descontento se da por la reforma de 1987 al artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), con ello se inició el proceso de imposición de la propiedad privada en las modalidades que el Estado mexicano dictara, bajo el argumento del interés nacional y el aprovechamiento de

los recursos naturales susceptibles de apropiación, entre otras reformas al artículo en cita que se contraponían a los intereses de los pueblos y comunidades indígenas y del campesinado en general; por ello, en 1988, surge el Frente Independiente de los Pueblos Indios (FIPI), que planteaba la necesidad de un régimen de autonomía regional como un proyecto de liberación de los pueblos indios de México; asimismo, se oponía a la reforma del artículo 27. Finalmente, el FIPI terminó sucumbiendo ante la dominación de la política corporativista del recién iniciado gobierno salinista.

Derivado de distintas causas y presiones internacionales, en 1990, el entonces presidente de la república mexicana, Carlos Salinas, suscribió el Convenio 169 de la OIT, mientras que en 1992 se adicionó el primer párrafo del artículo 4º de la CEPUM, el cual se caracterizó por el reconocimiento de una población pluricultural sustentada originalmente en los pueblos indígenas y garantizaba la protección y promoción de las lenguas originarias, la cultura, usos, costumbres, recursos y formas de organización social.

Tanto la firma del Convenio 169 de la OIT como la reforma al artículo 4º constitucional sirvieron como medidas dilatorias para controlar los disturbios sociales. Pero no fue sino hasta 1994, con la aparición del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas, que se hicieron patentes las demandas de visibilización de los pueblos y comunidades indígenas mediante movimientos político-militares, que obligaron al diálogo entre el gobierno federal y el EZLN a través de mesas de trabajo y foros que no tuvieron mayor relevancia.

Una vez finalizado el gobierno de Salinas, y ante la falta de acciones que atendieran las necesidades de las comunidades indígenas, nuevamente el EZLN llamó la atención del gobierno federal mediante movilizaciones y declarándole la guerra al Estado mexicano. Fue entonces que el gobierno encabezado por Ernesto Zedillo emitió en 1995 la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas, por la que se instruía la apertura de canales de comunicación entre el gobierno y los integrantes del EZLN. Paralelamente, se creaba una Comisión de Concordia y Pacificación, conformada por un representante del Ejecutivo federal, uno del Legislativo de Chiapas y los integrantes de la comisión legislativa del Congreso de la Unión, mediante la cual, se prepararon reformas constitucionales para garantizar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Ante la negativa de los legisladores

por construir las reformas mencionadas, el EZLN obligó al gobierno a constituirse en San Andrés Larráinzar, un poblado chiapaneco, donde finalmente firmarían de manera conjunta una serie de compromisos denominados como los Acuerdos de San Andrés Larráinzar, llamados así por el lugar donde fueron celebrados en 1996, los cuales contemplaban el reconocimiento de derechos indígenas como derechos colectivos, la consulta obligada por parte del Estado en materia legislativa cuando se traten temas relativos a las comunidades indígenas y el reconocimiento de derechos políticos, jurídicos, sociales, económicos y culturales a favor de los pueblos indígenas, bajo el amparo de los principios de autonomía, participación, pluralismo, integralidad y sustentabilidad.

El EZLN ha sido uno de los movimientos sociales icónicos en materia de derechos indígenas en México y América latina, y ha sido útil como los primeros pasos para el reconocimiento del derecho de libre autodeterminación, autogobierno y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, por ello es posible considerarlos como los antecedentes del pluralismo jurídico, donde tienen cabida los distintos usos, costumbres y prácticas jurídicas consuetudinarias que se utilizan en las comunidades establecidas en el interior del país y las leyes del Estado. Desde el ámbito constitucional, el derecho de libre autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas ha sido evolutivo y transicional, es decir, inicia con la derogación del primer párrafo del artículo 4º, y continúa con la reforma en 2001 que tuvo el artículo 2º, el cual, a la postre, atravesó otras distintas reformas y adhesiones en 2015 y 2016.

Si bien la constitución mexicana, en su artículo 2º, ha establecido que la nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, también reconoce el derecho de los indígenas a la libre determinación y, consecuentemente, su autonomía.

Por ello debe considerarse en qué consiste o cómo debe interpretarse la autonomía y el autogobierno para verdaderamente garantizar el cumplimiento del contenido constitucional. En términos simples, se puede definir a la autonomía como la capacidad de las comunidades para decidir sobre las cuestiones que les afectan en su subsistencia y desarrollo, así como la conservación de sus instituciones sociales, económicas, culturales, jurídicas y políticas; mientras que el autogobierno es la conservación de sus figuras jurídicas, usos,

costumbres y la forma de elección de sus autoridades. La libre determinación entra en acción y se materializa cuando se hace patente la autonomía y el autogobierno de los pueblos y comunidades indígenas.

III. Los artículos 2o y 115 de la constitución mexicana: Una contradicción al régimen municipal

El Estado mexicano ha reconocido, desde su ley fundamental, que su población está compuesta por otras culturas basadas de forma original en sus pueblos indígenas, pero es vital realizar el análisis sobre la congruencia entre el propio articulado de la carta magna para determinar si tal reconocimiento es pleno y, si a partir de este, los pueblos y comunidades indígenas del país tienen garantizados otra serie de derechos asociados a la libre determinación.

Una de las cuestiones que deben ser examinadas por estar íntimamente ligada a la libre determinación es el régimen municipal, el orden de gobierno que interactúa de manera directa con la sociedad y con los pueblos y comunidades indígenas del país. Algunos tratadistas han planteado una nueva forma abordar al municipio para que este reconozca, además de *iure*, también de *facto*, que, dentro de él los pueblos y comunidades indígenas, mediante sus órganos de gobierno, puedan ser incluidos para participar en la toma de decisiones gubernamentales e incluso ser sujetos de derecho público.

El orden municipal está previsto en el artículo 115 constitucional federal, el cual establece que su órgano de gobierno será el ayuntamiento y este estará integrado por un presidente municipal y el número de regidores y síndicos que la ley determine, ello permite observar que, tratándose del municipio, su organización política es inflexible, en consecuencia, resulta inadmisibles que el ayuntamiento incorpore a los órganos de gobierno que cada pueblo o comunidad indígena tiene en su interior, lo cual puede interpretarse como un límite a la autonomía y al autogobierno indígena. Los pueblos y comunidades indígenas quedan supeditados a las decisiones de los órganos del gobierno en cualquiera de sus órdenes.

Burguete Cal y Mayor (2008) expuso la centralidad que ha adquirido el municipio libre, convirtiéndose en un obstáculo para concretar los derechos autonómicos de los indígenas, por lo que propone la sustitución del municipio libre por un municipio multimunicipal, ello

abriría la posibilidad al reconocimiento institucional de los municipios indígenas. También advierte que hay que pensar en una estrategia que elimine los candados legislativos para la verificación de los derechos indígenas reconocidos para avanzar hacia un horizonte autonómico de largo plazo, pues es el ámbito municipal el espacio que los legisladores establecieron para la realización de los derechos autonómicos con la reforma al artículo 2º de la constitución federal en 2001 (págs. 68-69). En otras palabras, la reconfiguración del municipio se convierte en una necesidad real de adecuación a las circunstancias sociales y políticas, donde las estructuras y órganos de gobierno se ajustan y actualizan en la afirmación de los derechos de las minorías y de derechos autonómicos de los indígenas en sus términos, no de los del Estado, cuyo modelo es inconmensurable a la sociedad pluricultural y pluriétnica.

Quizá podría llegarse a pensar que la situación que guarda el municipio en la actualidad es obsoleta y restrictiva, y que el régimen monomunicipal es disconforme con la población pluricultural, por ello existe una incompatibilidad entre lo previsto por el artículo 2º en relación con el 115 de la misma ley fundamental. El hecho de haber constitucionalizado la libre determinación habla de los derechos de autonomía y de autogobierno por los que se persigue el respeto a la identidad cultural, formas de vida y de desarrollo, de ahí que Soriano González (2013) proponga una clasificación de autonomías que se describe como sigue:

- a) *Autonomía lingüística*. El uso de su propia lengua dentro de la comunidad, así como con las instituciones. Las lenguas indígenas no son lenguas oficiales, pero se reconoce que forman parte de la identidad cultural indígena.
- b) *Autonomía educativa*. Autonomía en la planeación y desarrollo de la educación. La educación es el mejor mecanismo para traspasar la cultura y tradiciones sociales de generación en generación.
- c) *Autonomía territorial*. Es la disponibilidad del territorio, mediante el reconocimiento de éste como parte de sus recursos indígenas para el ejercicio de su autonomía.
- d) *Autonomía de recursos*. Es el uso y disfrute de los recursos naturales para satisfacer sus necesidades más básicas.
- e) *Autonomía política*. Es la libertad en la forma de organización y gobierno de las comunidades y pueblos indígenas, sin ésta, no se

pueden alcanzar el resto de las autonomías. La autonomía política puede ser variada, ya que los indígenas tienen formas de gobierno propias y hacen uso de un derecho tradicional. Asimismo, la autonomía política es parte de la identidad cultural colectiva indígena y representa el derecho fundamental a la libre determinación (pág. 10).

Las autonomías son los mecanismos por los cuales los indígenas rigen la vida interna de sus comunidades, por ello no vulneran la soberanía nacional, sino que se trata de una autonomía dentro de otra, no de una autonomía independiente que busque la separación de los pueblos indígenas de la federación o del Estado, es decir, los pueblos y comunidades indígenas pretenden ser incluidos en las estructuras estatales y de la vida pública del Estado para asegurar su desarrollo según sus especificidades.

No es descabellado pensar en la transición del régimen monomunicipal hacia uno multimunicipal, como propone Burguete (2008), en su obra *Municipios indígenas: por un régimen multimunicipal en México*, quien plantea que no se han realizado los cambios legislativos a las leyes reglamentarias para adecuarse a las nuevas disposiciones del artículo 2º constitucional a partir de 2001, por ello la omisión legislativa referida ha obstaculizado que el municipio libre alcance la concreción de los derechos autonómicos reconocidos en el artículo 2º (pág. 68).

El diseño actual del municipio deja fuera los derechos autonómicos e ignora la diversidad y complejidad de las formas e instituciones de la organización política de los pueblos y comunidades indígenas, ello se debe a que la construcción del Estado mexicano, desde sus cimientos, fue diseñado desde el Estado-nación y no desde el Estado-pluricultural, intercultural o plurinacional; lo cual habla de la falta de voluntad política por quienes detentan el poder público para una reconfiguración del modelo de Estado en el que se constitucionalicen y legalicen otras formas de organización política en razón de la diversidad poblacional y de las minorías.

IV. El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en los derechos indígenas en México

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 trajo consigo un cambio de paradigma en donde el llamado *bloque de constitucionalidad* ha sido el inicio para el cambio de patrón sobre las directrices que deben seguir los operadores del sistema legal y de procuración e impartición de justicia para la protección de los derechos humanos.

El camino seguido para llegar a la reforma en materia de derechos humanos, en un primer momento, estuvo impulsado por el sistema regional de derechos humanos, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado mexicano a la tutela y garantía de los derechos humanos de las personas mediante la aplicación del *control difuso de convencionalidad*⁶⁴ de manera *ex officio* por parte de los órganos jurisdiccionales, por lo que el cambio en el texto constitucional tuvo como consecuencia el abandono de la base conceptual por la que prevalecían las garantías individuales otorgadas por el Estado para dar pauta a los derechos humanos, que son preexistentes al derecho positivado y son inherentes a las personas (Salazar Muñoz, 2015, pág. 148).

Podría pensarse que la reforma al artículo 2º de la ley fundamental en 2001 viene a ser reforzada por la reforma al artículo 1º del mismo ordenamiento en 2011, situación que de *iure* podría ser correcto, pero que, de *facto*, no termina de consolidarse, pues ahora es el diseño institucional quien no permite operacionalizar las garantías de los pueblos y comunidades indígenas.

Las teorías de los derechos humanos tienen un punto en común, todas explican los derechos humanos desde lo individual hacia lo colectivo. Bobbio (1991), en su obra *El tiempo de los derechos*, afirma que los derechos humanos son “derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas

⁶⁴ El control de convencionalidad es un principio articulado con estándares y reglas provenientes de sentencias de tribunales internacionales, con el derecho interno y con la garantía de acceso a la justicia, como una herramienta eficaz y obligatoria para los jueces nacionales y para hacer efectivos los derechos humanos (Camargo González, I. y López Sánchez, F. citado por Esquivel Leyva M. J., 2011).

libertades contra viejos poderes” (págs. 17-18), es decir, el planteamiento de los derechos humanos al ser de manera gradual, parte del sujeto hacia la colectividad y no a la inversa, una abstracción que ha quedado instaurada en los textos constitucionales y en los órganos del poder.

Históricamente, el desarrollo de los derechos humanos se divide en tres fases: a) derechos de libertad; b) derechos políticos, y; c) derechos sociales; de los cuales estos últimos han sido positivados en una serie de disposiciones complementarias, cuya finalidad es la de actualizar tanto a la declaración universal como al resto de disposiciones internacionales descritas en las primeras líneas de este trabajo. Los postulados *bobbianos* sirven para ejemplificar que los derechos humanos son tradicionalmente estudiados desde el eurocentrismo, pero los derechos humanos colectivos de los pueblos y comunidades de Latinoamérica operan de lo colectivo hacia lo individual; un ejemplo de la forma de la convivencia mencionada se puede observar desde el tequio oaxaqueño, donde, si una persona desea postularse a un cargo de elección popular, necesariamente debió primero participar de la vida comunitaria antes de proponerse a ocupar un cargo público sin que ello se entienda como una restricción al libre ejercicio de sus derechos políticos electorales, es decir, la dinámica del tequio funciona a la inversa de la normativa electoral y de la tradición de los derechos humanos individualista.

La tradición del modelo de Estado y de los derechos humanos de México obedece a sus propios antecedentes coloniales, pues en la Constitución de 1824 durante su formulación siguió el prototipo de las constituciones de los Estados-nación de Europa, cuya estructura es homogénea y su filosofía indica que el poder político debe corresponder a la unidad cultural para que toda nación concierna a un Estado, por ello, a partir del surgimiento del nuevo Estado homogéneo, los ciudadanos son iguales y tienen los mismos derechos (Villoro, 2002, pág. 231). El Estado-nación siguió replicándose en las subsecuentes constituciones de México, la de 1857 y la de 1917, si bien la reforma al artículo 4º en la década de los noventas fue un inicio forzado, pero un inicio al fin, para el reconocimiento de los derechos indígenas y de la pluriculturalidad nacional, no se han terminado de constitucionalizar a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho público, por lo que las previsiones del artículo 2º constitucional están limitadas y, en consecuencia, su aplicabilidad se hace casi imposible.

Cierto es que la reforma constitucional ha venido a fortalecer al artículo 2º de la CPEUM, pero también es cierto que el alcance no es el que podría ser, porque el avance de los derechos está constreñido a la teorización de los derechos humanos de lo individual hacia lo colectivo; además, el diseño institucional está en sintonía con el Estado-nación y, si bien se ha reconocido la autonomía de los indígenas, la realidad esboza un rechazo del poder público para hacer de los indígenas sujetos de derecho público e incluirlos en la toma de decisiones de manera colegiada desde los órganos del propio poder. Habría que preguntarse si el cambio de régimen en el orden municipal será suficiente para garantizar la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas o si solo sería el comienzo de otros reconocimientos que terminarían por descentralizar el poder en el campo de lo indígena.

Los derechos indígenas y los derechos humanos son tópicos concatenados, aunque los segundos, para hacer efectivos a los primeros, deben adoptarse desde una metodología diferente a la actual, una metodología desde la región; Boaventura de Sousa Santos (2018), en *Construyendo las Epistemologías del sur*, planteó una reconstrucción de los derechos humanos tendentes al multiculturalismo progresista, donde se pretende una relación equilibrada entre la competencia global y la legitimidad local (pág. 107), de ahí que Sousa contraponen la hipótesis, sobre si los derechos humanos son universales o son un constructo europeo.

Lo que es un hecho es que cada una de las culturas son relativas, por lo que la relatividad cultural significa diversidad cultural e incompletitud, en consecuencia, cada cultura tiende a definir como universales los valores que estas consideran fundamentales, de ahí que, la cuestión de la universalidad de los derechos humanos es una cuestión occidental (Sousa, 2018, pág. 108), tal afirmación puede corroborarse con lo estipulado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, pues, de su contenido se desprende el reconocimiento únicamente de los derechos individuales, con especial énfasis en los derechos civiles y políticos. A excepción del reconocimiento de la libre determinación de los pueblos sometidos al colonialismo europeo, la redacción de la declaración es notoriamente individualista, y esta misma corriente se ha repetido en el tiempo con la oleada constitucionalizadora global y ha dejado a los pueblos y a las comunidades indígenas de México y Latinoamérica fuera del modelo de derechos humanos.

El modelo de los derechos humanos en México, pese a su reajuste, no es concurrente con los derechos autonómicos de los indígenas, porque pretende la igualdad, una igualdad que subordina las especificidades de las minorías al poder público y avasalla la autonomía y el autogobierno de los pueblos y comunidades indígenas del país. El impacto de la reforma constitucional de 2001 es insuficiente para garantizar los derechos autonómicos de los indígenas, pues el entendimiento sobre los derechos humanos avanza en sentido opuesto a las formas de convivencia y las especificidades de los indígenas, y continuará siendo insuficiente mientras no se legisle un paquete de reformas que integre adecuadamente a los indígenas y que garantice sus derechos y su desarrollo cultural, económico y de autogobierno.

V. Avances y retrocesos en el reconocimiento de los derechos indígenas en las sentencias de los tribunales mexicanos

La judicatura mexicana ha sentado algunas sentencias emblemáticas en materia de derechos indígenas, si bien existen algunos avances para ampliar el catálogo de prerrogativas a las cuales se les ha restituido mediante sentencia a los pueblos y comunidades indígenas (Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), en determinados momentos, han tenido criterios encontrados entre sí, e incluso de retroceso a los derechos por los cuales han luchado y reclamado los indígenas. Bailón Corres (2019) ha planteado tres periodos de precedentes judiciales en materia indígena:

- a) La reforma constitucional de 2001.

- b) El Expediente varios 912/2010⁶⁵ que se resolvió hasta el 14 de julio de 2011, así como la Contradicción de tesis 293/2011,⁶⁶ fue emitida en septiembre de 2013.⁶⁷
- c) La reforma constitucional en derechos humanos de 2011 (págs. 142-144).

En las sentencias estudiadas por Bailón, se observan algunos avances en los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, y que se enuncian como sigue:

1. Los derechos de los indígenas establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pueden ser ampliados por las legislaturas locales dentro del marco de la constitución federal.
2. La constitución federal reconoce el principio territorial de sus pueblos y el derecho preferente de las comunidades al uso y disfrute de los recursos naturales de los lugares que ocupan.
3. Los ejidos y comunidades agrarias, al aplicar formas de constitución interna establecidas constitucionalmente, el funcionamiento de la asamblea general, así como la elección del comisariado, son actividades que no forman parte del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas.
4. En la nulidad de testamento agrario, si la acción relativa la ejerce una persona que asevera pertenecer a la clase campesina indígena, el tribunal de la materia, al resolver, debe tomar en cuenta las costumbres y especificidades culturales que rijan en

⁶⁵ La sentencia del Caso Radilla fue analizada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente de la consulta varios 912/2010.

⁶⁶ Contradicción de Tesis 293/2011: *JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA*, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, en la 10ª Época, por el Pleno, el viernes 25 de abril de 2014, tesis P./J. 21/2014.

⁶⁷ De acuerdo con Bailón (2019), a partir del Expediente varios 912/2010 y la Contradicción de tesis 293/2011, influyeron para que en 2013 la Corte estableciera jurisprudencia en materia indígena acorde con el nuevo contenido del artículo 1 constitucional en materia de derechos humanos (pág.75).

el poblado correspondiente, así como atender los ámbitos temporal y material de validez de las normas.

5. En la tesis 1a. CCXII/2009 se establece en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2º constitucional, la autoadscripción como criterio para saber quién es o no indígena en materia de acceso pleno a la justicia.⁶⁸
6. En la tesis 1a. XVI/2010, la Primera sala de la SCJN interpretó hasta dónde llega el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas establecido en el artículo 2º de la ley fundamental, pues consideró que el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas no implica una disminución a la soberanía nacional.
7. La tesis 1a.CXCVII/2009 considera que, para garantizar el acceso pleno de los indígenas a la jurisdicción del Estado, la constitución y el Convenio 169 de la OIT coinciden en que los pueblos, comunidades e individuos indígenas tienen los siguientes derechos: en todos los juicios deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura para comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales, cumplir sentencias en los centros de readaptación más cercanos a sus comunidades, cuando se les impongan sanciones penales, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, entre otros en los que se garantiza el respeto efectivo de sus derechos.
8. Los intérpretes y abogados deben conocer las especificidades culturales de los indígenas cuando participen en los procesos judiciales.
9. En la tesis 1a./J. 58/2013 (10a.), el alto tribunal determinó que la “autoconciencia” o la “autoadscripción”, realizada por el propio sujeto, debe ser el criterio determinante para establecer cuándo una persona es indígena.
10. La SCJN ha reconocido, a través de la tesis a./J. 115/2013 (10a.), que el grado de conocimiento del español es relevante para

⁶⁸ En esta tesis, resalta la utilización en la argumentación del contenido del Convenio 169 de la OIT.

determinar el alcance de la previsión establecida en el artículo 2º constitucional; de acuerdo con la tesis, las personas indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidas por intérpretes y defensores que conozcan su lengua y cultura.

11. La tesis jurisprudencial 18/2012 (10a.) dispone que, en virtud del artículo 1º de la carta magna, *a posteriori* a la reforma en materia de derechos humanos, todas las autoridades del Estado mexicano tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.⁶⁹
12. La tesis 1a./J.107/2012 (10a.) prevé que el nuevo contenido del artículo 1º de la ley fundamental, obliga a rescatar el principio *pro personae* en la interpretación de la ley.

El estudio de Bailón Corres es mucho más amplio y detallado, pero puede afirmarse que el autor expone el devenir de las interpretaciones del máximo tribunal por las que pueden identificarse avances muy puntuales en materia de derechos procesales y humanos en favor de los indígenas; ahora bien, los cambios en los criterios formulados por la SCJN, solo en casos aislados, han retrotraído la lucha por el adecuado reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas para garantizar su autonomía y su autogobierno.

Para desarrollar el argumento anterior, se trae a este análisis el expediente SUP-JDC-1865/2015, donde la Sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió criterios jurisdiccionales que definían el contenido y alcance de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas a la autodeterminación, autonomía y autogobierno, vinculándolos con la participación política efectiva que implica que dichos grupos decidan libremente sus formas de organización social, económica y política, donde resulta indispensable que cuenten con recursos económicos que les permitan ejercer tal autonomía; sin embargo, en 2019, la Segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que los derechos de autonomía y autogobierno no implican que una comunidad pueda administrar directamente los recursos provenientes de la federación, pues se trata de

⁶⁹ Esto implica también el control de *convencionalidad*.

una facultad del municipio y que los tribunales electorales son incompetentes para resolver cuestiones que trasciendan la materia electoral (Pérez Cepeda, 2020, págs. 650-653).

Según lo previsto por el artículo 115 constitucional, el manejo de la hacienda municipal corresponde al municipio mediante su ayuntamiento, nuevamente se está frente a los límites que Burguete Cal y Mayor ha aseverado, que tienen que ver con el régimen municipal tradicional que coincide con el Estado-nación, y no así con la realidad pluricultural que conforma el Estado mexicano. Ciertamente es que el tribunal electoral es incompetente para resolver más allá de las cuestiones electorales, como también es cierto que la suprema corte pudo haber interpretado de manera diversa el tema de la hacienda municipal para darle a las comunidades indígenas la posibilidad de financiar el ejercicio de su autonomía y su autogobierno.

Si bien la judicatura ha hecho avances en el restablecimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, los criterios establecidos por la suprema corte siguen constreñidos a la idea del municipio tradicional, prevista en el artículo 115 constitucional federal; ello significa que el papel de la judicatura es fundamental en el análisis para el avance y la comprensión progresiva de los derechos indígenas y así estar en oportunidad de favorecer su acceso efectivo al derecho colectivo de autodeterminación.

VI. Conclusiones

Los indígenas son un grupo social e históricamente invisibilizado que ha reclamado una serie de prerrogativas para ser integrado dentro de la sociedad y que se le garantice ciertos derechos, así como que se le haga partícipe de la vida pública del Estado. Ha sido mediante la lucha que los indígenas han podido presionar a los detentadores del poder público para que se positiven los derechos que naturalmente les corresponden. En México, existen 68 pueblos indígenas y, según los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en 2020, la población hablante de lengua indígena en la república mexicana tuvo un incremento importante al pasar de 6 913 362 de personas en 2010 a 7 364 645, en 2020. Estos datos duros dan habida cuenta de la pluriculturalidad que conforma el país y, pese a su inclusión textual en la ley fundamental federal, la cobertura estatal en favor de los indígenas no

ha sido suficiente, pues las leyes mexicanas y sus instituciones siguen un diseño de unidad e igualdad nacional, ello es inconmensurable con los diversos grupos y minorías que forman parte de la población nacional.

La situación de los pueblos indígenas es complicada, pues entre ellos son vastos y de identidades complejas, por lo que la realidad supera al derecho, ya que los criterios establecidos por el poder Judicial de la federación están sesgados por leyes que no terminan de positivizar los derechos autonómicos. La falta de un modelo de Estado pluricultural, multinacional, pluriétnico e intercultural, o con la denominación que se desee, es un efecto dominó, porque desencadena, entre otras cosas, discrepancias y omisiones legislativas que garanticen los derechos indígenas, falta de políticas públicas y criterios judiciales limitados.

Finalmente, debe decirse que la lucha de los pueblos y comunidades indígenas en México y Latinoamérica no ha sido en vano, pero no ha terminado y no terminará, en tanto no se garanticen sus derechos desde sus términos, es decir, desde su autonomía, su cultura, sus especificidades y sus formas de elección de autoridades; ello será útil en el cierre de las brechas de desigualdad, a partir del establecimiento de un punto en común entre la actividad estatal y las prácticas indígenas y sin que esto se considere una disminución a la soberanía nacional. Son los derechos humanos y los derechos de tercera generación los que deben seguir en el camino de su ampliación y consolidación mediante la positivación, pues es responsabilidad del Estado proteger los intereses de las personas que integran su población.

VII. Referencias bibliográficas

- Bailón Corres, M. J. (2019). *Derechos indígenas en México 2001-2019. Algunas consideraciones sobre la evolución de las resoluciones del Poder Judicial de la Federación*. México: CNDH.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, Madrid, España: SISTEMA, 17-18.
- Burguete, Cal y Mayor A. (2008). Municipios indígenas: por un régimen multimunicipal en México. *Alteridades* 18 (35), 67-83.
- Conversi, D. (2012). Nación, Estado y Cultura: por una historia política y social de la homogeneización cultural. *Historia Contemporánea* (45), 437-481.

- Instituto Nacional de Geografía y Estadística (2021). *Presenta INEGI primera etapa del censo de población y vivienda 2020, Procuraduría agraria*. INEGI.
<https://www.gob.mx/pa/es/articulos/presenta-inegi-primera-etapa-del-censo-de-poblacion-y-vivienda-2020?idiom=es>
- Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Asamblea General, de 16 de diciembre.
- Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Asamblea General, de 16 de diciembre.
- Naciones Unidas (1945). *Carta de las Naciones Unidas*, firmada el 26 de junio en San Francisco.
- Organización de los Estados Americanos (2016). *Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Asamblea General, Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio.
- Organización Internacional del Trabajo (1989). *Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, de 27 junio.
- Pérez Cepeda, M. (2020). Criterios acerca del derecho a la libre determinación de las comunidades indígenas para la administración directa de los recursos públicos. *Justicia Electoral* (25), 650-653.
- Salazar Muñoz, R. (2016). Los derechos humanos en México: un reto impostergable. *Revista de investigações constitucionais* (3), 145-168.
- Soriano González, M. L. (2013), *El derecho a la autonomía política en los pueblos indígenas de América Latina*, NÓMADAS número especial.
- Villoro, L. (2002). *El Estado-Nación y las Autonomías Indígenas*. En J. González (Coord.), *Constitución y Derechos Indígenas*, UNAM, México, 231-239.

Capítulo VI

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional frente a la situación de Ucrania

Sumario: *I. Introducción. II. Sobre el surgimiento y desarrollo de las hostilidades. III. La Corte Penal Internacional y su jurisdicción material. IV. Sobre la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. V. Activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. VI. Examen preliminar de la situación en Ucrania. VII. Sobre la apertura de una investigación. VIII. Conclusiones. IX. Referencias bibliográficas.*

Agustín Eugenio Martínez Elías⁷⁰

I. Introducción

Este tema se realizó tomando como marco de referencia informes de organizaciones de derechos humanos, documentación oficial ucraniana y las fuentes del derecho penal internacional, respectivamente aplicables, establecidas en el artículo 21 del Estatuto de Roma.

En este estudio, se aborda brevemente el contexto que impera en Ucrania, producto de las hostilidades entre las fuerzas armadas de ese país frente a las de la federación rusa para, posteriormente, adentrarse a la competencia material de la Corte Penal Internacional frente a los crímenes internacionales establecidos en el Estatuto de Roma.

Adicionalmente, se señala lo relativo a las formas de aceptar la jurisdicción de la corte, se analiza la aceptación realizada por el Estado ucraniano, además de estudiar las formas de activación de la jurisdicción de dicho tribunal y se enfatiza en cómo se activó en el caso concernido.

Finalmente, se aborda lo relativo a la apertura de una investigación sobre la comisión de crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional en la situación ucraniana, ofreciendo algunas conclusiones al respecto.

⁷⁰ Licenciado en Derecho por la Universidad de Zacatecas, maestro en Justicia Constitucional por la Universidad de Guanajuato, actualmente labora en la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato. Contacto: elias.martz140@gmail.com y amartinez@prodheg.prg.mx

II. Sobre el surgimiento y desarrollo de las hostilidades

Sin el afán de ser exhaustivo sobre este conflicto armado entre Ucrania y Rusia, se señalará un conjunto de hechos a través de los cuales se busca dar un contexto sobre el surgimiento de la invasión rusa en territorio ucraniano, así como el monitoreo de algunas acciones desplegadas en esta intervención que podrían ser sancionadas por el derecho penal internacional.

En noviembre de 2013, el presidente de Ucrania, Victor Yanukóvich, canceló las conversaciones para firmar un acuerdo con la Unión Europea, como consecuencia surgió la revuelta de Maidán. En febrero de 2014, Yanukóvich, presionado por las protestas, abandonó Ucrania, mientras que en la península de Crimea se enfrentaron grupos prorrusos y partidarios por la unidad de Ucrania (Amnistía Internacional, 2022).

El 28 de febrero de 2014 el Estado ucraniano solicitó al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas una sesión urgente para investigar la situación en la República Autónoma de Crimea que amenazaba la integridad territorial de Ucrania (Representante Permanente de Ucrania ante las Naciones Unidas, 2014).

En marzo de 2014, se celebró un referéndum en Crimea para consultar su anexión a Rusia, la cual fue firmada por dicho país. Esta situación se expandió a otras regiones y Donetsk y Luhansk se autoproclamaron repúblicas populares (Amnistía Internacional, 2022).

En septiembre de 2017, Volodímir Zelenski ganó las elecciones presidenciales en Ucrania con 72 por ciento de votos; para diciembre de ese año, ya había acordado con Vladimir Putin retomar el proceso de paz en Ucrania. Durante 2021 Rusia desplegó sus tropas en la frontera de Ucrania y la península de Crimea, mientras que, en enero de 2022, desplegó tropas en Bielorrusia, cerca de la frontera con Ucrania, un mes después Estados Unidos y la OTAN rechazaron firmar un tratado con Rusia para la seguridad de Europa con Rusia, el cual incluía la posible incorporación de Ucrania a dicha organización, el 22 de febrero de 2022 Rusia firmó, a través de su presidente, el reconocimiento de Donetsk y Luhansk, dos áreas de la región del Donbás en el este de Ucrania como “repúblicas independientes”, para después enviar una misión de tropas rusas en una operación en Donbás, registrándose explosiones en el este de Ucrania y en Kiev (Amnistía Internacional, 2022).

Human Rights Watch ha señalado que las fuerzas rusas dispararon el 28 de febrero municiones de racimo contra al menos tres zonas residenciales en Kharkiv, acabando con la vida de al menos tres civiles, al respecto, se precisó que el uso de estas armas en zonas residenciales está prohibido por el derecho internacional humanitario y podría constituir un crimen de guerra (Human Rights Watch, 2022).

Por su parte, Amnistía Internacional ha hecho mención de:

[...] la escalada de violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, incluidas las muertes de civiles resultantes de los ataques indiscriminados contra zonas e infraestructuras civiles. Este tipo de ataques contra objetos protegidos, como hospitales y escuelas, el uso de armas indiscriminadas, como los misiles balísticos, y el uso de armas prohibidas, como las bombas de racimo, pueden considerarse crímenes de guerra (Amnistía Internacional, 2022).

Por otra parte, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que, desde el 24 de febrero de 2022 que comenzaron los ataques de la federación rusa contra Ucrania, hasta la medianoche del 30 de marzo, cuando el ejército ruso entró en acción contra Ucrania, esa oficina había registrado 3 090 víctimas civiles: 1 189 personas muertas y 1 901 heridas, se informó que la mayoría de los daños a civiles registrados fueron causados por el uso de armas explosivas con un área amplia de impacto, incluido el bombardeo desde sistemas de lanzamiento múltiple de cohetes y artillería pesada, así como misiles y ataques aéreos (Office of the High Commissioner for Human Rights, 2022).

Esta oficina también indicó que se cree que las cifras antes citadas son conservadoras, pues se piensan más graves, especialmente en territorios controlados por el gobierno, sobre todo por el retraso en la llegada de información de los lugares donde las hostilidades son intensas.

Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Filippo Grandi, señaló el 31 de marzo que “la población civil está sufriendo y más de 10,5 millones de personas se han tenido que desplazar dentro de Ucrania o hacia otros países como refugiadas. Además, 13 millones de personas necesitan ayuda humanitaria urgente en todo el país” (El Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, 2022).

Cabe precisar que una diversidad de organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, reporteros,

periodistas y defensores de derechos humanos han dado seguimiento a la situación de Ucrania, sobre todo a partir de la invasión por parte de las fuerzas armadas rusas, derivado de ello, algunas han enunciado, con más precaución que otras, la posible actualización de crímenes internacionales, haciendo énfasis en crímenes de guerra.

Amnistía Internacional señaló el 1 de marzo de 2022 que “la invasión de Ucrania por Rusia es una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas y un acto de agresión que constituye un crimen de derecho internacional” (Amnistía Internacional, 2022).

Sobre la posible existencia de crímenes internacionales se ha señalado la posibilidad de que estos sean investigados, juzgados y sancionados por la Corte Penal Internacional, tema que se planteó como el problema a investigar en este breve estudio, donde se analizará la jurisdicción de este tribunal para conocer de dicha situación y la forma en que ha sido finalmente activada.

III. La Corte Penal Internacional y su jurisdicción material

La Corte Penal Internacional es el primer tribunal mundial penal de naturaleza permanente, emana de la adopción del Estatuto de Roma que entró en vigor el 1 de julio de 2002. De conformidad con la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, 123 países son Estados parte de este; de ellos, 33 son Estados africanos, 19 asiáticos, 18 de Europa del Este, 28 de Latinoamérica y 25 de Europa Occidental y otros Estados (Assembly of States Parties to the Rome Statute, 2022).

De conformidad con el artículo 3 del estatuto, este tribunal tiene su sede en la Haya, en los países bajos, mientras que su artículo 34 establece que esta se compone de cuatro órganos; a saber: a) La presidencia; b) Una división de apelaciones, una de juicio y una de cuestiones preliminares; c) La Oficina del Fiscal; d) La Secretaría (Assembly of States Parties , 1998).

Es importante precisar que la Corte Penal Internacional no tiene como atribución el juzgamiento sobre la responsabilidad internacional de los Estados, sino que, de conformidad con el artículo 25 del Estatuto, esta corte tiene jurisdicción sobre personas naturales, quienes, al cometer un crimen internacional sobre los que tiene competencia ese tribunal, podrán ser individualmente investigados, juzgados y sancionados según lo establecido en el estatuto.

Es el artículo 5 del estatuto el que determina la jurisdicción *ratione materiae* (en razón de la materia) de la corte, al indicar los crímenes sobre los que podrá investigar, juzgar y sancionar a individuos son 4:

1. Genocidio.
2. Crímenes de lesa humanidad.
3. Crímenes de Guerra.
4. Crimen de agresión.

Siguiendo la estructura del estatuto, cada uno de estos cuatro crímenes serán desarrollados de forma más específica en los artículos 6, 7, 8, y 8 bis, respectivamente, sobre los cuales se hará un breve comentario.

Para la interpretación de estos crímenes, la corte no solo dispone de la definición establecida en el Estatuto de Roma, sino que, como lo señala el artículo 9 de dicho tratado, se cuenta con los “Elementos de los crímenes”, que fueron adoptados en 2010 en la Conferencia de Revisión del Estatuto en Kampala.

Estos elementos se incorporaron a las fuentes que puede aplicar la Corte Penal Internacional, según el artículo 21 del Estatuto de Roma, al señalar lo siguiente:

Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
 - b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
 - c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.
2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.
 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

Una vez precisado lo anterior, se abordará brevemente cada uno de los crímenes de competencia de la corte.

Genocidio

El término “genocidio” fue creado por Rafael Lemkin, un jurista polaco de origen judío, en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*, lo conceptualizaba como la destrucción de una nación o grupo étnico, el término fue acuñado para denotar una vieja práctica en el nuevo mundo mediante la unión de la palabra griega *genos*, que significa raza o tribu, con la palabra latina *cide*, que significa matar (1944, pág. 79).

El genocidio sería incorporado en el derecho internacional en 1948 en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, definiéndolo en su artículo segundo (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948; Triviño, Genocidio, 2014).

Esta definición se establece de forma idéntica en el artículo 6 del estatuto, que conceptualiza el genocidio como cualquiera de los actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo (Assembly of States Parties, 1998).

Esta definición adopta un sistema de enumeración limitativa de supuestos para evitar interpretaciones extensivas, dentro del cual se ha distinguido entre dos categorías del crimen, tratándose del denominado genocidio físico al establecido en los incisos (a), (b) y (c), mientras que el genocidio biológico se desarrolla en los incisos (d) y (e) (Verduzco, 2002, pág. 917).

Uno de los rasgos fundamentales de este crimen es la existencia de una voluntad de destruir a uno de los grupos señalados:

[...] el delito de genocidio trató de configurarse de una manera específica como un delito de especial gravedad que trataba de recoger el peor crimen que pudiera cometer un individuo o grupo al atentar no sólo contra un sujeto particularizado,

sino que la acción criminal reflejaría el ánimo de destruir a un grupo social en todas sus manifestaciones (sociales, culturales, religiosas, etc.) (Triviño, 2012, pág. 164).

Crímenes de lesa humanidad

En relación con los crímenes de lesa humanidad, el artículo 7 del estatuto precisa que serán cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato.
- b) Exterminio.
- c) Esclavitud.
- d) Deportación o traslado forzoso de población.
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
- f) Tortura.
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la corte.
- i) Desaparición forzada de personas.
- j) El crimen de apartheid.
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. (Assembly of States Parties , 1998).

Es importante precisar que la razón subyacente de los crímenes de lesa humanidad, redactados en el estatuto, se refiere al papel de un Estado en la organización y comisión de estos, es decir, hay una connotación eminentemente política de estos (Ambos, 2013, pág. 99),

pues “[dichos] crímenes son una expresión de que la política ha ido horriblemente mal” (Ambos, 2013, pág. 99; Vernon, 2002, pág. 108).

Cabe precisar que dicha política no solamente puede ser enarbolada por un Estado, sino por una organización, pues esto señala el estatuto al definir uno de sus elementos:

“[...] ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; (Assembly of States Parties, 1998, 7 (2) a).

Crímenes de guerra

Por su parte, los crímenes de guerra son violaciones del derecho internacional humanitario que han sido criminalizadas por el derecho internacional; sin embargo, una conducta solo podrá ser equivalente a un crimen de guerra cuando constituye una violación del derecho internacional humanitario, cuando ha sido tipificada en algún tratado por el derecho internacional consuetudinario y sea una de las violaciones del derecho internacional humanitario más graves que han sido criminalizadas (Cottier, 2015, pág. 304).

El artículo 8 del estatuto precisa qué conductas son entendidas como crímenes de guerra, enlista, al menos, 59 actos, según la estructura de dicho artículo.

El artículo 8.1 del estatuto es un prefacio que define que la corte tendrá competencia frente a crímenes de guerra solamente cuando sean consumados como parte de un plan o política o que sean cometidos a gran escala.

Artículo 8 Crímenes de guerra 1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes (Assembly of States Parties, 1998).

Cabe precisar que la jurisdicción de la corte, en relación con los crímenes de guerra, se refiere en términos del artículo 1 del Estatuto de Roma a los crímenes “más graves de trascendencia para la humanidad”, ese criterio de *gravedad* es reiterado en el artículo 8, al referirse a graves violaciones de los Convenios de Ginebra (8.2.a), así como de las leyes y los usos aplicables en conflictos armados internacionales (8.2.b), violaciones graves del artículo 3 común de los convenios de Ginebra de

1949 (8.2.c) y violaciones graves de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados internos prolongados (8.2.e) (Silva, 2013, pág. 35).

Por su parte, el artículo 8.2 categoriza las ofensas principalmente según el tipo de conflicto en el que cada crimen de guerra es aplicable. En este sentido, los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales están listados en los sub párrafos a) y b), mientras que aquellos cometidos en conflictos armados no internacionales, de conformidad con el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, se encuentran en el sub párrafo c), mientras que en el sub párrafo e) se incluyen otros crímenes de guerra que no están en el artículo 3 común, pero recogidas por otras normas del derecho internacional (Cottier, 2015, pág. 317 y 318).

Atendiendo a la gran extensión del artículo 8.2, solamente se cita de forma textual el 8.2 (a) y 8.2, (c)

El artículo 8.2 (a) establece lo siguiente:

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) El homicidio intencional;

ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;

vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;

vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal;

viii) La toma de rehenes; (Assembly of States Parties , 1998)

Por su parte el artículo 8.2, (c) establece:

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables (Assembly of States Parties , 1998).

Crimen de agresión

De conformidad con el artículo 5.1 sub párrafo (d) del Estatuto, dentro de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, en su conjunto sobre los cuales tiene jurisdicción la corte, se encuentra el crimen de agresión; sin embargo, aunque el estatuto entró en vigor el 1 de junio de 2002, este no contaba con una definición de este delito, lo cual era necesario para ejercitar dicha jurisdicción; al respecto, el artículo 5.2 del Estatuto de Roma señalaba lo siguiente:

La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Derivado de la Conferencia revisora del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional celebrada en Kampala (Uganda) en 2010, se aprobó, por parte de los Estados parte del estatuto, una diversidad de adiciones que incluyeron una definición y las condiciones sobre las cuales la corte podrá ejercitar la jurisdicción sobre este crimen.

Su definición fue adicionada mediante la resolución RC/Res.6 en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma en los siguientes términos:

Artículo 8 bis

Crimen de agresión

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos (Revisión, 2010).

El artículo 8 bis definió el crimen de agresión de forma general en su párrafo 1 y destaca la idea de que “ciertas violaciones cualificadas de la prohibición del uso de la fuerza y, por tanto, del jus ad bellum” acarrearán una responsabilidad penal individual con fundamento en el derecho internacional (Zimmermann & Freiburg, 2015, pág. 587).

Andreas Zimmermann y Elisa Freiburg señalan que el párrafo 1 del artículo 8 bis guarda un enfoque desde el cual la planificación, preparación, iniciación o realización de una guerra de agresión declarada o no, o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales constituye un crimen contra la paz (Zimmermann & Freiburg, 2015, pág. 587).

La parte introductoria del párrafo (2) del artículo 8 bis definió los actos de agresión, y confirma que esa acepción solo es relevante en la medida que está encaminada a saber cuándo se está cometiendo un crimen de agresión o no, según el párrafo (1) del artículo 8 bis (Zimmermann & Freiburg, 2015, pág. 604).

Hasta este momento he abordado brevemente los crímenes sobre los cuales tiene jurisdicción material la Corte Penal Internacional, entre ellos se ha señalado que en la situación bajo análisis de Ucrania se habrían cometido crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, los cuales podrían ser investigados por parte de la fiscalía de la corte.

IV. Sobre la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

Una vez analizada la jurisdicción material de la corte con relación a los cuatro crímenes internacionales según el Estatuto de Roma, es necesario precisar que no es suficiente la comisión de dichos crímenes, de conformidad con su artículo 5, para que la corte tenga jurisdicción sobre estos, sino que deben reunir determinadas condiciones previas, las cuales, principalmente, se regulan en el artículo 12 del estatuto, que serán analizadas a la luz del caso ucraniano.

El artículo 12 del estatuto regula la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional por parte de los Estados, y establece dos supuestos para tal efecto:

- a) El artículo 12 (1) establece que, al ratificar el Estatuto de Roma un Estado, acepta la jurisdicción de la Corte en relación a los crímenes contenidos en el artículo 5.
- b) El artículo 12 (3) regula la posibilidad de que Estados no parte del estatuto acepten la jurisdicción de la corte a través de una declaración *ad hoc* depositada en la secretaría de la corte para que conozca sobre el crimen de que se trate.

Ni Ucrania ni Rusia son Estados parte del Estatuto de Roma, por lo tanto, la Corte Penal Internacional no tendría jurisdicción con fundamento en el artículo 12 (1) para conocer de presuntos crímenes de la situación bajo análisis, aun cuando se estuviesen cometiendo en el territorio ucraniano.

A pesar de no ser un Estado parte del estatuto, el Estado ucraniano sí ha aceptado la jurisdicción de la corte con fundamento en el artículo 12 (3) de este, pues presentó una declaración *ad hoc* de aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional el 14 de abril de 2014, para la “identificación, persecución y juzgamiento de autores y cómplices de los actos cometidos en el territorio Ucraniano en el periodo entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014” (mejor conocida como primera declaración) (Ukraine, 2014).

Adicionalmente, el 8 de septiembre de 2015, la Secretaría de la Corte Penal Internacional recibió una segunda declaración de Ucrania con fundamento en el artículo 12 (3), aceptando su jurisdicción con

relación a los crímenes cometidos en su territorio desde el 20 de febrero de 2014 y por tiempo indefinido (mejor conocida como segunda declaración) (International Criminal Court, 2015: Ukraine, 2015).

Parece importante hacer algunas precisiones sobre las dos declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional realizadas por el Estado ucraniano. La primera es sobre la temporalidad de dichas aseveración, pues la primera se realizó por un periodo de tiempo definido, mientras que la segunda se hizo frente a crímenes cometidos a partir del 20 de febrero de 2014 y por tiempo indefinido.

Otra precisión es en relación con la materia, pues en la primera declaración se aceptó la jurisdicción de la corte para la identificación, persecución y juzgamiento de autores y cómplices de los actos cometidos en el territorio Ucraniano, mientras que, en la segunda, se realizó exclusivamente para conocer de los “crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos por altos funcionarios de la Federación Rusa y líderes de la organización terrorista “DNR” y “LNR” que han derivado en graves consecuencias y asesinatos masivos de nacionales ucranianos” (Ukraine, 2015).

Llama la atención que en la segunda declaración se acepta la competencia únicamente frente a dos crímenes internacionales siempre que sean cometidos por determinados intervinientes del conflicto, por ello surgen dudas sobre los efectos jurídicos que surte la declaración en esos términos.

En relación con lo anterior, la regla de procedimiento y prueba número 44 precisa que:

[...] las declaraciones realizadas en virtud del artículo 12 parágrafo (3) del Estatuto tienen como consecuencia la aceptación de la jurisdicción de la Corte frente a los crímenes enlistados en su artículo 5 que sean pertinentes para la situación y las disposiciones de la Parte 9 del Estatuto, y cualquier norma en virtud de la misma relativa a los Estados Partes (International Criminal Court, 2002).

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional ha considerado al respecto:

La Regla 44 fue adoptada para asegurar que los Estados que optan por mantenerse fuera del tratado no puedan utilizar a la Corte de forma oportunista. De hecho, hay preocupación de que el término del artículo 12 (3) del Estatuto, y en específico la referencia a la aceptación de la jurisdicción “respecto del crimen de que se trate”, podría permitir que la Corte fuera utilizada como una herramienta política por Estados no parte del Estatuto, quienes podrían

selectivamente aceptar el ejercicio de la jurisdicción en relación a ciertos crímenes o ciertas partes en un conflicto.

A la luz de lo anterior, es claro, desde la perspectiva de la Cámara que, si bien los Estados sí pueden buscar definir el alcance de su aceptación, dicha definición no puede establecer parámetros arbitrarios frente a una situación determinada, pues debe abarcar todos los crímenes que son relevantes. Contrario a la solicitud de la Defensa, la Corte considera que será finalmente la Corte quien determinará si el alcance de aceptación, como fue formulado en la declaración es consistente con los parámetros objetivos de la situación concernida” (Decision on the "Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo, 2012).

De lo anterior se desprende que, aunque la aceptación realizada por Ucrania fue en determinados términos, según el estatuto, los efectos jurídicos que surtiría serían el reconocimiento de la jurisdicción de la corte para conocer sobre los crímenes establecidos en el artículo 5 del estatuto, únicamente al atender las limitaciones temporales realizadas por el Estado.

En relación con las declaraciones de aceptación de jurisdicción a través del artículo 12 (3), es bien sabido que no es la primera vez que se ejercitan, pues existen otros ejemplos previos; a saber:

a) La declaración realizada por la República de Costa de Marfil, depositada con fundamento en el artículo 12 (3) del estatuto el 18 de abril de 2003, acepta la jurisdicción de la corte sobre crímenes cometidos en su territorio desde el 19 de septiembre de 2002 (Decision on the "Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo, 2012, párr. 1).

b) La declaración depositada el 1 de enero de 2015 por el gobierno de Palestina acepta la jurisdicción de la corte sobre crímenes cometidos en el territorio palestino ocupado, incluido el Este de Jerusalén desde el 13 de junio de 2014 (President of the State of Palestine, 2014).

V. Activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

Es importante precisar que la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no deriva en automático en el inicio de una investigación por parte de la fiscalía, por lo tanto, las declaraciones de

aceptación analizadas no produjeron, *per se*, la apertura de una investigación frente a la situación en Ucrania.

Mientras que el artículo 12 del estatuto regula las condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, el artículo 13 del estatuto regula lo relativo a los mecanismos para que esta sea activada. Según el artículo 13, estas son las tres formas de activar la jurisdicción referida:

- (a) **Remisión de un Estado parte.** Una situación en la que uno o más crímenes de competencia de la corte parecen haberse cometido es remitida a la fiscalía por un Estado parte para que esta investigue, a fin de determinar si una o más personas deberían ser acusadas de la comisión de los mismos (art. 12, 13 (a) y 14).
- (b) **Remisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.** Una situación en la que uno o más crímenes de competencia de la corte parecen haberse cometido es remitida al fiscal por parte del Consejo de Seguridad con fundamento en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.
- (c) **Investigación proprio motu.** Cuando la fiscalía haya iniciado una investigación sobre la base de información recibida que le lleve a creer que hay bases razonables para creer que se han cometido crímenes de competencia de la corte.

Tratándose de Estados parte del Estatuto, la corte podrá ejercitar su jurisdicción a través de los tres mecanismos de activación de su jurisdicción señalados. En el caso de Estados no parte que no hayan formulado una declaración de conformidad con el artículo 12(3), solamente podría activarse la jurisdicción mediante una remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pero frente a Estados no parte que sí han formulado una declaración de conformidad con el artículo 12(3), entonces podrá activarse su jurisdicción por cualquier mecanismo del artículo 13 (Cerda, 2015, pág. 159).

En este caso, se está ante el supuesto de que Ucrania no es un Estado parte del Estatuto de Roma, pero sí ha aceptado el ejercicio de la jurisdicción de la corte mediante las dos declaraciones con fundamento en el artículo 12 (3) del Estatuto de Roma, con lo cual la activación de esta podría darse a través de cualquiera de los tres mecanismos descritos.

VI. Examen preliminar de la situación en Ucrania

Cabe precisar que el 17 de abril de 2014, con la recepción el depósito de la primera declaración de aceptación de competencia de conformidad con el artículo 12 (3) del estatuto, la entonces fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, decidió abrir un examen preliminar sobre la situación de Ucrania, ello según la “Política sobre exámenes preliminares de la Fiscalía”, que señala en su párrafo 73 lo siguiente:

Al recibir una remisión o una declaración de conformidad con el artículo 12(3), la Oficina iniciará un examen preliminar de la situación en cuestión. Sin embargo, no se debe suponer que una remisión o una declaración del artículo 12(3) dará lugar automáticamente a la apertura de una investigación (The Office of the Prosecutor, 2013).

El examen preliminar da inicio al análisis que deberá desarrollar la fiscalía de conformidad con el artículo 53 (1) del estatuto, durante el cual deberá evaluar la información que tenga disponible y determinará si existen bases razonables para iniciar una investigación. Los elementos que se deberán considerar para decidir si se abre una averiguación o no son los siguientes:

- a) Cuestiones de jurisdicción material de la corte (donde deberá verificarse si uno o más crímenes de competencia de la corte se han cometido o se están cometiendo);
- b) Cuestiones de admisibilidad de conformidad con el artículo 17 del estatuto: la corte no podrá ejercitar su jurisdicción, si una autoridad nacional está investigando o enjuiciando un caso o ya lo ha hecho, a menos que las circunstancias indiquen que ese Estado no puede o no quiere llevar a cabo procedimientos reales (Cryer, Friman, Robinson, & Wilmschurst, 2010, pág. 154);
- c) Si la investigación serviría al interés de la justicia.

En caso de que la fiscalía considere que existen bases razonables para creer que crímenes de competencia de la corte han sido o están siendo cometidos, deberá, según el artículo 15 (3) del Estatuto, solicitar a la sala de cuestiones preliminares la apertura de una investigación:

El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe bases razonables para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya

reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba (Assembly of States Parties , 1998).

Ahora bien, bases razonables ha sido interpretado como “una justificación sensata o razonable para creer que un crimen que cae dentro de la jurisdicción de la Corte ‘ha sido o está siendo cometido’” (The Office of the Prosecutor, 2013, párr. 34; Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 2010, párr. 35).

Al respecto, derivado del examen preliminar sobre la situación de Ucrania, se concluyó que se reunían los criterios para proceder con una investigación; a saber, se analizó lo relativo a la jurisdicción material de la corte, admisibilidad e interés de la justicia (The Office of the Prosecutor, 2020, párr. 289).

Con base en esas conclusiones, y en el contexto de las nuevas eventualidades, entre las cuales se encontró el ingreso de tropas de la federación rusa, el 28 de febrero de 2022 el nuevo fiscal de la Corte Penal Internacional, Karim A.A. Khan QC, comunicó su intención de proceder con la apertura de una investigación con relación al examen preliminar de la situación de Ucrania, ello con fundamento en el mecanismo señalado por los artículos 13 (c) y 15 del estatuto, es decir, como fruto de una investigación *proprio motu* (The Office of the Prosecutor, 2022).

La apertura de la investigación anunciada por la fiscalía, parte del análisis de los hechos acaecidos desde 2014 en el territorio ucraniano; sin embargo, considera los supuestos crímenes que sucedían y siguen sucediendo por cualquiera de los participantes (The Office of the Prosecutor, 2022).

VII. Sobre la apertura de una investigación

Como se señaló, la fiscalía comunicó su intención de abrir una investigación sobre la situación de Ucrania y solicitó la apertura a la Sala de Cuestiones Preliminares, según los artículos 13(c) y 15); sin embargo, terminó por no requerir dicha autorización.

La razón de lo anterior fue que la activación de la jurisdicción de la corte se dio con fundamento en el artículo 13 (a), que establece la remisión de situaciones a la corte realizada por un Estado parte.

Aunque la fiscalía comunicaba la decisión de solicitar la apertura de la investigación el 28 de febrero de 2022, tan solo un día después, 1 de marzo, llegó la primera remisión realizada por la República de Lituania (International Criminal Court, 2022).

El 2 de marzo llegó una segunda remisión conjunta por parte de los siguientes Estados:

República de Albania, Australia, República de Austria, Reino de Bélgica, República de Bulgaria, Canadá, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Croacia, República de Chipre, República Checa, Reino de Dinamarca, República de Estonia, República de Finlandia, República de Francia, Georgia, República Federal de Alemania, República Helénica, Hungría, República de Islandia, Irlanda, República de Italia, República de Letonia, Principado de Liechtenstein, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Malta, Nueva Zelanda, Reino de Noruega, Reino de los Países Bajos, República de Polonia, República de Portugal, Rumania, República Eslovaca, República de Eslovenia, Reino de España, Reino de Suecia, Confederación Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (International Criminal Court, 2022).

El 11 de marzo Japón y Macedonia del Norte refirieron la situación a la fiscalía, para sumar 41 remisiones estatales (International Criminal Court, 2022).

Según el artículo 14 (1) del estatuto, las remisiones estatales de una situación realizadas con fundamento en el artículo 13 (a) tienen como efecto pedir al fiscal que investigue la situación para determinar si se habrá de acusar a una o varias personas por la comisión de uno o varios crímenes de competencia de la corte, es decir, la apertura de una investigación.

Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas (Assembly of States Parties , 1998).

Ahora bien, con fundamento en lo anterior, la Fiscalía abrió una investigación sin solicitar la aceptación por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (supuesto que se da cuando la decisión de apertura deriva de una investigación *proprio motu*), por lo que, en comunicado del 2 de marzo, esa oficina notificó a la presidencia

de la corte su decisión de proceder con investigaciones activas sobre la situación.

La fiscalía precisó que, sin importar el enfoque que adquiriera la investigación, su alcance abarca las alegaciones de crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio cometidos por cualquier parte en el territorio de Ucrania o por cualquier persona desde el 21 de noviembre de 2013 en adelante.

Ahora bien, una vez abierta la investigación en el caso ucraniano, la fiscalía deberá conducirla según lo establecido en el artículo 4 del estatuto, el cual establece que las obligaciones derivadas de una investigación son las de buscar la verdad mediante el análisis de todos los hechos y pruebas pertinentes que permitan determinar si existe responsabilidad penal, durante lo cual se deberán estudiar por igual las circunstancias incriminatorias y excluyentes.

Además, las investigaciones deberán ser conducidas en el territorio del Estado ucraniano, donde se deberá reunir y examinar evidencia, así como identificar a las personas que podrían resultar responsables de la comisión de los crímenes de competencia de la corte, en cuyo caso, podría buscarse la confirmación de cargos frente a cada una de ellas para seguir las etapas procesales conducentes que puedan resultar en un juicio y sanción de las personas responsables.

VIII. Conclusiones

La Corte Penal Internacional es un tribunal que cuenta con una jurisdicción determinada por el Estatuto de Roma, consistente en cuatro crímenes internacionales; sin embargo, no es suficiente que estos hayan sucedido o esté sucediendo para que ese tribunal tenga jurisdicción frente a ellos.

El estatuto establece reglas para la aceptación de la jurisdicción de la corte, los Estados parte de dicho tratado pueden aceptarla, así como Estados que no son parte, supuesto que se actualizó en el caso ucraniano mediante una declaración *ad hoc* de aceptación de competencia con fundamento en su artículo 12 (3).

La aceptación de la jurisdicción de la corte tampoco implica el inicio de una investigación por parte de la fiscalía; sin embargo, cuando la aceptación se da mediante una declaración como la precitada, existen

diversos mecanismos a través de los cuales se puede activar la jurisdicción de dicho tribunal.

Aunque se abrió un examen preliminar y el fiscal declaró que buscaría frente a la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización de apertura de una investigación, finalmente, el mecanismo de activación de la jurisdicción de la corte se dio mediante otro instrumento, como lo es la remisión de una situación realizada por Estados parte del estatuto.

Actualmente la fiscalía ha iniciado una investigación y considera que, de su análisis previo en el examen preliminar sobre Ucrania, había encontrado una justificación sensata o razonable para creer que varios crímenes que caen dentro de la jurisdicción de la corte han sido o están siendo cometidos.

Además, hay que considerar que la fiscalía también ha analizado lo relativo a la admisibilidad de los posibles casos que se investiguen, así como el interés de la justicia de esta situación.

Dicha oficina deberá reunir y analizar los medios probatorios que le permitan identificar a las personas que puedan resultar responsables en la comisión de dichos crímenes, entre ellos se ha señalado, por diversos medios de comunicación y organizaciones no gubernamentales, podrían estar crímenes de guerra y de lesa humanidad.

IX. Referencias Bibliográficas

Zimmermann , A. & Freiburg, E. (2015). Article 8bis. En K. A. Otto Triffterer, *The Rome Statute of the International Criminal Court, A commentary, Third Edition*. C.H. BECK, Hart Nomos.

Ambos, K. (2013). Crímenes de lesa humanidad y la corte penal internacional. *Cuadernos de Derecho Penal*.

Amnistía Internacional (2022). *Conflicto Rusia-Ucrania*. Amnistía Internacional, 3 de marzo de 2022.

<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/campanas/conflicto-rusia-ucrania/#:~:text=Amnist%C3%ADa%20Internacional%20ha%20advertido%20previamente,alimentos%20y%20el%20desplazamiento%20masivo>

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 9 de diciembre de 1948.

- <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>
- Assembly of States Parties (1998). Rome Statute of the International Criminal Court, 17 de julio.
- Assembly of States Parties to the Rome Statute (2022). States Parties, 11 de 4 de 2022. <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>
- Cerda, A. C. (2015). *Guarding the gates: the essential role of a robust pre-trial chamber in ensuring the International Criminal Court's impartiality, independence and legitimacy*. University of Glasgow .
- Cottier, M. (2015). Article 8 War crimes . En K. A. Otto Triffterer, *The Rome Statute of the International Criminal Court, A commentary, Third Edition*. C.H. BECK, Hart, Nomos.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmshurst, E. (2010). *An introduction to International Criminal Law and Procedure*. Al. Second edition, pág. 154. Cambridge: Cambridge.
- Decision on the "Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo, (ICC 02/11-01/11-129) (Pre-Trial Chamber I, International Criminal Court 15 de August de 2012).
- El Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (2022). *El Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados pide el fin inmediato de la guerra en Ucrania, que ha desplazado a más de 10 millones de personas*, 31 de marzo de 2022.
<https://www.acnur.org/noticias/press/2022/3/6245de734/el-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-refugiados-pide-el-fin-inmediato.html>
- Human Rights Watch (2022). Ucrania: Lanzan bombas de racimo sobre zonas residenciales de Kharkiv, 30 de marzo de 2022.
<https://www.ohchr.org/en/news/2022/03/ukraine-civilian-casualty-update-30-march-2022#:~:text=a%20total%20of%201%2C189%20killed,whose%20sex%20is%20yet%20unknown>
- International Criminal Court (2002). *Rules of Procedure and Evidence* (2019 ed.). International Criminal Court.
- International Criminal Court (2015). Ukraine accepts ICC jurisdiction over alleged crimes committed since 20 February 2014. *Press*

- Release : 8 September 2015*, 8 de September de 2015. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1146>
- International Criminal Court (2022). *International Criminal Court*. Obtenido de Situation in Ukraine, Investigation, ICC-01/22, 1 de march de 2022. <https://www.icc-cpi.int/ukraine>
- Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe*. Washington: Publications of the Carnegie Endowment for Internacional Peace.
- Office of the High Commissioner for Human Rights (2022). Ukraine: civilian casualty update 30 March 2022, 30 de marzo de 2022. <https://www.ohchr.org/en/news/2022/03/ukraine-civilian-casualty-update-30-march-2022#:~:text=a%20total%20of%201%2C189%20killed,whose%20sex%20is%20yet%20unknown>)
- President of the State of Palestine (2014). *Declaration Accepting the jurisdiction of the International Criminal Law*. Obtenido de <https://www.legal-tools.org/doc/60aff8/pdf>
- Revisión, C. d. (2010). *Resolución RC/Res.6 El crimen de agresión*. Kampala.
- Silva, R. E. (2013). *Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Themis.
- Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr (Pre-Trial Chamber II, International Criminal Court 31 de March de 2010). Obtenido de <https://www.legal-tools.org/doc/f0caaf/pdf>
- The Office of the Prosecutor (2013). *Policy Paper on Preliminary Examinations*. <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%20%202013.pdf>
- The Office of the Prosecutor (2020). *Report on Preliminary Examination Activities 2020*.
- The Office of the Prosecutor (2022). *International Criminal Court*. Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, 28 de February de 2022. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220228->

- Triviño, J. L. (2012). La noción de intención en la definición. *Revista Española de Derecho Internacional*, 163-177.
- Triviño, J. L. (2014). Genocidio. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 232-239.
<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2183/1119>
- Representante Permanente de Ucrania ante las Naciones Unidas, Y. S. (2014). Carta de fecha 28 de febrero de 2014 dirigida a la Presidenta del Consejo de Seguridad por el Estado de Ucrania. Resolución S/2014/136 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/249/25/PDF/N1424925.pdf?OpenElement>
- Ukraine (2014). Ukraine declaration accepting the jurisdiction of the ICC under 12(3) article, 17 de abril de 2014.
- Ukraine (2015). Ukraine declaration accepting the jurisdiction of the ICC under 12(3) article, 8 de September de 2015.
https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf
- Verduzco, A. G. (2002). El crimen de genocidio en derecho internacional (U. N. México, Ed.) *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 917-946.
- Vernon, R. (2002). What is Crime against Humanity? *The Journal of Political Philosophy*.

Capítulo VII

Las medidas urgentes como mecanismo de protección de los derechos humanos: Un análisis comparativo entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Sumario: *I. Introducción. II. Generalidades. III. La medida cautelar y la medida provisional. Un análisis jurídico. IV. Cuestiones sustantivas de la medida cautelar y la medida provisional. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Juliana Carolina Rodríguez Patarroyo⁷¹

I. Introducción

Las medidas cautelares o provisionales son un mecanismo que busca protección inmediata de los derechos humanos en grave riesgo de vulneración. Si bien esta figura surge en el derecho interno, el derecho internacional de los derechos humanos la adopta para dar una mayor eficacia al objeto y fin de la justiciabilidad de los derechos humanos. Sin embargo, desde la perspectiva internacional de los derechos humanos, los requisitos para la aplicabilidad de esta figura no son iguales en todas las jurisdicciones. Por ello, esta investigación analizará los elementos formales y sustantivos de esta figura según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

A nivel jurídico, las medidas urgentes, más conocidas como cautelares o provisionales,⁷² son un mecanismo de protección inmediata

⁷¹ Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada UMNG (Colombia); maestra en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá (España); maestra en *Protections des Droits et des Libertés Fondamentales* de l'Université Franche-Comté (Francia); candidata a doctora en el programa de América Latina en el Contexto Internacional IELAT-UAH (España) juliana.rodriguez@edu.uah.es

⁷² Las expresiones “medida cautelar” y “medida provisional” varían, según la instancia jurídica a la que se acuda. Doctrinariamente, se ha dicho que las funciones y el propósito que cumplen son iguales, por ende, hay quienes las emplean indistintamente, denominándolas en español como: medidas urgentes, medidas necesarias, medidas preventivas, medidas conservatorias o, simplemente medidas cautelares; en inglés, son conocidas como *interim protection*, *interim relief*, *interim measures*, *provisional measures*, *protective measures*, *precautionary measures*, *preliminary injunction*; en francés, como

para prevenir la afectación de los derechos reconocidos por un ordenamiento jurídico. Históricamente, este mecanismo se desarrolla en el derecho interno de los Estados, específicamente, en la doctrina procesalista italiana en la mitad del siglo XX. A pesar de esta construcción doctrinal, procesalmente esta figura no logró liberarse de un cierto formalismo jurídico para su activación y dejó a veces la impresión de que el proceso efectuado de esta figura se viera en ocasiones como un fin en sí mismo y no como un medio para el alcance de la justicia (Rey Cantor y Rey Anaya, 2008, pág. 357).

En el plano del derecho internacional, esta figura se reconoce por primera vez en la Corte Centroamericana de 1907, con la finalidad de no agravar la situación jurídica de las partes y así mantener un *status quo*. Posteriormente, es en la Corte Internacional de Justicia mediante el estatuto donde se regulará detalladamente esta figura, convirtiéndose en un referente para otras instancias internacionales.

Para el derecho internacional de los derechos humanos, esta medida de protección es una figura pertinente en la protección de aquellos derechos que están en riesgo. Por ello resulta interesante investigar desde la práctica la manera en que es abordada ante la CIDH y ante la CADHP. La comparación se hará desde el punto de vista tanto de los requisitos formales como de los requerimientos sustanciales, según cada jurisdicción establezca, a fin de identificar la armonía o discrepancia existente de esta figura ante dichas instancias.

II. Generalidades

Históricamente, debido a las guerras surge el principio de cooperación entre los Estados y con ello la fundación de las organizaciones internacionales (OI). Los Estados tomarán una posición activa en estos escenarios, convirtiéndose en sujetos del derecho internacional (Jiménez-Piernas, 2011, págs. 205-212). Desde una perspectiva internacional, las OI se dividen según las características, objeto y fin de su creación. Son sujetos complejos del derecho internacional, pues su existencia se debe a factores históricos, políticos, jurídico necesarios para

mesures provisoires, mesure conservatoire, entre otras. Para esta investigación, se referirá a cada medida, según la denominación de cada instancia internacional. Para mayor ampliación, ver S. González. (2004). *Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, pág. 12.

el constructo del marco de la organización (Pastor Ridruejo, 2011, pág. 661). Desde el plano del derecho internacional de los derechos humanos, una de las clasificaciones más destacables son las organizaciones de tipo regional, entre las que se encuentran la Unión Europea (UE), Unión Africana (UA) y la Organización de los Estados Americanos (OEA).⁷³

En el contexto de América Latina, la OEA surge el 30 de abril de 1948. Años más tarde, como consecuencia de las graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos en contextos de dictaduras en países como Argentina (1976-1983), Perú (1968-1980), Chile (1973-1990), Colombia (1953-1957) y Paraguay (1954-1989) (Abramovich, 2009, pág. 9) la OEA siente la necesidad de crear el Sistema Interamericano de Protección Internacional de Derechos Humanos, compuesto de dos órganos: la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La CIDH, órgano cuasi jurisdiccional, tiene como objeto la defensa de los derechos humanos, cuyas funciones se contemplan en el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969):

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

⁷³ Para este trabajo no se hará énfasis en la UE, pues el tema de investigación no lo abarca.

La UA, como organización regional, fue constituida en 2000 y sustituyó a la Organización para la Unión Africana (OUA), creada en 1963.⁷⁴ La UA estableció en su acta constitutiva 16 principios que resaltan la importancia de garantizar la soberanía, la autodeterminación de los pueblos, la no injerencia entre Estados, la importancia de los derechos humanos en el organismo, la lucha contra toda clase de colonización, entre otras.⁷⁵

Bajo la perspectiva de los derechos humanos, la UA crea el Sistema Africano de Protección Regional de Derechos Humanos. En él, existen dos órganos de protección relevantes: la CADHP, creada por la OUA en 1987, y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, instaurada por el protocolo adicional a la carta africana de 1998, constituida en 2004.

Cabe resaltar que la Carta Africana, también conocida como Carta de Banjul, es el tratado de protección de derechos humanos más incluyente en la materia, pues abarca no solo los derechos de primera y segunda generación, sino que también incluye los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, reconoce a las tradiciones y costumbres de los pueblos africanos como ejes de trascendencia para el desarrollo de

⁷⁴ La OUA fue reemplazada por la UA a partir del 9 de julio de 2002.

⁷⁵ Acta Constitutiva de la Unión Africana art. 4 Principios: la Unión africana funcionan conforme a los siguientes principios: Igualdad soberana e interdependencia de todos los Estados miembros de la Unión; Respeto de fronteras existente en el momento de la adhesión a la independencia; Participación de los pueblos africanos en las actividades de la unión; Creación de una política de defensa común para el continente africano; Reglamentación pacífica de conflictos entre estados miembros de la Unión para los medios apropiados que pueden estar decididos por la conferencia de la unión; Prohibición de recurrir o de amenazar con el uso de la fuerza entre los Estados miembros de la Unión; No injerencia de un Estado miembro en los asuntos internos de otro Estado miembro. La Unión tiene derecho a intervenir en un Estado miembro decidido por la conferencia, en aquellas circunstancias graves a saber: crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad; Coexistencia pacífica entre los Estados miembros de la Unión y el derecho a la paz y seguridad; Derecho de los Estados miembros de solicitar la intervención de la unión para restaurar la paz y la seguridad; Promoción de la auto dependencia colectiva, en el marco de la Unión; Promoción para la igualdad entre hombre y mujeres; Respeto a los principios democráticos, los derechos humanos, el Estado de derecho y a la buena gobernanza; Promoción a la justicia social para asegurar el desarrollo y equilibrio económico; El respeto por la santidad de la vida humana, la condena y el rechazo de la impunidad y los asesinatos políticos, los actos del terrorismo y las actividades subversivas; La condena y el rechazo de los cambios inconstitucionales de gobierno.

los principios fundamentales y exige la misma protección e importancia que el resto de los derechos (Saavendra Álvarez, 2009, pág. 673).

Según el artículo 45 de la carta de Banjul (1987) a la CADHP, se le atribuyen cuatro funciones pertinentes para el desarrollo íntegro de los derechos humanos:

1. Promover los derechos humanos y de los pueblos, y en especial:
 - a) Recopilar documentos, emprender estudios e investigar los problemas africanos en materia de derechos humanos y de los pueblos, organizar seminarios, simposios y conferencias, difundir información, alentar a las instituciones nacionales y locales interesadas en los derechos humanos y de los pueblos, y, en su caso, dar sus opiniones o hacer recomendaciones a los gobiernos;
 - b) Formular y establecer principios y normas destinadas a resolver problemas legales relativos a los derechos humanos y de los pueblos y a las libertades fundamentales en los que los gobiernos africanos puedan basar sus legislaciones.
2. Garantizar la protección de los derechos humanos y de los pueblos en las condiciones establecidas por la presente Carta.
3. Interpretar todas las disposiciones de la presente Carta a petición de un Estado firmante, de una institución de la OUA o de una organización africana reconocida por la OUA.
4. Llevar a cabo cualquier otra tarea que la Asamblea de jefes de Estado y de gobierno le encomiende.

Aunque ambos subsistemas de protección comparten algunas realidades, como la lucha por la igualdad de género, los derechos del menor, la situación de los defensores y defensoras de derechos humanos, la libertad de expresión, la inclusión de las personas con discapacidad, la protección de los grupos LGBTTTIQ+, la pena de muerte, entre otros temas, cada uno presenta sus propios desafíos y prioridades.

En la CADHP, si bien tiene varios objetivos por cumplir, existen algunas prioridades que son serios problemas para la región, como la lucha por mejorar las condiciones de las personas con VIH; velar por el desarrollo de los derechos económicos sociales y culturales, proteger el medio ambiente, luchar contra el terrorismo y velar por la protección a los refugiados (CADHP, 2014).

A diferencia de ello, el sistema interamericano, mediante la CIDH, visibiliza problemas relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, las garantías para la independencia de los operadores judiciales, la justicia juvenil, el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual y los sistemas carcelarios.

Al considerar tanto los contextos históricos como los problemas actuales, cada comisión ofrece la medida cautelar (CIDH) y la medida provisional (CADHP) como mecanismo de protección inmediata de aquellos derechos y bienes jurídicos susceptibles de daño irreparable en beneficio de las personas. Figura que se aplicará acorde con los alcances jurídicos, necesidades sociales y la voluntad estatal de cada subsistema regional.

III. La medida cautelar y la medida provisional. Un análisis jurídico

A continuación, se abordarán las exigencias jurídicas requeridas para la activación de la medida cautelar y la medida provisional ante las comisiones regionales de protección a los derechos humanos. El análisis convencional, reglamentario y práctico, será la fuente principal para estudiar tanto los aspectos formales como sustanciales de estas dos figuras. Ello permitirá identificar las similitudes y diferencias jurídicas que exigen las comisiones para cada una de estas figuras.

Estudio normativo de las medidas

Ni la carta de Banjul ni la convención americana facultan a sus respectivas comisiones para la adopción de medidas cautelares. No obstante, cada órgano ha regulado dentro de su reglamento interno esta figura jurídica, según sus competencias y realidades jurídico-políticas.

Desde la óptica del sistema interamericano, la CIDH reconoce que las medidas cautelares son un procedimiento de acción urgente útil para proteger prontamente aquellos derechos fundamentales susceptibles de daño irreparable. Asimismo, la CIDH ha expresado que las medidas cautelares poseen dos funciones primordiales: una cautelar, que busca “preservar una situación jurídica frente al ejercicio de jurisdicción por parte de la Comisión”, y otra tutelar, es decir, que procura “preservar el ejercicio de los derechos humanos fundamentales consagrados en las normas del sistema interamericano, evitando daños irreparables a las personas” (CIDH, 2013).

De acuerdo con la última reforma de marzo de 2013 al reglamento interno de la CIDH, se estableció un conjunto de artículos que justifican la actuación de la CIDH para la activación de esta figura. Asimismo, la reforma al reglamento no solo justificó jurídicamente la medida cautelar,

sino que también estableció un conjunto de criterios formales y sustanciales que sirven para su implementación.

Por su parte, la CADHP (2010) contempla las medidas provisionales en el artículo 98 de su reglamento interno. En este subsistema de protección regional, se puede extraer, de la interpretación del artículo 45.2 de la carta de Banjul, la competencia que tiene la CADHP para activar la medida provisional y así “garantizar la protección de los derechos humanos y de los pueblos en las condiciones establecidas por la presente Carta” (Forest Peoples Programme, 2013).

Ni la normativa ni los precedentes de la CADHP desarrollan las funciones tutelares y cautelar de la medida; limitándose exclusivamente a determinar que este mecanismo de protección tiene como finalidad evitar un perjuicio irreparable de las presuntas víctimas que alegan la violación (CADHP, 2010).

Por lo anterior se deduce que, dentro de los subsistemas regionales de derechos humanos, sí que existe un mecanismo pertinente para la protección inmediata de aquellos derechos y bienes jurídicos susceptibles de un alto riesgo de vulneración, mecanismo que, si bien posee pautas comunes, como la aplicación excepcional de este procedimiento y la activación de este a petición de parte o de oficio, también tienen diferencias, según las características propias de cada subsistema regional.

Exigencias formales para la adopción de la medida provisional y la medida cautelar

Tanto la medida cautelar como la medida provisional, al ser figuras jurídicas de protección especial, requieren el cumplimiento de unos requisitos formales y sustanciales para su activación. A continuación, se analizarán los aspectos que reglamentariamente exige la CIDH y la CADHP sobre estas figuras.

Normativamente, la estructura formal y sustancial que debe tener la medida cautelar y la medida provisional se encuentra regulada según los reglamentos de cada una de las comisiones de estudio. Por ejemplo, en la CIDH, es importante identificar el grado de independencia de dichas figuras, conforme a cada subsistema regional. En el artículo 25.1 del reglamento interno de la CIDH (2013), se aclara que no toda solicitud de medida cautelar debe tener conexidad con una petición o caso, es

decir, en este sistema, la medida cautelar es una figura independiente, pues no requiere de la existencia previa de un pleito contencioso.

Distinto ocurre con la medida provisional ante la CADHP (2010), donde el artículo 98.1 del reglamento interno expresa que una solicitud de medida provisional ha de presentarse en cualquier etapa procesal de la comunicación, siempre y cuando no se haya tomado la decisión final sobre el fondo del asunto de esta.

Es decir, ante la CADHP y la Corte Internacional de Justicia es obligatorio la existencia de un litigio principal para la presentación de una solicitud de medida provisional, circunstancia que no siempre sucede ante la CIDH, pues la medida cautelar va más allá de ser un procedimiento accesorio a un pleito principal.

Además, para la presentación de una medida cautelar ante la CIDH, no es obligatorio el previo agotamiento de los recursos internos. De ahí que el principio de subsidiariedad del derecho internacional no se aplica rígidamente debido a la necesidad de urgencia e inmediatez de la situación, ello genera la toma de medidas en beneficio de los derechos del solicitante (González Napolitano 2004, pág. 9). Esto rompe con el esquema tradicional de la subsidiariedad del derecho internacional.

Por otra parte, en materia procedimental, ante la CIDH, la solicitud de medida cautelar no requiere de unos medios probatorios contundentes, basta con un mínimo de detalle e información que permitan apreciar *prima facie* una situación de gravedad y urgencia (Corte IDH, 2006, 2007). No obstante, es necesario que los hechos tengan un nexo causal con el riesgo a la violación del derecho, de lo contrario la solicitud de medida cautelar será denegada.

Por su parte, desde la perspectiva de la CADHP (2010), el artículo 98 del reglamento interno no regula parámetros para tener en cuenta al momento de presentar una solicitud de medidas provisionales. No obstante, cabe recordar que, para el sistema africano, la medida es un proceso accesorio al pleito principal, por consiguiente, el peticionario debe consignar en la comunicación la siguiente información exigida por el reglamento de la CADHP.

Con base en lo anterior, normativamente, para el sistema africano, no existen requisitos para la presentación de una solicitud de medida provisional. En la práctica, hay solo dos aspectos formales relevantes para el estudio de la medida provisional. Por un lado, la verificación del agotamiento previo de los recursos internos ofrecidos por el Estado

demandado y, por otro, las pruebas mínimas que demuestren la existencia de daño irreparable, con relación a los bienes jurídicos y derechos susceptibles de protección inmediata.

Respecto al requisito de agotamiento de recursos internos, la CADHP tiene en cuenta la importancia de respetar el principio de soberanía de los Estados; así garantiza subsidiariedad del derecho internacional.

Un ejemplo de lo anterior es el caso *Amnistía Internacional vs. Zambia*, donde John Lyson Chinula y William Steven Banda recibieron, el 10 noviembre de 1991, una orden de expulsión bajo el entendido de que su presencia comprometía la paz y el orden público de Zambia. En la comunicación, los denunciantes expresaron el intento de agotar recursos internos (CADHP, Caso *Amnistía Internacional vs. Zambia*, 1999). Sin embargo, ello les fue imposible, por eso fueron expulsados del país.

A causa del impedimento de agotar los recursos internos, se activa una de las excepciones convencionales de no cumplir con este requisito de admisibilidad. Como consecuencia de ello, la CAPDH solicita a Zambia tomar medidas provisionales, que consistieron en permitirle a William Steven el retorno a Zambia y el regreso del cuerpo de John Lyson Chinula, fallecido en Malawi (CADHP, Caso *Amnistía Internacional V. Zambia*, 1999).

Con lo anterior se puede concluir que, para la CAPDH, es requisito indispensable el agotamiento previo de recursos internos tanto para la admisibilidad de la comunicación como para el estudio de la adopción de medidas provisionales y que solo en casos muy puntuales y excepcionales esta regla se incumple.

Además, se observa que, para este subsistema de protección, existe una íntima y estrecha relación entre la demanda principal y la solicitud de medidas provisionales. Ello significa que, frente a una situación de urgencia e inmediatez, la CADHP decide si aceptar o no una medida provisional, siempre que se hayan agotado los recursos internos. Distinto pasa ante la CIDH, pues este formalismo de agotar recursos internos no es un requisito obligatorio para solicitar la medida cautelar ante el SIDH.

El segundo aspecto formal relevante para la CADHP son las condiciones mínimas que debe tener la disposición provisional para demostrar el requisito de necesidad de la medida. De no demostrarse ello, la CADPH rechaza la adopción de tales medidas. Un ejemplo de ello

es el caso *Tsatsi Tsikata vs. Ghana*, donde el querellante manifestó haber sido juzgado y privado de su libertad por “pérdidas financieras deliberadas causadas al Estado”, acusación que, según los hechos, no se encontraba tipificado como delito (CADHP, Caso *Tsikata vs. Ghana*, 2006). Es decir, que la privación no se encontraba previamente regulada y, por lo tanto, la detención se tornaba injusta. Para tal caso, la CADPH rechazó la adopción de medidas provisionales debido a que el denunciante no logró demostrar la gravedad de la situación.

De lo anterior se deduce que la figura de medida urgente, llámese medida cautelar o medida provisional, no se aplica de la misma manera ante los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, pues las dos instancias regionales de estudio poseen requisitos formales distintos.

Las medidas cautelares como las medidas provisionales no prejuzgan el fondo del asunto

Una característica común entre la medida cautelar y la medida provisional ofrecida por el sistema interamericano y sistema africano es el hecho de esta figura no prejuzga el fondo del asunto de la demanda principal. De ahí que las comisiones regionales de protección de los derechos humanos han procurado diferenciar entre una decisión de fondo y una decisión temporal. En la práctica, la CIDH procura recalcar esta característica de la medida cautelar (CIDH, Asunto líderes y lideresas campesinas del Bajo Aguán respecto de la república de Honduras, 2014).

El reglamento de la CIDH expresa en el artículo 25.8 que “el otorgamiento de estas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre violación alguna a los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros instrumentos aplicables” (CIDH, Asunto *Personas Privadas de Libertad en el “Presidio Central de Porto Alegre” vs. Brasil*, 2013).

Asimismo, la CADHP estipula, en el artículo 98.5 de su reglamento interno, que “la indicación de tales medidas provisionales y la adopción por parte de los Estados no implica ninguna decisión sobre el fondo de la comunicación” (CADHP, 2010).

Lo anterior significa que las instancias regionales de protección de derechos humanos estudiadas en esta investigación sí reconocen el efecto temporal de la medida provisional o medida cautelar, aislándola

de cualquier prejuicio sobre la decisión de fondo del asunto de caso principal, es decir, de la demanda. Ello permite evitar un prejuzgamiento de la situación jurídica en pleito y a su vez proteger el derecho humano en riesgo.

IV. Cuestiones sustantivas de la medida cautelar y la medida provisional

El desarrollo sustantivo de los elementos que componen a la medida cautelar de la CIDH y la medida provisional de la CADHP se observan en reglamentos internos y los precedentes de cada uno de estos órganos internacionales de protección.

La CIDH ha adoptado los tres criterios aplicados por la Corte IDH, al momento de decretar una medida provisional, que están regulados en el reglamento de este tribunal, estos son: la gravedad, la urgencia y la existencia de daño irreparable (CIDH, Asunto Lázaro Ernesto Rivas Pérez Vs Nicaragua 2022).

Distinto sucede ante la CADHP, pues, si bien este órgano tiene en cuenta dos de los tres requisitos establecidos por CIDH, que son la urgencia y la existencia de un daño irreparable, la CADHP no ha desarrollado ni en sus precedentes ni en su reglamento interno el contenido sustantivo de dichos requisitos.

Puede concluirse que ambos órganos han garantizado un margen de apreciación conceptual, con relación a los requisitos sustantivos de la medida cautelar o medida provisional (CIDH, 2011). Ello para acoplar la medida conforme cada circunstancia específica sin que se genera una falta a la seguridad jurídica. A continuación, se analizará el marco jurídico de cada requisito sustancial según la instancia.

Concepto de gravedad

Si bien la CADHP no tiene en cuenta este requisito sustantivo al momento de adoptar una medida provisional, sí que es pertinente analizarlo. Para ello, se contrastará este requisito de gravedad ante la CIDH.

Normativamente, la CIDH (2013) entiende por gravedad el “serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano” (art. 25.2.a.).

Además, incluye este requisito sustantivo de gravedad para destacar y darle relevancia a aquellos casos que merecen atención especial. Por esta razón, según la CIDH (2011), la manera de demostrar la gravedad de la situación, donde se requiere de una medida cautelar es así:

1. El tenor de las amenazas recibidas (mensajes orales, escritos, simbólicos etc.);
2. Los antecedentes de actos de agresión contra personas similarmente situadas;
3. Los actos de agresión directa que se hubieren perpetrado contra el posible beneficiario;
4. El incremento en las amenazas que demuestra la necesidad de actuar en forma preventiva y
5. Elementos tales como la apología e incitación a la violencia contra una persona o grupo de personas (párr. 424).

Asimismo, la CIDH (2011) tiene en cuenta la circunstancia contextual que rodea la situación particular como lo es:

- a) La existencia de un conflicto armado;
- b) La vigencia de un estado de emergencia;
- c) Los grados de eficacia e impunidad en el funcionamiento del sistema judicial;
- d) Los indicios de discriminación contra grupos vulnerables; y
- e) Los controles ejercidos por el Poder Ejecutivo sobre los demás poderes del Estado, entre otros (párr 427).

Si se contrasta la regulación anterior de cara a la CAPDH, se observa que esta última no ha desarrollado detalladamente los aspectos que regulan el factor “gravedad” en una situación que merita protección inmediata.

Concepto de urgencia

Según el reglamento de la CIDH (2013), la urgencia se “determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar” (art. 25. 2. b.), por consiguiente, la CIDH (2011) tiene en cuenta:

1. La existencia de ciclos de amenazas y agresiones que demuestran la necesidad de actuar en forma inmediata;
2. La continuidad y proximidad temporal de las amenazas, entre otros.
3. La descripción de los hechos que fundamentan la solicitud: amenazas telefónicas, escritos, hechos de violencia, señalamientos, ultimátum;

4. La identificación del origen de las amenazas (particulares, particulares con vínculos con el Estado, agentes del Estado, otros);
5. Las denuncias formuladas ante las autoridades; las medidas de protección de las cuales ya sean beneficiarios e información sobre su efectividad;
6. La descripción del contexto necesario para valorar la gravedad de las amenazas;
7. La cronología y proximidad en el tiempo de las amenazas proferidas; y
8. La identificación de personas afectadas y su grado de riesgo, o bien, la determinación del grupo al que pertenecen (párrs. 425 y 426).

Por otra parte, la CAPDH no enuncia ni en su reglamento interno ni en sus decisiones el elemento de la urgencia como requisito obligatorio para la presentación de la medida provisional.

Concepto daño Irreparable

Según el reglamento de la CIDH (2013), se entiende por daño irreparable como la “afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización” (art. 25.2.c.). Para el cumplimiento de este requisito sustancial, es necesario que los hechos contemplados en la solicitud tengan un soporte apropiado que demuestre la probabilidad de materializar una afectación de relevancia para el sistema. Por consiguiente, es importante que la solicitud de medida cautelar no puede recaer sobre derechos o interés jurídicos susceptibles de reparación (Corte IDH, Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental [Cárcel de Uribana], e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II vs Venezuela 2008).

Desde el plano del sistema africano, el daño irreparable es el único requisito sustantivo que está taxativamente establecido en el reglamento interno de la CADHP (2010), en el que expresa que las “[...] medidas provisionales por adoptar son para evitar un perjuicio irreparable a las víctimas que alegan una violación de derechos humanos” (art. 98.1.). En la práctica, las decisiones relacionadas con las medidas provisionales consignan la expresión “daño irreparable” para justificar la adopción de la medida. Aunque hasta el momento se espera que la CADHP desarrolle más este concepto.

Por último, más allá de las pautas sustanciales que cada órgano regional desarrolla de acuerdo con sus intereses de tipo jurídico y político, se destaca la búsqueda de la efectividad de las medidas.

V. Conclusiones

Desde el derecho internacional de los derechos humanos, tanto las medidas cautelares como las medidas provisionales son un mecanismo cuya finalidad es resguardar los derechos humanos en circunstancias excepcionales que, de no protegerse, ocasionan una violación de los derechos.

La CADHP establece que la medida provisional ha de presentarse en cualquier etapa procesal de la comunicación, siempre y cuando no se haya tomado la decisión final sobre el fondo del asunto principal, es decir, que, ante esta instancia, es obligatoria la existencia de un litigio principal para la presentación de la solicitud de medida provisional. Circunstancia que no siempre sucede ante la CIDH, pues la medida cautelar va más allá de ser un procedimiento accesorio a un pleito principal.

La CIDH ha sido la única instancia internacional que ha definido mediante su reglamento interno los tres criterios sustantivos para la adopción de una medida cautelar. Definiciones que desde la práctica pueden brindar una seguridad jurídica para las partes y, por ende, una mejora a la efectividad a la protección de los derechos humanos en riesgo de vulneración.

Contrario sucede ante la CADHP, pues no se ha desarrollado en un precedente robusto que genere los criterios sustantivos necesarios para la adopción de una medida provisional, vacíos jurídicos que aún el sistema africano debe enfrentar en beneficio de los derechos humanos de la región.

Frente al grado de obligatoriedad de las medidas cautelares y provisionales, en la práctica, se observa que aún la decisión de cumplirlas depende de la voluntad de cada Estado.

Se observa que la medida provisional ante el sistema africano aún es una figura por fortalecer, pues la CADHP ejerce un rol más político y menos jurisdiccional. Cabe recordar que uno de los pilares de la creación del Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos es la importancia de garantizar el principio de la autodeterminación de los

pueblos en su lucha por la descolonización. Ello explicaría la fragilidad del sistema, dado que es probable que prevalezca el principio de soberanía y el principio de no intervención sobre una protección internacional de los derechos humanos.

VI. Referencias bibliográficas

Instrumentos y Reglamentos Internacionales

Convención sobre los Derechos del Niño que reconoce los derechos de los niños como de cualquier persona.

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) (1987), entra en vigor desde 1998.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), entra en vigor desde el 18 de julio de 1978.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), con modificaciones las cuales entran en vigor el 1º de agosto de 2013.

Reglamento Interno de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 12 a 26 mayo de 2010, entra en vigor desde el 18 de agosto de 2010.

Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos

Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II Vs. Venezuela. Resolución medida provisional (8 de febrero de 2008).

Resoluciones. Medidas Provisionales Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Caso Amnistía Internacional V. Zambia. Serie 212/98, (fecha 5 de mayo de 1999).

CADHP. Caso Tsikata V. Ghana. Serie 322/06. (15 al 29 de noviembre de 2006).

Resoluciones. Medidas Cautelares Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Lázaro Ernesto Rivas Pérez Vs Nicaragua. Resolución 17/2022 (21 de marzo de 2022).

Líderes y lideresas campesinas del Bajo Aguán respecto de la república de Honduras. Resolución 11/2014 (8 de mayo de 2014).
Personas Privadas de Libertad en el “Presidio Central de Porto Alegre” vs. Brasil. Resolución 8/13 (30 de diciembre de 2013).
X vs. Honduras. Resolución 276/11. (15 de septiembre de 2011).

Informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Segundo Informe sobre la Situación de la Defensoras y Defensores de Derechos Humanos de las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66 (31 diciembre 2011).

Doctrina

Libros

C. Jiménez-Piernas, C. (2011). *Introducción al derecho internacional público. Practica de España y de la Unión Europea*. Edición Tecnos.
Pastor J. (2011). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid 2011. Edición Tecnos
Rey E y Rey A. (2008). *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Edición Temis

Artículos

Toledo, E. (1995). Fundamentos de los derechos humanos. En O. Valtierra (Ed.), *Historia de los derechos humanos*. Ediciones Petricor, 101-135.
Abramovich, V. (2009). *De las violaciones masivas y los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos*. Revista Internacional de Derechos Humanos SUR, 7-39.
Saavedra, Y. (2008). El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 8.

Capítulo VIII

El diálogo entre tribunales, la nueva vía para la justicia multinivel en derechos humanos

Sumario: *I. Introducción. II. La protección multinivel de los derechos humanos. III. La delimitación del concepto de diálogo entre tribunales. IV. La cita jurisprudencial. V. La comparación jurisdiccional. VI. Las opiniones consultivas como el verdadero diálogo entre tribunal. VII. Conclusiones. VIII. Referencias bibliográficas.*

Luis Antonio Corona Macias⁷⁶

I. Introducción

La consolidación de los sistemas regionales de derechos humanos, como una parte esencial en la protección efectiva de la dignidad humana, ha permitido que las vías de interacción entre las jurisdicciones nacionales y supranacionales se intensifiquen diariamente. El reconocimiento constitucional en diversas leyes supremas a favor de los tratados internacionales en derechos humanos ha permitido que las garantías de protección de estos derechos se expandan hasta lograr una defensa multinivel que permite que todas las personas puedan gozar de diversos niveles de tutela jurisdiccional.

El surgimiento y posterior afianzamiento de la protección multinivel de los derechos humanos, ha provocado que dentro del lenguaje jurídico surja el término “diálogo entre tribunales” como una manera de explicar las diversas formas en las que se han relacionado las jurisdicciones nacionales y las supranacionales. Vocablo que no ha sido aceptado en su totalidad, pues es aún un concepto más o menos abstracto que se ha implementado para abarcar todas las interacciones entre cortes nacionales e internacionales.

El diálogo entre tribunales ha permitido entender que existe una interacción entre la jurisdicción nacional y la supranacional; sin embargo, no toda forma de interrelación es diálogo. En la actualidad, solo existe una única forma de dialogar y es aquella que ha establecido el Protocolo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos mediante la

⁷⁶ Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara

nueva función consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ello, limitar el concepto de diálogo es una tarea fundamental para permitir que esta noción pueda ser realmente aplicada a una situación jurídica en concreto y no simplemente una forma coloquial de llamar a estas interacciones.

II. La protección multinivel de los derechos humanos

En el marco actual de protección de los derechos humanos, existe un complejo esquema de niveles jurisdiccionales que tienen como finalidad la defensa de los derechos de las personas.⁷⁷ A los derechos fundamentales, establecidos en las constituciones y garantizados por los tribunales nacionales, se les debe sumar los establecidos en instrumentos regionales, que cuentan con diferentes instituciones que buscan protegerlos. Además, en mucho menor medida, se agregan los instrumentos internacionales y sus propias instituciones de protección de derechos. Este esquema de protección múltiple da paso al concepto de protección multinivel.

Para René Urueña (2013), esta protección tiene dos vertientes: en primer lugar, hace referencia a una gobernanza multinivel, y, en segundo lugar, a la protección de los derechos humanos por parte de diferentes tribunales.

Asimismo, Montesinos Padilla (2017) señala que la protección multinivel versa sobre “los mecanismos e interacciones entre los sistemas jurídicos nacionales y el sistema interamericano de protección de derechos humanos” (pág. 213).

El uso de la expresión “protección multinivel de los derechos humanos” hace referencia a todas las garantías de protección jurisdiccional de estos derechos y las relaciones que guardan las instituciones nacionales o supranacionales encargadas de vigilar su protección. “Los derechos de la persona, en este sentido, además de encontrar tutela en cada uno de los órganos estatales creados al efecto, obtienen actualmente, en virtud de los tratados y convenciones

⁷⁷ Los términos derechos humanos y derechos fundamentales, en el argot jurídico mexicano, se utilizan como sinónimos; en el ámbito de la protección multinivel, es necesario comprender que la expresión de derechos fundamentales hace referencia a aquellos derechos establecidos en las constituciones nacionales y los derechos humanos a aquellos que surgen de los instrumentos supranacionales.

internacionales, una protección a nivel supranacional e internacional” (Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, 2017, págs. 3-4).

Por lo tanto, se puede entender que la protección multinivel es la cooperación de los sistemas nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Así, las garantías con las que cuentan las personas ya no solo son las establecidas en los ordenamientos jurídicos nacionales, las personas pueden acudir a instancias de carácter supranacional (tribunales o comisiones de derechos humanos) para lograr el respeto de los derechos tutelados en las normas, constituciones y tratados internacionales de la materia.

La razón central de la protección multinivel es permitir que las personas cuenten en primer término con todas las garantías legales y constitucionales de sus respectivos Estados y, además, puedan acceder a la protección supranacional; ello, en conjunto con el principio *pro homine* (pro persona), y en caso de una violación de los derechos fundamentales o humanos, el operador jurídico (juez nacional o supranacional) puede interpretar las normas nacionales e internacionales a razón de la protección más favorable para las personas (Caballero Pérez, 2021).

La jerarquía tradicional aplicada a los sistemas jurisdiccionales nacionales no funciona cuando se habla de las relaciones entre los sistemas nacionales o supranacionales. La creación de jurisprudencia o doctrina internacional no implica que esos lineamientos deban ser siempre seguidos por los tribunales nacionales, ya que estos, con base en el principio *pro homine*, pueden crear estándares aún más fuertes del cuidado de los derechos humanos, ello implica una relación heterarquica y no jerárquica.

Esta forma de concebir las relaciones entre los sistemas de protección de derechos humanos se basa directamente en el entendimiento de que los sistemas regionales de protección de derechos humanos son complementarios a los sistemas nacionales, es decir, los tribunales supranacionales no son superiores jerárquicos de los tribunales nacionales, sino que son tribunales auxiliares de las jurisdiccionales nacionales.⁷⁸

⁷⁸ Para Peixoto Batista la heterarquía es un concepto contrario a la definición tradicional de jerarquía porque la primera se refiere a una organización horizontal y bidireccional de los elementos de un sistema, no genera un poder de unos sobre otros, sino una influencia recíproca. (Peixoto Batista, 2016).

Conceptualizar la relación de los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales mediante la heterarquía permite que los problemas adjudicados al discurso ya atrasado de la violación de la soberanía nacional por parte de los Estados no puedan ser aplicados para validar actos que violenten los estándares mínimos supranacionales que existen en materia de derechos humanos (Carrillo Salcedo, 2001). El Estado sigue teniendo una soberanía interior en su toma de decisiones; sin embargo, el poder soberano tiene y debe seguir teniendo su límite en los derechos fundamentales y humanos de las personas.

Para Becerra Ramírez (2010) “los derechos tienen un carácter internacional, por su reconocimiento y afirmación de que constituyen una base sólida del bien común internacional fundándose en el imperio del derecho para proteger la dignidad de las personas” (pág. 56).

Retomando a Becerra Ramírez (2010), los límites de actuación de los Estados están establecidos, en primer término, por el ordenamiento constitucional y, en segundo lugar, por tratados internacionales en derechos humanos, que:

[...] en su conjunto se presentan como un sistema reforzado para la protección de los multitudinarios derechos, pues la actual regulación de las relaciones en dicha materia establece un importante conjunto de normas para todos los Estados y para todas las personas, que va en contra de una idea de separatismos nacionales y a favor de una unidad global en tal área (pág. 79).

Así, los ordenamientos jurídicos se convierten en una red que protege los derechos fundamentales y los derechos humanos mediante la actuación de los tribunales nacionales y supranacionales que se coordinan bajo un esquema de cooperación y no de jerarquización. Se podría representar poniendo en el centro los derechos humanos y fundamentales y en tres niveles diferentes los sistemas nacionales, regionales e internacional para su protección.

La protección de los derechos fundamentales ya no puede limitarse a la acción de los tribunales nacionales. En palabras de López Guerra (1993), esta protección debe “verse completada en el marco de las relaciones internacionales, ya que, en ese nivel, los derechos humanos, como standard básico garantizado, dependerán no sólo del sistema político interno, sino también de los instrumentos de cooperación internacional” (pág. 62).

Si bien se acepta la conceptualización de la teoría europea respecto a denominar derechos fundamentales a ese catálogo establecido en la

constitución y derechos humanos a los que nacen en el espacio regional e internacional, no se puede dejar de afirmar que, sin importar el documento jurídico que los haya consagrado, tanto los derechos fundamentales como los derechos humanos nacen en el núcleo de la dignidad de las personas. Para García Toma (2018), la existencia de los derechos humanos no depende en forma alguna del otorgamiento político-jurídico que se realiza en el plano nacional o internacional. Estos derechos surgen de la dignidad de la persona y, al ser este parte de la propia naturaleza de las personas, su respeto es exigible ante la comunidad nacional y supranacional (pág. 16).

La dignidad de la persona, como parte esencial de los derechos humanos y fundamentales, es el centro que todos los operadores jurídicos deben proteger en los sistemas constitucionales que permiten la recepción e interpretación de los tratados, jurisprudencia y doctrina internacional. Ya no se trata de seleccionar una única fuente normativa, sino de armonizar la protección que brindan los ordenamientos nacionales y supranacionales para que las personas gocen de una protección igual sin importar el nivel del tribunal donde se realice el procedimiento jurídico. Lo que deben hacer los operadores jurídicos es aplicar el principio *pro homine* (pro persona) como método que resuelve las tensiones entre los ordenamientos jurídicos, ya que permite elegir la garantía más amplia a favor de las personas, sin importar si es nacional, regional o internacional.

La protección multinivel no pretende afirmar que los estándares internacionales son mejores que los nacionales y que por ello las autoridades estatales deban aplicarlos de forma directa y sin argumentos de por medio. Esta tutela pretende permitir que mediante un ejercicio propio de los tribunales nacionales estos puedan aplicar el mejor estándar de protección para salvaguardar los derechos humanos de todas las personas. Queralt Jiménez (2007) señala que “hoy la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos desempeña, además de una función de desarrollo del Convenio Europeo para La Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), una función armonizadora de los derechos fundamentales en el ámbito europeo” (pág. 437). La protección multinivel no implica de ninguna forma un ataque a las soberanías nacionales, sino que busca armonizar el trabajo de los tribunales en la protección de la dignidad de las personas.

La función armonizadora que desempeña el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el espacio americano no tiene como finalidad que se establezca un solo estándar de tutela de los derechos humanos; la protección multinivel también debe reconocer y aceptar que los estándares supranacionales siempre deberán ser esos mínimos que los Estados deben respetar. Es cierto que los compromisos nacionales obligan a tribunales nacionales a atender la doctrina y jurisprudencia regional; sin embargo, la naturaleza subsidiaria y complementaria de los sistemas supranacionales permite que los operadores jurídicos nacionales puedan cambiar los estándares de protección por unos más amplios.

La protección multinivel no solo se plantea como el mero conocimiento de que las personas cuentan con diferentes niveles de tutela a favor de sus derechos humanos y fundamentales, sino que implica una tarea mucho más amplia. Los tribunales nacionales son el primer nivel de protección, pero no están limitados a aplicar solo los lineamientos nacionales; los esquemas regionales de protección permiten que los jueces del primer nivel utilicen la doctrina y jurisprudencia supranacional dentro de sus competencias, ello implica que los derechos humanos y fundamentales de todas las personas son protegidos desde un punto de vista multinivel.

Para Nogueira Alcalá (2013), los tribunales nacionales adquieren la función conceder un efecto útil a las normas de carácter internacional, en especial en aquellos casos que involucran derechos que nacen de la dignidad humana, que deben ser aplicados por el Estado mediante la adopción de resoluciones jurisdiccionales que busquen ser conformes a las obligaciones generadas por la CADH (pág. 546).

Los sistemas de protección de derechos humanos y, en especial, sus órganos, tienen como finalidad armonizar la protección de los derechos humanos dentro de sus respectivos continentes mediante la cooperación y coordinación de los tribunales nacionales con los supranacionales para garantizar que los estándares regionales sean los mínimos aplicables en los territorios estatales.

Uno de los principales puntos a favor de la tarea multinivel que deben desarrollar los tribunales nacionales es que los sistemas supranacionales siempre deben mantenerse como sistemas complementarios de protección, el juez García Ramírez (2004), en el

voto concurrente de la sentencia Corte IDH *Tibi vs Ecuador* de 2004, señaló:

[...] Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos (pág. 2).

El propio García Ramírez (2004), en el citado voto, expresó que una de las finalidades a las que quieren llegar la Corte IDH y el propio sistema interamericano es la de que:

[...] los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno –que son el puente entre el sistema internacional y el nacional–, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. (pág. 2).

La protección multinivel de los derechos humanos, al garantizar que los tribunales nacionales sean los primeros en actuar, permitirá que la jurisdicción supranacional cumpla su rol de sistema complementario y subsidiario ante aquellos casos en los que no exista una protección armonizada entre lo nacional y lo supranacional o cuando la protección inicial sea insuficiente, con ello se evita la saturación de los tribunales supranacionales y se permite la convivencia armónica entre la esfera jurídica nacional y la supranacional.

III. La delimitación del concepto de diálogo entre tribunales

La expansión que han tenido los derechos humanos en los sistemas regionales ha permitido que el derecho nacional tenga que abrirse y relacionarse con las nuevas y plurales fuentes normativas. Ansuátegui Roig (2015) sostiene que “el Derecho constitucional supera, en su sentido, las fronteras de los Estados y, a partir de conexiones horizontales facilitadas por la estructura abierta de las normas de derechos fundamentales, es posible identificar un mínimo común denominador constitucional ultraestatal” (pág. 6).

La existencia de un ideal común, como son los derechos humanos y fundamentales, entre el derecho nacional y el supranacional y la formación de una pluralidad de ordenamientos y tribunales especializados en esta materia permite que exista una comunicación entre los sistemas estatales y los internacionales. En este sentido, y como bien lo señala Donaire Villa (2018), “el pluralismo de sistemas de justicia, con el consiguiente carácter transjurisdiccional de la comunicación, es, en definitiva, el elemento característico del diálogo” (pág. 96). El pluralismo jurídico y la tutela multinivel de los derechos humanos son dos de los principales factores que han influido en que el diálogo entre tribunales se convierta en un concepto tan de “moda” (pág. 91).

Partiendo de las palabras de Sagües (2003), quien señala que el mundo jurídico no está compuesto exclusivamente de normas, sino también de realidades y valores que los operadores jurídicos deben tomar en cuenta al momento de buscar una interpretación armónica por parte de los tribunales nacionales o supranacionales en los casos en que se deben aplicar los derechos humanos y, por ello, esta tarea sigue siendo “un hueso duro de roer”. La jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos funciona no solo como guía para los operadores nacionales; sirve igualmente como un estándar mínimo respecto del contenido que deben tener los derechos fundamentales en el ámbito nacional. Es un estándar que parte de la búsqueda de lograr una verdadera universalidad de los derechos humanos, pues estos modelos forman un “centro normativo compartido” (Ansuátegui Roig, 2015, pág. 7).

Al existir un estándar común de protección de los derechos humanos a nivel regional, los tribunales nacionales recurrido con mayor frecuencia al canon internacional de los derechos humanos, ello ha provocado que dentro del argot jurídico comience a surgir el término “diálogo jurisdiccional”, “diálogo judicial” o “diálogo entre tribunales”⁷⁹ como la forma de explicar estas nuevas relaciones entre lo nacional y lo internacional, que no respondían al clásico sistema de jerarquía existente en las fronteras nacionales.⁸⁰

⁷⁹ Dentro de este trabajo los términos de diálogo jurisdiccional, diálogo judicial o diálogo entre tribunales se utilizarán como sinónimos.

⁸⁰ Para Bustos Gisbert, el término de diálogo entre tribunales surge de la expresión de comunicación judicial acuñada por Slaughter en 1994 y actualmente es una de las

El diálogo, entendido en su concepción más básica, es la acción que se realiza entre dos personas o instituciones y que permite el intercambio recíproco de información, ideas, etcétera. Trasladar esta definición y, sobre todo, una acción tan común entre las personas al ámbito jurídico es algo más complicado. Xiol Riós (2013) coincide en que la definición de diálogo implica la “existencia de un intercambio de ideas entre los sujetos y de un intento de aproximación entre ellos” (pág. 14).

En la actualidad, los tribunales nacionales no solo deben analizar lo dicho por las partes que intervienen en los procedimientos o limitarse a aplicar simplemente la ley; las constituciones de países como México o España disponen que todas las autoridades jurisdiccionales deben proteger los derechos fundamentales a la luz del canon internacional de los derechos humanos, ello implica que deba existir una comunicación entre los tribunales nacionales y los supranacionales.

La relevancia que ha adquirido el término de diálogo judicial en la actualidad está estrictamente relacionada con las formas vigentes en las que se relacionan los sistemas nacionales y supranacionales. Para Martín y Pérez (2013) son dos las principales razones que han abierto el debate sobre el diálogo entre tribunales. La primera surge desde la “perspectiva nacional interna de los Estados” y consiste en la convergencia entre el ordenamiento nacional y el supranacional, conocido como la constitucionalización del canon internacional de los derechos humanos y que da lugar a establecer una vía de reconocimiento y aplicación de normas supranacionales en el ámbito nacional por parte de los tribunales nacionales; la segunda, desde una “perspectiva externa de los Estados”, donde los tribunales supranacionales en materia de derechos humanos han sido dotados de capacidad de emitir resoluciones, doctrina y jurisprudencia que se convierten en obligatorias para los tribunales nacionales (págs. 165-168).

En palabras de Tenorio Sánchez (2013), se podría decir entonces que “la causa del diálogo entre tribunales es la confluencia de tribunales con competencias de difícil deslinde”,⁸¹ que tienen la “responsabilidad de

nociones más utilizadas por los juristas, tribunales y organizaciones internacionales (Bustos Gisbert, 2019).

⁸¹ Cuando se habla de competencias de difícil deslinde se debe recurrir a lo que Bustos Gisbert llama competencias horizontales o transversales y que son aquellas que no pueden ser separadas o entendidas por una distribución clásica de materias jurídicas o una clasificación jerárquica de competencias y que en el caso estudiado se refiere a

decir la última palabra (cada uno dentro de su esfera competencial) en materia de derechos humanos o fundamentales” (págs. 165-168). Es decir, el establecimiento de los tribunales regionales especializados y el reconocimiento de su competencia por parte de los Estados y sus tribunales ha provocado la necesidad de establecer vías de comunicación o diálogo entre los sistemas nacionales jurisdiccionales y los sistemas supranacionales.

Para Gisbert Bustos (2013), el diálogo judicial “es la comunicación derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho” (pág. 176). Es decir, el diálogo mandata a los tribunales nacionales para que analicen y, en su caso, apliquen las determinaciones (sentencias y jurisprudencia) no nacionales al momento de resolver situaciones de derecho interno que impliquen derechos humanos.

Ahora bien, es la propia obligatoriedad que tienen los tribunales nacionales de interpretar los derechos fundamentales a la luz del canon internacional de los derechos humanos la que permite plantear las principales preguntas respecto del diálogo entre tribunales: ¿La referencia al derecho extranjero dentro de las sentencias de los tribunales nacionales es diálogo? ¿La aplicación directa de la jurisprudencia y los tratados internacionales en derechos humanos por parte de los jueces nacionales implica un verdadero diálogo con los jueces supranacionales?

La respuesta a esta pregunta podría ser en un principio un sencillo “sí”, pues utilizar la jurisprudencia o los tratados supranacionales dentro de la argumentación interna del operador jurídico implica ya un intercambio de ideas. Para Díaz Crego (2016) “[...]podríamos entender el diálogo judicial como el proceso por medio del cual los tribunales utilizarían jurisprudencia ajena, incorporándola a su propio razonamiento, en su tarea de resolver una determinada controversia” (pág. 290). La autora señala que este concepto podría interpretarse en un sentido amplio; sin embargo, esta definición no representa algo novedoso dentro del estudio del derecho. Esta acción simplemente se traduciría en jerarquizar de forma indirecta las relaciones entre los tribunales nacionales y los supranacionales, pues los primeros se

ordenamientos nacionales y supranacionales centrados en la protección de los derechos humanos y fundamentales. (Bustos Gisbert, 2013, pág. 182).

limitarían a utilizar como refuerzo de sus argumentos los lineamientos internacionales y por tanto no se podría hablar de un verdadero diálogo entre jurisdicciones.

Una concepción similar se encuentra en Bustos Gisbert (2019), quien señalar que el diálogo:

[es un] procedimiento de prevención y solución de conflictos que en última instancia son de naturaleza competencial (pues discuten a quién corresponde la última decisión en una materia o cuestión conflictiva) en virtud del cual las máximas instancias jurisdiccionales de cada uno de los ordenamientos jurídicos implicados tienen la obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal para aplicar el propio Derecho con vistas a generar decisiones no contradictorias (págs. 50-51).

En este sentido, una primera aproximación para definir el diálogo entre tribunales sería entenderlo como el proceso en el cual los tribunales, nacionales o internacionales, utilizan la jurisprudencia de otros órganos jurisdiccionales ajenos a sus fronteras para fortalecer sus argumentos dentro de una sentencia o para aplicar de forma directa los lineamientos establecidos en dicha jurisprudencia. Sin embargo, Saiz Arnaiz (2013) expone que no todas las formas en que se relacionan los tribunales pueden encajar en la idea de diálogo, pues “una remisión a una sentencia de otro tribunal o una referencia a cierta doctrina elaborada en una sede jurisdiccional no-nacional, no son, por sí mismas, expresión de diálogo alguno” (pág. 134).

García Roca (2013) señala que el término diálogo entre tribunales se ha utilizado como una especie de “cajón de sastre” para colocar dentro todas las relaciones e interacciones entre los tribunales nacionales y los supranacionales (pág. 224). La utilización de la frase “diálogo entre tribunales” como una forma de definir las relaciones actuales entre los tribunales nacionales y los regionales de derechos humanos es insuficiente; cada forma de interacción tiene características propias que hacen que sean incompatibles al momento de explicarlas desde una sola óptica.

Díaz Crego (2016) propone otra definición, de carácter estricto, del término diálogo jurisdiccional. El fenómeno no solo implica el intercambio consciente de ideas, sino también que debe existir un conflicto previo que los órganos jurisdiccionales dialogantes deben resolver de forma consensuada, en tanto que no existe hasta ese momento una regla clara para dar respuesta al conflicto planteado (pág.

294). Es decir, el diálogo jurisdiccional es el proceso mediante el cual los órganos jurisdiccionales realizan un intercambio de argumentos de forma consciente referentes a un conflicto (caso o juicio) que necesita de la interpretación jurisdiccional para su terminación, pues no existen lineamientos anteriores que permitan una resolución.

Ansuategui Roig (2015) expone que el diálogo judicial “no se trata de citar sentencias externas por el mero hecho de demostrar conocimiento de otras jurisprudencias” (pág. 13), sino que debe existir un lenguaje o sentimiento compartido entre los tribunales dialogantes y que no es otro que la protección de los derechos humanos y fundamentales.

Para Torres Pérez (2009) el diálogo es una forma de comunicación entre los tribunales nacionales e internacionales, que tiene dos finalidades: la primera es que mediante el intercambio de argumentos se puede encontrar una solución basada en la comunidad y no una verdad única creada por un solo tribunal, y, como segunda finalidad, promueve la participación en la interpretación normativa al ser producida por el intercambio de argumentos entre dos o más tribunales (págs. 112-113).

Asimismo, se puede completar esta definición con el aporte que hace Torres Pérez (2009) al establecer una serie de requisitos para considerar que existe el diálogo: a) existencia de lineamientos (principios o normas) comunes entre los tribunales; b) existencia de diferentes puntos de vista respecto de la solución al problema jurídico; c) inexistencia de una jerarquización entre los tribunales, en el sentido de que uno no pueda imponerse sobre el otro; los tribunales seguirán siendo autónomos entre sí y eso garantizara el diálogo; d) que dentro del procedimiento se garantice una participación igualitaria entre los tribunales; que ambos dispongan del mismo tiempo para realizar sus intervenciones; e) existencia de una finalidad en común que exija un respeto mutuo de la autonomía de cada tribunal, y f) que el diálogo pueda mantenerse más allá de un solo asunto jurídico, que no implique solo la resolución de un único conflicto (pág. 118). Los requisitos aportados por Torres Pérez permiten establecer un análisis más práctico de lo que se debe entender por diálogo entre tribunales, al ser este un concepto aún impreciso.

Aun cuando se comparte la afirmación de que la falta de uno de estos requisitos daría como resultado que el fenómeno analizado no sea un diálogo, el requisito de que debe existir un punto de vista diferente para la resolución del conflicto no se comparte, pues se contrapone con

la disposición de tener una misma finalidad, que al caso analizado es la protección de los derechos humanos. No se puede aceptar que, para que exista el diálogo entre los tribunales, deba haber una diferencia de los puntos de vista de la forma en que se debe resolver una cuestión jurisdiccional. En este caso, esta diferencia debe radicar no en la forma final de resolver los juicios, sino que exista una diferencia entre el estándar de protección que se brinda a favor de las personas.

Por otro lado, la aportación que hace la definición del diálogo y los requisitos señalados permite comprender que se está aún ante un proceso que puede incluir diferentes figuras jurídicas, como la utilización de citas al derecho regional o internacional, el método comparativo y los procedimientos consultivos que existen dentro de los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

La existencia de una pluralidad de tribunales a nivel nacional e internacional implica que este posible diálogo también responda a diferentes formas y niveles de relaciones. Las definiciones amplias o estrictas de este fenómeno no son suficientes para aceptar o negar que realmente se está ante una nueva forma de interacción entre las instituciones jurisdiccionales.

Para Slaughter (1994), el fenómeno del diálogo parte en primer término de si existe alguna vía de comunicación entre los tribunales; primero se debe establecer una forma de comunicarse entre las diferentes instituciones jurisdiccionales. Esta autora propone como punto de partida una clasificación respecto al tipo de comunicación que puede existir entre los tribunales.

En primer lugar, trata sobre la comunicación horizontal, que es la que se da entre tribunales de un mismo nivel. Ejemplos serían la comunicación entre los tribunales constitucionales de diferentes países y la establecida entre los tribunales de los sistemas regionales de derechos humanos (Slaughter, 1994, págs. 103-106). La autora señala que esta forma de comunicación no responde a que los tribunales constitucionales estén obligados legal o constitucionalmente a considerar la jurisprudencia de sus similares foráneos, sino más bien que esta comunicación surge de relaciones informales.⁸²

⁸² Si bien la comunicación entre los tribunales nacionales de diferentes países es un fenómeno que va en aumento, sobre todo en el ámbito europeo, y que merece ser analizado también desde la óptica del diálogo, en este trabajo no se realizará análisis alguno respecto de este tipo de comunicación. El centro de esta investigación versa

Como segunda forma de comunicación establece la vertical, se desarrolla entre tribunales de diferentes niveles, entre los tribunales nacionales y los tribunales supranacionales (Slaugther, 1994, págs. 106-111). Esta comunicación surge de la creación de tratados internacionales que establecen tribunales especializados que se superponen a la jurisdicción de los tribunales nacionales de los Estados que han firmado dichos tratados (Burgorgue-Larson, 2013). El ejemplo más claro son las actuales relaciones que guardan tanto los tribunales nacionales de Europa con el TEDH y los tribunales constitucionales de América con la Corte IDH.

Slaugther (1994) expone una tercera forma de comunicación jurisdiccional, la mixta, donde existe una comunicación más compleja entre los tribunales. La primera forma de comunicación mixta se entiende como la aplicación que realizan diversos tribunales nacionales de un estándar común creado por el tribunal supranacional. En la segunda forma, el tribunal supranacional reconoce la existencia de principios o normas comunes entre los países y mediante su posición como tribunal regional de derechos humanos los hace parte de su interpretación y los extiende a otros tribunales nacionales (págs. 111-112).

Ahora bien, integrar dentro del concepto de diálogo entre tribunales casi todas las formas en que se relacionan los tribunales nacionales y los tribunales regionales en derechos humanos, como lo señala Bustos Gisbert (2019), “prácticamente cualquier referencia en la argumentación de una corte nacional a tribunales extranjeros”, provoca llegar al grado de que se conozca como diálogo a la acción de cualquier tribunal nacional cuando este realiza una referencia al derecho extranjero sin que exista la necesidad de ya hacerlo parte de la argumentación del fallo correspondiente (pág. 46).

Cobra relevancia la clasificación que realiza Slaughter (1994) respecto a las relaciones entre los tribunales. Esta autora no denomina a todas las relaciones como diálogo, sino que generaliza estas relaciones como una comunicación jurisdiccional y distingue tres tipos: monólogo, diálogo intermedio y diálogo directo (pág. 112).

El monólogo hace referencia a la utilización por parte de un tribunal (comúnmente los tribunales nacionales) de la jurisprudencia y

sobre el diálogo que existe entre los tribunales nacionales y los tribunales de los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

doctrina de un tribunal extranjero dentro de sus resoluciones. El uso unilateral de lineamientos supranacionales no implica en ningún momento algún tipo de intercambio de ideas entre el tribunal que resuelve la causa y aquel del que se obtuvo la jurisprudencia o la práctica jurisdiccional, la actividad consiste en citar jurisprudencia ya establecida. El diálogo intermedio parte de la comunicación horizontal en el sentido de que los tribunales nacionales comienzan a utilizar las prácticas de sus homólogos nacionales, pero con base en la creación de jurisprudencia por parte de los tribunales supranacionales, cuando en estas se incluye como estándar mínimo el ya creado en un país. Aquí se puede incluir, como parte de este tipo de diálogo, la fórmula de la comparación, utilizar el derecho comparado para resolver un conflicto jurisdiccional. Finalmente, el diálogo directo surge cuando existe la posibilidad de que un tribunal pueda solicitar la opinión de otro tribunal para conocer la interpretación de este respecto del caso planteado. Aquí, la comunicación entre los tribunales tiene un carácter consciente entre ambos y estos toman en consideración los razonamientos del otro órgano jurisdiccional. Slaughter (1994) señala como ejemplo de este tipo de diálogo directo la relación de los tribunales nacionales con el TJUE a través de la cuestión prejudicial (pág. 113).

El diálogo es un fenómeno jurídico que evoluciona con el paso de los años y al cual se le han dado diversas acepciones. Sin embargo, las definiciones aún no han brindado un camino claro sobre qué es en realidad el diálogo entre los tribunales o si realmente existe una vía que permita que los tribunales nacionales y regionales en materia de derechos humanos puedan dialogar. Como bien lo señala Bustos Gisbert (2013):

[...] el diálogo no es un instrumento mágico de solución de todo conflicto en el mismo sentido que operó en el pasado el principio de jerarquía. Es, solo, un instrumento más entre las muchas técnicas de resolución de conflictos nuevas e incompletas para una realidad tan compleja como la del pluralismo constitucional (pág. 211).

IV. La cita jurisprudencial

La consolidación de los sistemas regionales de derechos humanos y de las cláusulas de apertura al derecho supranacional en las constituciones de posguerra ha obligado a que los tribunales nacionales no se limiten a resolver sus juicios con base en los ordenamientos jurídicos internos,

sino que deben interpretar los derechos fundamentales a la luz de los derechos humanos supranacionales, ello da paso a que, en la actualidad, los operadores jurídicos nacionales puedan citar directamente jurisprudencia supranacional, utilizarla mediante la comparación e incluso iniciar una comunicación directa con jueces supranacionales.

En este sentido, y como lo expone Nogueira:

[...]son indicadores de comunicaciones transjudiciales en materia de derechos humanos, la cita de jurisprudencia de cortes internacionales de derechos humanos por las judicaturas nacionales, como son las sentencias de la Corte Interamericana de derechos Humanos o de la Corte Europea de Derechos Humanos, asimismo forman parte de este diálogo interjudicial las citas de las respectivas jurisprudencias entre Cortes Internacionales de derechos Humanos [...] (Nogueira Alcalá, 2011, pág. 18).

Esta acción, ahora tan común en la actividad de los tribunales nacionales, en ocasiones denominada como diálogo, en realidad no lo es; se trata simplemente de un tipo de comunicación entre lo nacional y lo supranacional. En palabras de Slaughter (1994), más bien sería un monólogo (pág. 113). Al momento que un Tribunal nacional aplica la jurisprudencia supranacional, únicamente cumple con las obligaciones emanadas de sus propias constituciones, así como también de los tratados internacionales que su Estado ha firmado, por lo que en ningún momento existe un intercambio de ideas entre los tribunales, lo que ya impide siquiera que se pueda considerar que en esta acción exista el diálogo.

La referencia al derecho extranjero dentro de las sentencias nacionales no implica que estas tengan un impacto dentro de los argumentos torales del fallo. Vergottini (2010) describe dos niveles de interacción basados en la comunicación jurisdiccional; expone que la cita al derecho extranjero implica únicamente que los jueces:

[...] simplemente mencionen el derecho exterior y por tanto las citas suponen una especie de reconocimiento de normas y de precedentes judiciales de alguna manera conectados con el caso a decidir. Como máximo, se puede plantear si el recurso al Derecho externo al ordenamiento incide o no en la formación de la opinión del juzgador en su conjunto, pero, repetimos, no se debería provocar confusión hablando de comparación, por cuanto no hay certeza de que el Derecho extranjero y la comparación entre fuentes y jurisprudencia entren en la *ratio decidendi*[...], sólo el contraste comparativo explícito y razonado puede hacer que se pueda hablar de recurso a la comparación (págs. 224-225).

Este tipo de acción, si bien implica una comunicación entre los tribunales nacionales y sus homólogos a nivel regional o internacional, debe ser analizada bajo los requisitos expuestos por Torres Pérez para determinar si la citación al canon internacional de los derechos humanos, por parte de los tribunales nacionales, es un verdadero diálogo o no. Esta comunicación, más bien monólogo, cumple de forma parcial los requisitos: existen lineamientos comunes entre los tribunales, existe una misma finalidad (proteger los derechos humanos), se mantiene la autonomía de cada tribunal y también se mantiene la interacción, pues, en todos los asuntos, los tribunales deben velar por los derechos humanos que protegen los tratados internacionales; sin embargo, esta forma de relacionarse no siempre garantiza la existencia de diferentes puntos de vista, ya que, en la mayoría de ocasiones, la cita del derecho regional internacional únicamente cumple el papel de reforzar los razonamientos del juez, que se basan totalmente en el ordenamiento jurídico nacional; asimismo, no se cumple con la garantía de que no exista una jerarquización, ya que la jurisprudencia es obligatoria y se tiene que aplicar de oficio (por lo menos a nivel americano); no existe un momento en que se realice una intervención de ambos tribunales, ello acreditaría que la citación jurisprudencial no es un verdadero diálogo entre tribunales, sino más bien una comunicación, en este caso, vertical, entre tribunales.

V. La comparación jurisdiccional

La existencia de diferentes estándares de protección nacional y supranacional de los derechos fundamentales y humanos, en conjunto con las obligaciones de los Estados permiten que los tribunales, mediante la comparación del derecho nacional con el derecho no nacional, apliquen la protección más amplia a favor de las personas. Aplicación que depende en su totalidad de la interpretación y comparación que realicen los tribunales nacionales del canon internacional de los derechos humanos. Por esta razón, la comparación implica un paso adelante, respecto la forma en que se comunican los tribunales, la utilización del método de la comparación como mecanismo para resolver los problemas planteados ante los tribunales nacionales que involucran temas de derechos humanos sería por tanto una forma también de comunicación jurisdiccional (Castilla, 2010).

Como señala Ferrante (2016):

[...]Al momento de interpretar y estudiar el texto extranjero se debe entrar en el tejido jurídico de referencia en su globalidad. No debe detenerse únicamente en el contenido proporcionado por la normativa extranjera, sino que debe avanzar y examinar cómo este se amalgama en un único conjunto, incorporando también la doctrina y la jurisprudencia [...] (pág. 613).

Es decir, la comparación como un método de comunicación entre los tribunales nacionales y los supranacionales debe implicar un estudio más amplio que el solo hecho de utilizar la jurisprudencia como un refuerzo de la argumentación de los operadores jurídicos nacionales. Para Brito Malgarejo (2010), uno de los principales aportes que tiene la comparación jurídica es que “a través de ella los operadores jurídicos dotan de significados a las disposiciones legislativas con el fin de obtener las normas que deben aplicar en el momento en que llevan a cabo sus funciones” (pág. 5). Si bien el autor hace referencia al campo de acción del poder legislativo, lo cierto es que los tribunales tienen también esta posibilidad y por tanto pueden dotar de mayor fortaleza las resoluciones jurisdiccionales al fundamentar sus razonamientos en el derecho no nacional mediante la comparación jurídica.

La utilización del método de la comparación no radica únicamente en aplicar de forma directa y mecánica la jurisprudencia extranjera; la comunicación judicial basada en la comparación debe ir más allá y, para que pueda ser reconocido que un tribunal utiliza la verdadera comparación, esta debe incidir en la interpretación que hace el juzgador del caso que tiene que resolver.

Para Vergottini (2011), “únicamente resulta apropiado hablar de comparación cuando el proceso de interpretación y resolución consiente concretar el razonamiento comparativo de forma intrínseca a la *ratio decidendi*” (pág. 356). A esta forma de utilizar los instrumentos extranjeros la denomina “juicio comparativo” (pág. 235). En este sentido, solo podría hablarse de comparación o juicio comparativo cuando el juez, nacional o supranacional, al momento de elaborar los puntos argumentativos centrales que le dan sustento al sentido del fallo, ha realizado una comparación entre el derecho propio y el derecho no nacional y con ella hubiere logrado fundamentar los argumentos propios de la sentencia.

La comparación únicamente resulta útil cuando a nivel nacional existe un vacío parcial o total en cuanto a la forma de dar solución a un conflicto jurisdiccional, cuando el estándar local se encuentra debajo de

estándares nacionales de otros países miembros de su mismo sistema regional de derechos humanos y cuando la protección nacional sea menor a la que brindan los tratados o jurisprudencia regional o internacional en materia de derechos humanos (De Vergottini G. , 2011, pág. 356).

La comparación cumple de forma parcial los requisitos expuestos y múltiplemente citados de Torres Pérez respecto del diálogo: por un lado, se mantiene la existencia de lineamientos comunes ante los tribunales, la finalidad común de proteger los derechos humanos sigue intacta, así como la autonomía de cada tribunal al momento de dictar el fallo correspondiente y también se mantiene la interacción más allá de un solo asunto, pues la comparación significará un cambio que mantiene efectos en el tiempo. Por cuanto a la jerarquización de las relaciones entre los tribunales, esta sigue siendo parcial, al existir lineamientos que obligan a los tribunales a recurrir a este método para solucionar determinados conflictos jurisdiccionales; asimismo, no existe momento procesal alguno en que se permita la participación de un Tribunal u otro para que este exponga sus ideas en relación con el caso concreto; como se aclaró en párrafos anteriores, la comparación garantiza también que exista una diferencia en el estándar de protección de los derechos humanos, ya que se defiende que su uso debe implementarse únicamente cuando exista esta diferencia de criterios.

VI. Las opiniones consultivas como el verdadero diálogo entre tribunales

La actual confluencia de competencias y jurisdicciones de los tribunales supranacionales sobre un determinado territorio ha permitido que se consolide la idea de que todas las personas cuentan con una protección multinivel en derechos humanos y con ello las relaciones basadas en la mera jerarquización de las relaciones entre los tribunales han cambiado a la ya referida relación heterárquica, que permite que la recepción del canon internacional de los derechos humanos pase de ser simplemente una referencia o comparación a un verdadero diálogo entre tribunales.

El sistema americano y europeo ha establecido dentro de sus marcos normativos la posibilidad de los Estados u órganos internos, en el caso interamericano, y de los tribunales nacionales, en el caso europeo, de elevar una consulta a los tribunales supranacionales, respecto de la

interpretación que deben hacer de los tratados internacionales de derechos humanos. Esta figura no es solo una nueva forma de comunicación entre los tribunales, pues implica una interacción directa entre las jurisdicciones. La comunicación entablada mediante la figura de la opinión consultiva, en especial la establecida en el sistema europeo, permite que los tribunales puedan entablar un verdadero intercambio de argumentos, es decir, inicien un diálogo entre ellos.

La función consultiva creada en el marco del Convenio Europeo a partir del Protocolo adicional número 16 se establece como una forma directa de comunicación jurisdiccional, ya que el protocolo en su artículo 1º consagra esta interacción de forma expresa. Sin embargo, para determinar si debe considerarse como un diálogo entre tribunales, debemos analizar esta figura a la luz de los requisitos establecidos por Torres Pérez.

Este procedimiento cumple con el requisito de existencia de lineamientos comunes entre las instituciones jurisdiccionales, al tener como marco común el propio CEDH; esta figura acata también con el requerimiento de que el tribunal nacional que solicita la opinión consultiva al TEDH no tiene un rango inferior desde el punto de vista jerárquico; a diferencia de la cita al derecho extranjero y el método de comparación, la opinión consultiva sí garantiza una participación igualitaria al momento de expresar los razonamientos jurídicos de cada uno de los tribunales. El tribunal local tiene esta oportunidad al instante de elevar la consulta, pues debe exponer sus razonamientos; en el caso del TEDH, su oportunidad se dará al momento de emitir su resolución. Asimismo, al ser la protección de los derechos humanos la finalidad de ambos tribunales, se mantiene sin ningún tipo de límite la autonomía de los tribunales, al punto que este proceso no suspende el procedimiento jurisdiccional local y, al no ser vinculante la resolución, el tribunal nacional podrá mediante el margen nacional de apreciación, aceptar, negar o modificar lo interpretado por el tribunal supranacional, y, si bien este proceso únicamente versa sobre casos que se encuentran en conocimiento del tribunal nacional, la posibilidad del diálogo se mantiene en el tiempo, pues la posibilidad de solicitar otra opinión consultiva no está limitada de forma alguna.

Para Ruiz Ruiz (2019):

[...] la cuestión consultiva actuará en ambas fases, ascendente y descendente, ya que este método dialógico permite conocer al TEDH la interpretación del órgano jurisdiccional nacional, quien, a su vez, recibida la solución a la cuestión, puede aplicarla al caso que debe juzgar” (págs. 455-456).

Esta característica se da gracias a que, al momento en que un tribunal nacional solicite la opinión del tribunal europeo, tiene que realizar un informe, donde explique de forma precisa cuál es la razón de dicha solicitud, ello da como resultado que el tribunal supranacional conozca la forma en que se interpreta cierto lineamiento del CEDH dentro del ámbito nacional y al instante en que este último emite su resolución, al llegar al tribunal nacional, habrá permitido un intercambio de ideas entre ambos tribunales, ello se debe considerar como un diálogo jurisdiccional.

Es posible afirmar que la función consultiva que tiene el TEDH, y que hasta este momento es exclusiva del sistema europeo, no solo se establece como una forma de comunicación entre los tribunales nacionales y el tribunal europeo, sino que se eleva por sobre cualquier otra forma de interacción como el verdadero procedimiento al que se le puede llamar “diálogo entre tribunales”. Es el único método que implica un intercambio de ideas entre los tribunales, pues ambos tribunales (nacional y supranacional) dan sus argumentos interpretativos en una situación de igualdad procesal.

VII. Conclusiones

El término de diálogo entre tribunales ha tomado fuerza desde la consolidación del tribunal europeo y la corte interamericana, ambas de derechos humanos, donde se ha utilizado como una forma de “definir” las formas en que se relacionan los tribunales nacionales con las jurisdicciones supranacionales, con base a la creación del canon internacional de los derechos humanos y la obligación de los sistemas nacionales de interpretar sus derechos fundamentales a la luz de este nuevo nivel de jurisprudencia, normatividad y doctrina regional.

Si bien es cierto que las actuales relaciones entre los tribunales nacionales y supranacionales se basan en la cooperación y en la búsqueda de proteger los derechos humanos de todas las personas mediante estándares similares que permitan a todo ser humano disfrutar de una protección similar sin importar el lugar donde habite; estas relaciones no pueden seguir siendo denominadas como diálogo entre tribunales,

porque sencillamente no toda fórmula de comunicación entre los órganos jurisdiccionales es un diálogo.

No se debe dejar de observar que la interacción entre los tribunales debe seguir siendo uno de los principales mecanismos de cooperación entre los sistemas jurisdiccionales para proteger los derechos humanos; sin embargo, se deben acotar los conceptos jurídicos que se emplean en el ámbito del canon internacional de los derechos humanos. No puede ser utilizado el concepto de diálogo entre tribunales al hecho de que un tribunal nacional cite jurisprudencia para reforzar su argumentación o utilice la comparación como método para resolver un asunto de su competencia.

El diálogo entre los tribunales es un concepto que tomará más fuerza en los próximos años a raíz del protocolo número 16 del CEDH, este ha permitido una interacción directa entre los máximos tribunales nacionales y el TEDH, ello permitirá que en los próximos años se hablará realmente de que dentro del sistema europeo de derechos humanos existe un verdadero diálogo entre los tribunales y que mediante este diálogo, se desarrolle un mejor estándar de protección multinivel en derechos humanos.

La protección multinivel en derechos humanos es una realidad jurídica que tiene efectos directos sobre la vida de las personas, los Estados no pueden seguir argumentando que se debe respetar la soberanía interna cuando con ella se pretenda justificar situaciones que vulneren derechos humanos. El Estado-nación (poderes públicos) debe seguir siendo el principal protector de los derechos humanos y solo mediante la cooperación con los instrumentos e instituciones supranacionales (en especial los tribunales supranacionales) se podría garantizar que la protección nacional de los derechos humanos se entienda como una protección completa y multinivel.

VIII. Referencias bibliográficas

- Ansuátegui Roig, F. J. (2015). Derechos humanos y diálogo judicial entre América y Europa: ¿hacia un nuevo modelo de Derecho? *Tigor*, 3-18.
- Becerra Ramírez, J. (2010). *Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito contemporáneo*. México: Ubijus.

- Brito Melgarejo, R. (2010). El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo. *InDret*, 2-22.
- Burgogue-Larson, L. (2013). La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Herrera García, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. España: Tirant lo blanch.
- Bustos Gisbert, R. (2013). XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Herrera García, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos, entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* (págs. 169-218). España: Tirant lo blanch.
- Bustos Gisbert, R. (2019). La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo. En J. Martín y Pérez de Nanclares, *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales* (págs. 45-66). Valencia: Tirant lo blanch.
- Carrillo Salcedo, J. A. (2001). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.
- Castilla, K. (2010). El derecho de origen internacional en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Cuestiones Constitucionales*, 219-243.
- Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (2017). Seminario sobre Protección multinivel de los derechos humanos. *Memoria y Metodología de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional* (pág. 18). Antigua: CIJC.
- De Julios Campuzano, A. (2007). La crisis del ordenamiento. Reflexiones sobre la racionalidad jurídica y globalización. En A. De Julios Campuzano, *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización* (págs. 79-114). Madrid: Dykinson.
- De Vergottini, G. (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Pamplona: Civitas.
- De Vergottini, G. (2011). El diálogo entre tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 345-359.
- Díaz Crego, M. (2016). Diálogo judicial. *Eunomía*, 289-290.
- Donaire Villa, F. J. (2018). Pluralismo jurisdiccional y confluencia de sistemas normativos: algunos apuntes conceptuales sobre el llamado "diálogo judicial". En M. V. Caruso Fontán, & M. R. Pérez Alberdi, *Diálogos judiciales en el Sistema Europeo de Protección de*

- Derechos: una mirada interdisciplinaria* (págs. 91-102). Valencia: Tirant lo blanch.
- Ferrante, A. (2016). Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, 601-618.
- García Roca, J. (2013). El diálogo entre Tribunal de Derechos Humanos, los tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Herrera García, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* (págs. 219-242). España: Tirant lo blanch.
- García Roca, J., Nogueira Alcalá, H., & Bustos Gisbert, R. (2012). La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. En J. García Roca, P. A. Fernández, P. Santolaya, & R. Canosa, *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos* (págs. 66-100). Pamplona: Civitas y Thomson Reuters.
- García Toma, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Derecho & Sociedad*, 13-31.
- López Guerra, L. (1993). Concepto de derechos humanos y problemas actuales. *Derechos y Libertades*, 33-100.
- Martín y Perez de Nanclares, J. (2013). El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo. En A. d. Constitucional, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales* (págs. 161-208). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Montesinos Padilla, C. (2017). Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales. *Eunomía*, 211-220.
- Nogueira Alcalá, H. (2011). El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. *Estudios Constitucionales*, 17-76.
- Nogueira Alcalá, H. (2013). Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 511-553.
- Peixoto Batista, J. (2016). Perspectivas jurídicas de las relaciones internacionales: el constitucionalismo internacional, a la fragmentación y el pluralismo jurídico a debate. *TLA*, 132-151.
- Pernice, I. (2012). *La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel. Una respuesta global a los desafíos de la globalización*. Madrid: CEU.

- Queralt Jiménez, A. (2007). Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 435-470.
- Ruiz Ruiz, J. J. (2019). El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 453-482.
- Sagües, N. P. (2003). Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencia en Latinoamérica. *Ius et Praxis*, 205-221.
- Saiz Arnaiz, A. (2013). Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. En A. d. Constitucional, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales* (págs. 131-160). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Slaughter, A.-M. (1994). A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, 99-137.
- Tenorio Sánchez, P. (2013). Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo. *Revista General de Derecho Europeo*, 2-35.
- Torres Pérez, A. (2009). *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*. Oxford: Oxford University Press.
- Ureña, R. (2013). ¿Protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos. En G. R. Bandeira Galiendo, A. Torres Pérez, & R. Ureña, *Protección Multinivel de los derechos humanos. Manual* (pág. 8). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia Tibi vs. Ecuador, Serie C No. 114 (Corte IDH 7 de septiembre de 2004).
- Xiol Ríos, J. A. (2013). El diálogo entre Tribunal. En A. d. Constitucional, *Tribunal Constitucional y Diálogo entre Tribunales* (págs. 11-56). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Capítulo IX

La municipalización del enfoque transversal de los derechos humanos, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011. Caso: Dirección de Derechos Humanos y Paz en Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco

Sumario: *I. Introducción. II. Reforma constitucional en materia de derechos humanos. III. La municipalización de los derechos humanos. IV. Caso: Dirección de Derechos Humanos y Paz del Gobierno de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Judith Ponce Ruelas⁸³

I. Introducción

Dentro de las nociones conferidas al Estado nación, se centra la imperante vertiente de su responsabilidad. Esta apareja los escenarios más complejos, desafiantes y comprometedores dentro de la fuerte y todavía poco clara encomienda que representa su continúa transformación.

Dentro de esa lucha constante por posicionar su cada vez más cuestionable legitimidad, se centra la batalla por la dignificación humana, la búsqueda por espacios alentadores que apoyen, de una forma casi deprecativa, la garantía de los derechos y libertades contemplados en la norma, así como la lucha por el reconocimiento de aquellos derechos que aún restan por ser reconocidos

Como parte de esa continúa tarea, las acciones políticas y gubernamentales juegan un papel importante, se interrelacionan y, de cierta manera, coexisten en un cúmulo de procesos entre los que devienen la acción legislativa, la acción garante u operante de la acción previa y el silogismo casi lógico de una ilógica realidad de la composición de ambas.

⁸³Abogada por la Universidad de Guadalajara, maestra en Derechos Humanos y Paz por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), especialista en Migración Internacional por el Colegio de la Frontera Norte (Colef). Directora de Derechos Humanos en el Gobierno Municipal de Guadalajara, Jalisco, y estudiante de Filosofía Política en la Universidad de Chile. Correo electrónico y sitio web para contacto: judithponceruelas@gmail.com | <https://judithponceruelas.com/>

Toda acción legislativa espera, por lo menos desde la noción de su justificación, repercutir en una realidad que advierta la necesidad de cambio o adecuación de una conducta determinada, ya sea que esta devenga de una evidente necesidad de modificación de la regulación social o de la reparación de algún daño que amerite adecuación en el sistema normativo interno de un Estado.

Ejemplo de lo anterior es la antesala de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, específicamente la realizada el 10 de junio de 2011, la cual se equiparará a diversas lógicas que van desde la jurídica hasta la social, pero todas ellas emanan desde los procedimientos internacionales y complementarios del sistema jurídico interno mexicano, los cuales se demarcan por el derecho internacional de los derechos humanos. Dentro de estas resoluciones, se ve presente el inesperado pero fundamental efecto de involucrar a los órdenes municipales en su haber cotidiano y administrativo.

Este trabajo busca, simple y objetivamente, evidenciar parte del impacto de dicha reforma constitucional en materia de derechos humanos, ello visto desde el esquema de la municipalidad; asimismo, se enfatiza un caso específico a la luz de dicha ejemplificación: el caso de la instauración de una unidad administrativa, cuyo objetivo es la promoción y difusión de los derechos humanos en el orden municipal, el caso de la Dirección de Derechos Humanos y Paz del Gobierno de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco.

Guiándose en un esquema genérico de la reforma, este capítulo rescata y evidencia un ejemplo de los actuales y todavía inconclusos procesos de municipalización del eje transversal de los derechos humanos, cuestiona la pertinencia y la suficiencia de estos espacios que devienen de la reforma constitucional de junio de 2011, así como el alcance que ha tenido una determinación judicial internacional como parte de la responsabilidad Estatal por el deber de garantizar los derechos humanos.

¿Eventos plausibles de la administración pública, expresión del cumplimiento de una sentencia internacional o una intencionada “casualidad política”? Cual sea que fuese una posible respuesta, lo cierto es que no puede desvincularse el gran reto en torno a la garantía, la promoción, la defensa y respeto de los derechos humanos, que, desde hace más de diez años, tocó la puerta de los diferentes poderes y órdenes de gobierno en el país y estableció un reto importante para el Estado

mexicano y todas sus instituciones en aras de dar cumplimiento a este mandato constitucional que trajo aparejado, nuevos esquemas legislativos, jurisdiccionales y administrativos a favor de la dignificación de la persona; escenario que cuestiona y desafía a los diferentes órdenes de gobierno, entre ellos, aquél que desde lo local encara las más cotidianas violaciones de los derechos humanos: el orden municipal.

Lo anterior rememora que no hay acuerdo supranacional que no trascienda a las esferas más próximas de lo cotidiano, que no hay reforma integral, si no se analiza desde su impacto municipal.

Por ello, un nuevo esquema en la municipalización del enfoque transversal de los derechos humanos acude al análisis del impacto de dicha reforma, ¿se habrán aterrizado las pretensiones de la reforma constitucional en materia de derechos humanos a lo local?, existen claros ejemplos de que el esfuerzo aún existe, aunque el objetivo continúe inconcluso.

II. Reforma constitucional en materia de derechos humanos

El análisis realizado en junio de 2011 sobre la reforma a once artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), y con la que se busca fortalecer los mecanismos para la protección de los derechos humanos en México, es vasto y puede ser abordado desde aristas diversas tanto desde su origen o motivación, su estructura y objetivo, hasta su impacto a través de los años.

Dicha reforma generó una impresión sin precedentes no solo porque las ya trabajadas y reconocidas “garantías individuales” serían suplidas por lo que, para muchos, conformaban en denominación y significado, el nuevo paradigma de la dignificación humana, sino porque, además, el augurio de esta reforma a la carta magna aparejaba importantes cambios e impactos a los Poderes de la Unión, especialmente al poder Judicial, así como a los diferentes órdenes de gobierno en México.

En un intento por describir a grandes rasgos esta reforma, se habrá de señalar que esta incorporó a la CPEUM el reconocimiento expreso del goce, respeto, garantía y protección de los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano formase parte; ya no solo habrían de considerarse las denominadas “garantías individuales” que antecedieron como parte del

catálogo de derechos y libertades reconocidas en la CPEUM previos a la reforma, sino también todos aquellos derechos que formasen parte de los sistemas de protección a los derechos humanos tanto universal como regional, de los que México fuese parte mediante la ratificación de los instrumentos internacionales que contemplen esos derechos y libertades.

La reforma establece la garantía para la protección de esos derechos, es decir, una parte adjetiva complementaria a lo que tradicionalmente se había observado solo desde su vertiente sustantiva; de ahí la modificación también al título primero de la carta magna: de “garantías individuales” a “derechos humanos y sus garantías”.

Como parte de esta reforma, se establecen cuatro amplias obligaciones dirigidas a los poderes públicos: i) la promoción, ii) el respeto, iii) la protección y iv) la garantía de los derechos humanos. Estas cuatro tareas, de acuerdo con la reforma, están apegadas a su vez a cuatro principios: i) la universalidad, ii) la interdependencia, iii) la indivisibilidad y iv) la progresividad, que representan características inherentes de los derechos humanos.

Además de estas características o principios rectores de los derechos humanos, así como de las obligaciones primarias concebidas en la reforma, se adicionan consecuentemente otras obligaciones a la luz de la figura de “violación” como una transgresión de esos derechos y libertades originados desde el órgano garante de las libertades y derechos humanos: el Estado. Tales obligaciones radican en la i) prevención, ii) investigación, iii) sanción y iv) reparación de las violaciones de los derechos humanos, de las cuales el Estado está obligado, a través de sus instituciones, a cumplir con dichas disposiciones.

Además de las obligaciones referidas, la reforma contempla la incorporación de criterios de interpretación como el principio *pro persona*,⁸⁴ el cual obliga al Estado y todo su andamiaje institucional a conocer las disposiciones en la materia, plasmadas en los tratados internacionales para aplicar la norma más garante, en un ejercicio de complementariedad respecto de la normativa interna del Estado.

⁸⁴ Al respecto, la Suprema Corte de justicia de la Nación (SCJN) interpretó lo que se debe entender por principio *pro persona*: cuando una norma genera varias alternativas de interpretación, debe optarse por aquella que reconozca con mayor amplitud los derechos, o bien, que los restrinja en la menor medida (2019).

La reforma constitucional, además, adiciona explícitamente la prohibición de la discriminación basada en la preferencia sexual, aunada a las motivaciones contempladas previamente a la reforma de junio de 2011.

Este panorama genérico de la reforma encuentra una ilustrativa comparación en la tabla 1, donde se aprecia la literalidad del texto constitucional previo y posterior a la reforma:

Tabla 1

<p>Art. 1º Constitucional antes de la reforma de junio de 2011</p>	<p>Art. 1º Constitucional después de la reforma de junio de 2011</p>
<p>Título Primero Capítulo Primero “De las garantías individuales”</p>	<p>Título Primero Capítulo Primero “De los derechos humanos y sus garantías”</p>
<p>Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.</p> <p>Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.</p> <p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones,</p>	<p>Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.</p> <p>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.</p> <p>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.</p> <p>Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.</p>

las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

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

Nota: Elaboración propia con datos de la CPEUM.

Para ilustrar de manera puntual las diferencias que se aprecian en ambos textos del artículo 1º de la CPEUM, se desarrollan las siguientes ideas en la tabla 2:

Tabla 2

Párrafo	Cambio identificado Comparación	
	Texto Previo	Texto Vigente
Párrafo 1	<ol style="list-style-type: none"> 1. Todo individuo. 2. Gozará de las garantías. 3. Gozará de las garantías que contempla la Constitución. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Toda persona. 2. Gozará de los derechos humanos. 3. Gozará de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. 4. Gozará de las garantías para su protección.
Párrafo 2	Prohibición de la esclavitud en territorio mexicano.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Interpretación de las normas relativas a los derechos humanos. 2. Principio pro persona. <p>Principio por el cual la autoridad o el juzgador, en caso de que tenga que discernir entre qué norma aplicar a un caso determinado, deberá elegir la que mayor protección otorgue a la persona, es decir la que la favorezca más; con</p>

		independencia de que se trate de la CPEUM o de un tratado internacional (Castañeda, M. 2014).
Párrafo 3	Prohibición de toda discriminación motivada por: <ol style="list-style-type: none"> 1. Origen étnico o nacional. 2. Género. 3. Edad. 4. Discapacidades. 5. Condición social. 6. Condiciones de salud. 7. Religión. 8. Opiniones. 9. Preferencias. 10. Estado civil. 11. Cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Instauración de las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos. 2. Demarcación de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como características de los derechos humanos 3. Obligación del Estado de prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones de los derechos humanos.
Párrafo 4		Prohibición de la esclavitud en territorio mexicano.
Párrafo 5		Prohibición de toda discriminación motivada por <ol style="list-style-type: none"> 1. Origen étnico o nacional. 2. Género. 3. Edad. 4. Discapacidades. 5. Condición social. 6. Condiciones de salud. 7. Religión. 8. Opiniones. 9. Preferencias sexuales. 10. Estado civil. 11. Cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos

		y libertades de las personas.
--	--	-------------------------------

Nota: Elaboración con datos de la CPEUM.

Es importante observar que, además de la parte conceptual o los cambios de términos que parecieran simples, llanos u obvios, la reforma constitucional está motivada por un esquema de dignificación de lo que antes era conceptualizado como “individuo”, pues lo amplía e incluye el término “persona”, es decir, en territorio mexicano, ya no solo la figura de la ciudadanía como condición *sine qua non* para acceder a los derechos y obligaciones contemplados en la CPEUM se contemplaría en la palestra de los derechos y libertades basados en el “ser humano”, sino toda persona, incluidas aquellas que históricamente han sido objetas y no sujetas de derechos, como el caso de las niñas, los niños y adolescentes, así como aquellas personas que no ostentan la nacionalidad mexicana, las cuales tampoco entran dentro del concepto de ciudadanía.

En un esquema simple, con el cambio conceptual de la reforma, puede señalarse el desplazamiento de individuo ciudadano a toda persona que se encuentre en territorio mexicano como ente reconocido de derechos humanos.

Esta concepción de la persona como portadora de derechos y libertades encuentra también una amplia y supranacional protección, gracias a los criterios interpretativos que, de forma vinculante, el Estado mexicano debe observar gracias a la adopción de tratados internacionales en la materia. Instrumentos que no solo son, por lo menos en el sistema universal, compendios normativos, sino que también aparejan la supervisión, interpretación y seguimiento de esas concepciones normativas.

Para explicar lo anterior, se advierte que, tan solo en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, existen nueve órganos de tratados, es decir, convenios internacionales que crean un comité de expertas y expertos en la materia para supervisar el cumplimiento, interpretación y avance que tiene el Estado adoptante sobre ese instrumento internacional. Lo anterior en materias como derechos de la niñez, derechos económicos, sociales y culturales, disposiciones para la eliminación de la discriminación motivada por la raza y la violencia en contra de la mujer, preceptos en contra de la tortura y para la prevención de ésta, derechos de las y los trabajadores migratorios y sus familiares, derechos de las personas con discapacidad y disposiciones en contra de la desaparición forzada; temas respecto de los que el Estado mexicano está obligado, mediante la adopción de normativas supranacionales complementarias del sistema interno

mexicano en la materia, a observar dentro de su sistema interno a favor de los derechos humanos.

Además de la literalidad observada en los cuadros previos, la reforma al artículo 1º constitucional establece algunos aspectos a enfatizar, como la perspectiva de los derechos humanos como eje transversal en los programas y acciones que debe implementar el gobierno. Asimismo, la capacitación constante y progresiva del funcionariado público en la materia; en adición a dicho esquema de capacitación, además de ir primordialmente focalizada a las autoridades, debe también extenderse a la población en general como parte de la construcción de cultura generalizada de los derechos humanos.

Cabe precisar que, aunque la reforma constitucional no solo se centra en la modificación del artículo 1º de la CPEUM, sí representa la más significativa y compleja de todas las adecuaciones derivadas de la reforma.

Es importante referir que esta reforma nace de una sentencia internacional, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2009 como parte de la reparación que el Estado mexicano debe observar respecto de su responsabilidad atribuida en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*.

En esta sentencia, se resalta, entre otras cosas, el incumplimiento del Estado mexicano respecto del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el cual establece el deber de los Estados parte de adoptar disposiciones a su derecho interno con apego a este instrumento internacional y que especifica que si el ejercicio de los derechos y libertades que menciona la convención no estuvieren garantizados por la legislación nacional, el Estado ratificante tiene el compromiso de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 2). Este es el principal argumento para la reparación del daño que contempla la adopción de reforma a la CPEUM.

Cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el documento por el cual se dota de competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de violaciones de derechos humanos, una vez agotado el principio de definitividad procesal en el Estado mexicano y una vez cumplido con el procedimiento instaurado por el sistema de peticiones y casos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, demarcado por las facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Este segundo precepto, en relación con otros más de la convención, dio pauta a la adopción de disposiciones de derecho interno en diferentes materias y escenarios de la legislación mexicana a raíz de la sentencia en comento; a saber: el delito de desaparición forzada de personas, la

protección y reconocimiento de un recurso efectivo ante el derecho a la libertad personal, reformas legislativas en materia de jurisdicción militar y, por supuesto, reformas legislativas constitucionales en materia de protección, garantía, respeto y promoción de los derechos humanos.

Se señala que, a partir de la reforma en cuestión, se generó un efecto dominó respecto a diferentes materias especializadas o enfocadas a un tema en concreto que busca garantizar los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano. Ejemplo de ello son las leyes generales promulgadas o reformadas posteriormente a la reforma constitucional en comento; se contemplan las siguientes, solo por mencionar algunas:

Tabla 3

Ley General de Víctimas (2014)
Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017)
Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014)
Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otro Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (2017)
Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza (2019)
Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (2011) - Reformada posteriormente a la reforma en comento
Ley de Migración (2011) - Reformada posteriormente a la reforma en comento

Nota: Elaboración propia con datos generales.

La tabla 3 ejemplifica el efecto legislativo que surge paulatinamente a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y que, evidentemente, es un efecto inconcluso del cual se busca encontrar progresividad no solo en el reconocimiento de los derechos y libertades de las personas, sino en los mecanismos de protección para garantizar dichos preceptos.

Otros artículos que se vieron involucrados en la reforma son el 2°, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105; ello en el mismo sentido que guarda el artículo central de esta reforma, que es el 1°; cuyas modificaciones justamente versan en la adecuación del enfoque y dignificación de la persona, en la incorporación de la perspectiva de derechos humanos y los mecanismos de protección para estos, y de los cuales solo referiré eso.

Una vez esbozada la idea central de la reforma constitucional, pues las causas y motivaciones de esta, así como el análisis estricto de su realización, son estudios exhaustivos que se han dado con el paso de los años, se podría precisar que han emergido criterios e interpretaciones diversas, especialmente en el ámbito judicial y de la interpretación de la norma, del control difuso de convencionalidad (SCJN, 2013; 2014) y la interpretación conforme (SCJN, 2017).

Y aunque el control de convencionalidad es una de las herramientas más controvertidas para identificar la manera en la que se vinculan los ordenamientos nacionales con el derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo en la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación basada en su jurisprudencia, el propósito de este trabajo es vincular, de forma objetiva y crítica, el cambio instaurado en la carta magna al impacto progresivo y paulatino que ha tenido esta reforma en el orden municipal, específicamente en el actuar municipal cotidiano y administrativo. Por lo que abro paso al siguiente esquema: la municipalización de los derechos humanos a partir de la reforma constitucional.

III. La municipalización de los derechos humanos

A partir de la reforma constitucional del 23 de diciembre de 1999, el artículo 115 de la CPEUM incluye el orden municipal dentro de la estructura de los órdenes de gobierno en México. Es a través de esta reforma que se reconoce al municipio, gobernado por un ayuntamiento, como parte de esta estructura del Estado, pues se confirma formalmente que el municipio es “gobernado” y no “administrado” como antes de esa reforma se tenía concebido (Faya, J. 2005).

El municipio juega una parte fundamental no solo dentro de la estructura del Estado, sino en el impacto, aterrizaje y ejecución de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. La administración del poder y facultades del Estado recae, a criterio de quien expone este análisis, de forma más reacia, cotidiana y casi siempre desamparada en el orden municipal. Ello no alude a que su importancia sea menor en comparación con los demás órdenes de gobierno, sino que, al ser el escenario donde se gesta todo, al ser el contacto más estrecho entre el territorio, el gobierno y la población, debería revestir de mayor atención y focalización para quien dirige la pirámide decisiva del Estado.

Dotarse, entre otras cosas, de mayor presupuesto para que los acuerdos supranacionales adoptados por el ejecutivo federal, de conformidad al artículo 89 constitucional, tuviesen un aterrizaje más óptimo desde el orden municipal.

A la luz de la “municipalización”, término acuñado al proceso de trasladar a la esfera municipal una materia o servicio público, pero el cual se ha interpretado para establecer el proceso con el que se traslada, en operatividad o práctica, algún tema que ha sido abordado históricamente desde la federación o bien no implementado cotidianamente desde la municipalidad por diversas razones; la política exterior, aunque sea una facultad dirigida por el ejecutivo federal, tiene una trascendencia significativa en la gobernabilidad del municipio, idea que se ve reforzada con argumentos como el esbozado por el Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal (Inafed), el cual establece que el municipio es una entidad política y una organización comunal que sirve de base no solo para la división territorial del país, sino para la organización política y administrativa de los Estados de la federación en su régimen interior (2004).

Entiéndase que la reforma constitucional en materia de derechos humanos no fue pensada solo para un sector, pues no solo se dirige a jueces, magistrados o ministros del poder judicial mexicano, sino que va dirigida a todas las autoridades, incluidas a las y los integrantes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de los tres órdenes de gobierno.

De las obligaciones genéricas mencionadas en el apartado anterior (promover, respetar, proteger y garantizar), estipuladas en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional, la obligación de respetar es de todas las autoridades y que se exige de manera inmediata (Salazar, P. *et al.* 2014). Además de ser la más inmediata, requiere que las autoridades, incluidas las municipales, mantengan el goce del derecho cualquiera que sea su naturaleza.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que existen “esferas individuales” que el Estado y todas sus autoridades no pueden vulnerar (Caso Velásquez Rodríguez *vs* Honduras, 1989). Esta obligación de respeto, así como las demás genéricas mencionadas, atiende a la necesidad de reforzar el andamiaje institucional que trabaje en la implementación de la reforma desde el sector que tiene en cara la irrestricta obligación de garantizar ese goce de derecho: el municipio. Ello porque la reforma constitucional en materia de derechos humanos

no tiene o no debería tener un propósito meramente enunciativo, pues esta ha implicado cambios en el entendimiento e interpretación de la dignidad humana, de los derechos y libertades reconocidas por la característica común de los seres humanos.

A más de diez años de la reforma constitucional en la materia, además de que se ha desarrollado un importante andamiaje jurisprudencial por parte de la SCJN, aunado al reconocimiento de la también jurisprudencia interamericana para demarcar interpretaciones que brinden mayor protección a la persona, se han instaurado mecanismos de difusión y promoción de los derechos humanos de la población históricamente posicionada en condición de vulnerabilidad.

Todo ello ha dotado de cambios legislativos importantes, como los referidos, cuya aplicación y observancia se han ejecutado mediante diferentes instituciones que velan por derechos humanos específicos y que, según la interdependencia de estos, se protegen y garantizan demás derechos.

También se han establecido acciones y medidas afirmativas con las que se combate la desigualdad histórica de las poblaciones más vulnerables; por ejemplo, aquellas encaminadas a que progresivamente disminuya la brecha de desigualdad entre hombres y mujeres, aquellas encausadas a la erradicación de la violencia contra la mujer, las acciones que prevengan y abolan la discriminación, incluidas las históricamente enmarcadas por la discapacidad, los derechos sexuales y reproductivos, la identidad y expresión de género, así como por la autonomía progresiva de la niñez.

Dichos procederes han buscado cobijo mediante políticas, programas y acciones que permitan la inclusión de preceptos garantistas de derechos humanos o de visibilización de lo que históricamente se ha visto invisibilizado; tal es el caso de los derechos de los pueblos indígenas y afroamericanos en el país, sus derechos apegados a la relación ancestral que guardan con la posesión de sus tierras, la difusión y promoción de sus culturas y tradiciones, así como la garantía de sus derechos procesales basados en la interpretación de esos procesos a sus lenguas indígenas; aspectos que indudablemente se han aterrizado en el ámbito municipal.

El reconocimiento expreso de los derechos humanos en la norma, como proceso legislativo, no es una facultad que atañe al municipio; sin embargo, las obligaciones generales y específicas demarcadas por la reforma constitucional sí, y justo ello es la parte que conlleva a la

búsqueda de la municipalización del enfoque transversal de los derechos humanos. Para ello, se habrá de señalar que el enfoque transversal de los derechos humanos refiere a la presencia que estos tienen en el menester estatal no solo en una materia en específico, sino en las obligaciones que se tienen en distintos ámbitos y competencias. Una óptica de dignificación humana.

Ahora bien, ¿cómo municipalizar la garantía, el respeto, la difusión y la promoción de los derechos humanos en el orden municipal? ¿Cómo lograr que los gobiernos municipales, con sus facultades y restricciones, con sus competencias y jurisdicciones, cumplan con las obligaciones generales y específicas de la reforma constitucional?

A más de diez años de esta reforma, existen acciones encausadas por los gobiernos municipales que permiten afirmar que se han logrado avances significativos en torno a la implementación de la reforma constitucional en comento, ello permite referir el inicio o proceso de la municipalización de los derechos humanos. Si bien aún existen limitaciones en razón de la competencia, derivadas sobre todo de materias que le atañan al Estado o a la federación, al referir el término “municipalización” una amplia gama de posibilidades, como la atención, la asesoría, la debida canalización, la observancia para la no discriminación, las acciones afirmativas, juegan un papel importante para cumplir con las obligaciones enmarcadas en el artículo primero de la CPEUM.

IV. Caso: Dirección de Derechos Humanos y Paz del Gobierno de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco

Tlajomulco de Zúñiga es uno de los 125 municipios que integran Jalisco, y uno de los siete municipios que conforman el área metropolitana de Guadalajara (AMG), que es el segundo núcleo urbano más poblado de México (Jalisco Cómo Vamos, s.f.).

Tlajomulco de Zúñiga tiene una superficie de 682 km², ubicado en la posición número 42 de los municipios con mayor superficie territorial de Jalisco (Instituto de Formación Estadística y Geográfica de Jalisco, 2019) y, según los resultados del Censo de Población y Vivienda 2020 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), está poblado por 727 750 personas (INEGI, 2020).

A raíz de la reforma constitucional de junio de 2011, del debate instaurado en la palestra jurisdiccional a luz del convencionalismo, de la competencia y la interpretación de lo que motivó esa reforma y del surgimiento, consolidación y mayor auge de luchas sociales que traen aparejadas la exigencia al Estado del reconocimiento de otros derechos humanos dentro de la norma interna y de la situación de inseguridad cada vez más evidente en México, es que, a partir de la administración del gobierno municipal 2018-2021 de Tlajomulco de Zúñiga, se reconoce por primera vez en el municipio, como parte de los nueve ejes de gobierno, la cultura de paz y los derechos humanos en el Plan Municipal de Desarrollo y Gobernanza para la administración 2018-2021 (Plan Municipal de Desarrollo y Gobernanza Tlajomulco 2018-2021).

Cabe precisar que, al momento de la redacción de este trabajo, no se advierten las modificaciones posteriores que sufre el Reglamento de la Administración Pública Municipal, el cual transforma el organigrama que se describe a continuación, tampoco se contempla la ampliación de facultades derivadas de adecuaciones realizadas en el trienio posterior al que se describe en este trabajo.

El eje de Cultura de Paz y Derechos Humanos, establecido por vez primera en el municipio, reconoce al orden de gobierno municipal como el más próximo a la ciudadanía y este enfatiza la responsabilidad que tiene sobre la promoción y garantía de los derechos humanos, la no discriminación, la inclusión de los grupos de situación de vulnerabilidad, la transparencia y la rendición de cuentas; que a su vez abonan al cumplimiento de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 y buscan internacionalizar al municipio para que todo lo vertido en el escenario internacional tenga trascendencia e impacto positivo en lo local.

Es gracias a ese instrumento de planeación que, para el periodo comprendido de 2018 a 2021, como parte del trienio de administración pública, se creó por vez primera en Tlajomulco de Zúñiga la Dirección General de Cultura de Paz y Gobernanza, cuyo objetivo central es la construcción de cultura de paz en Tlajomulco; así como formular y ejecutar los proyectos que fomenten y capaciten al funcionariado en materia de derechos humanos, cultura de paz y gobernanza a las dependencias de la administración pública municipal, de la que se desprenden reglamentariamente tres direcciones de área: i) Dirección de Transparencia, ii) Dirección de Innovación Social y iii) Dirección de

Derechos Humanos y Paz (Reglamento de la Administración Pública Municipal de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco, 2018).

La Dirección General de Cultura de Paz y Gobernanza, así como sus tres direcciones de área, tienen la fuerte encomienda de comenzar procesos de institucionalización en materia de difusión, promoción, respeto y garantía de los derechos humanos; esto es un reto mayúsculo, pues son temas que, a diferencia de los servicios y acciones municipales que se han generado a lo largo de los años, son de reciente incorporación no solo en el hacer diario de quienes conforman la administración pública municipal, sino también de la población que no ha sido empapada de la cultura de los derechos humanos.

La creación e incorporación al organigrama de la administración pública municipal de la Dirección General de Cultura de Paz y Gobernanza, así como de la Dirección de Derechos Humanos y Paz, ha sido la primera acción de esta naturaleza dentro de los municipios que comprenden el AMG. Aspecto importante a destacar, pues, a raíz de esta acción, paulatinamente se replica la buena práctica en otros municipios del AMG.

Hasta el momento de la redacción de este documento, la Dirección de Derechos Humanos y Paz, que se encontraba fundamentada en el artículo 74 del Reglamento de la Administración Pública Municipal, resalta el diseño y ejecución de propuestas respecto de programas, proyectos y protocolos de actuación en defensa y promoción de los derechos humanos en territorio municipal (Reglamento de la Administración Pública Municipal de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco, 2018, art. 74). Esta facultad está ligada a 20 más y todas ellas evidencian uno de los impactos más importantes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, así como de la municipalización de la transversalidad de los derechos humanos, pues, con el trabajo diseñado y ejecutado desde esta dirección de área, el municipio realiza un intento sin precedentes por dar cumplimiento a las obligaciones generales reflejadas en el artículo 1º constitucional, párrafo tercero.

Dentro de las obligaciones de promover los derechos humanos, la autoridad está obligada a la sensibilización social en la materia. El Estado tiene la obligación de adoptar medidas encaminadas a lograr una cultura basada en los derechos humanos a través de cambios en la conciencia pública (Salazar, *et al.*, 2014, pág. 113). Para ello, la Dirección de Derechos Humanos y Paz, como ente municipal encargado de esa tarea, ha

realizado propuestas y acciones que dan paso a la construcción de cultura de derechos humanos; a saber, en los siguientes temas que se muestran en la tabla 4:

Tabla 4

Temática de atención	Acción Evento	Consulta del evento en redes sociales institucionales
Derechos de las personas en contexto de movilidad humana	“Tlajomulco sin Fronteras” Un vistazo a nuestra agenda migrante	https://www.facebook.com/watch/live/?v=2883862925272896&ref=watch_permalink
Derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia	“Juntas Paramos” Diálogos para una vida libre de violencia.	https://www.facebook.com/watch/live/?v=663123107774379&ref=watch_permalink
Construcción de comunidad	Escuela Virtual de Formación Vecinal “Derechos humanos y su Impacto en la Formación Vecinal”	https://www.facebook.com/GobiernodeTlajomulco/photos/a.326851267361762/3154792717900922/
Derechos de las personas indígenas y afroamericanas	Conversatorio "Pueblos Indígenas y Afroamericanos: otra mirada de la ciudad"	https://www.facebook.com/watch/live/?v=1385544044988840&ref=watch_permalink
Difusión y Promoción de los derechos humanos	Mesa de diálogo conmemorativa por los derechos humanos	https://www.facebook.com/watch/live/?v=141431477497544&ref=watch_permalink

Nota: Elaboración propia con datos generales.

Eventos con los cuales se han instaurado importantes temas de trabajo para agendas venideras, trabajar desde el orden municipal, en coadyuvancia con otros órdenes de gobierno, la academia y la sociedad civil organizada.

Aunado a la tarea de promover capacitaciones en materia de derechos humanos para su defensa en territorio municipal, establecida en la fracción VI del artículo 74 del Reglamento de la Administración Pública Municipal, desde la Dirección de Derechos Humanos y Paz, se han generado capacitaciones respecto al principio de legalidad, los derechos humanos y su vínculo con el servicio público y el rol del municipio desde diferentes materias y áreas, tales como servicios

médicos municipales, obras públicas, fiscalía ambiental, agua potable, comisaría municipal, entre otros, así como el lenguaje incluyente y los criterios emanados de las observaciones de los comités de tratados y la jurisprudencia interamericana.

La fracción VIII del artículo 74 establece como facultad de la Dirección de Derechos Humanos la creación y activación de protocolos para la defensa de los derechos humanos en territorio municipal, cabe señalar que se trabajó la realización y promulgación de un protocolo en materia de atención a la población en contexto de movilidad que responde a la instauración de una ventanilla de orientación para personas migrantes, inscrita como un servicio municipal para dignificar la atención, orientación y canalización de las personas en contexto de movilidad. Ello emanado de un convenio de cooperación con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Todo esto esbozado en la tabla 5:

Tabla 5

Acción	Consulta
Convenio de Cooperación entre el Gobierno de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).	https://www.tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/arboles/contratosintegros/OrganizacionInternacionalparalasMigracionesOIM-06feb20.pdf
Servicio de Ventanilla de Orientación para Personas Migrantes, en Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco.	https://tramites.tlajomulco.gob.mx/TramitesLinea/
Ventanilla de Orientación para Personas Migrantes. Instaurada en colaboración con la Organización Internacional para las Migraciones.	https://www.programamesoamerica.iom.int/es/ventanilla/direccion-de-derechos-humanos-y-paz-del-municipio-de-tlajomulco-de-zuniga-jalisco
Consulta Pública para la revisión previa a la promulgación del “Protocolo para la Atención Integral de las Personas Migrantes en Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco”.	https://mejoraregulatoria.tlajomulco.gob.mx/consulta-publica

<p>Acuerdo de Promulgación del “Protocolo para la Atención Integral de las Personas Migrantes en Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco”.</p>	<p>https://tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/reglamentos/acuerdo-promulgacion-DecretoporelqueseexpideelProtocoloparalaAtencionIntegraldePersonasMigrantesenelMunicipio-03may2021.pdf</p>
<p>Publicación del “Protocolo para la Atención Integral de las Personas Migrantes en Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco” en la Gaceta Municipal del Municipio.</p>	<p>https://tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/gacetas/GacetaVoXIIPublicacionVIII.pdf</p>

Nota: Elaboración propia con datos generales.

Dentro de las facultades emanadas del artículo 102, apartado B de la CPEUM, que fue susceptible a cambio como parte de la reforma constitucional, el orden estatal establece un organismo autónomo de protección de los derechos humanos que conoce de las violaciones de los derechos humanos que se generan desde la función pública; en el caso de Jalisco, es la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco (CEDHJ) quien, de acuerdo a su normativa, requiere a las autoridades municipales de informes de ley y diferentes actuaciones dentro del margen de las quejas, recomendaciones, medidas cautelares e informes emitidos por esa comisión. Tareas que, desde la creación de la Dirección de Derechos Humanos y Paz de Tlajomulco de Zúñiga, de conformidad con la fracción X del artículo 74 de su Reglamento Municipal, es la encargada de brindar atención y seguimiento, así como derivación a las instancias competentes con relación a las presuntas violaciones de los derechos humanos en territorio de Tlajomulco. Aspecto en el que, además, cabría resaltar el Convenio de Capacitación, Vinculación y Colaboración⁸⁵ firmado entre la CEDHJ y el Gobierno de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco.

Este ente ha funcionado no solo como orientador en materia de derechos humanos, sino que, además, ha materializado temas de inclusión y garantía al goce de derechos a poblaciones diversas; ejemplo de ello es la inclusión de la población migrante, refugiada y solicitante de

⁸⁵ Ver:

<https://tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/contratosintegros/CEDHJ-04mar19.pdf>

la condición de refugio, dentro de proyectos como el de “Renta tu casa”⁸⁶ programa municipal que, a partir de febrero de 2021, ha incorporado la inclusión de estas poblaciones para garantizar su derecho humano a la vivienda.

Por lo anterior es difícil hablar de la generación de políticas públicas en el país, pues, al menos, a nivel municipal no se cuenta con la preparación generalizada de áreas especializadas en la planeación, ejecución y evaluación de impacto de una política pública. Sí se pueden identificar acciones como las expuestas, que evidencian que la reforma constitucional en materia de derechos humanos no solo es una cuestión de índole jurisdiccional, sino que también conlleva una incorporación administrativa cotidiana que se ejecuta desde lo local. Ello resalta en gran medida el propósito de este trabajo, que es evidenciar que la transversalización de los derechos humanos en el orden municipal responde en gran medida a la reforma constitucional en comento, es decir, el impacto de la reforma y propiamente del hecho generador de esta tiene una repercusión tal que, de gestarse en el plano internacional, su ámbito de repercusión llega a desarrollarse de cara al orden de gobierno que enfrenta la cotidianidad de la garantía de los derechos humanos.

La ejecución de una sentencia interamericana, más que una reforma legislativa, apareja la advertencia de adopción de procesos, regulaciones y criterios, que permitan alcanzar más que una interpretación judicial, un esquema administrativo, cotidiano, que permite observar justo que el centro de la prevención a las violaciones de derechos humanos está en el más cotidiano atender de las responsabilidades del Estado mediante sus órdenes de gobierno, de sus instituciones, de sus atenciones diarias, de las acciones que, por sí o en ejecución con otras actoras y actores, pueden materializar justo la encomienda de garantía, la tarea de respeto y la obligación de promoción de los derechos humanos.

A más de dos años de participación de la Dirección General de Cultura de Paz y Gobernanza, cabría resaltar diversos aspectos positivos y otros tantos por trabajar; sin embargo, es, hasta ahora, un ejemplo claro

⁸⁶ Acuerdo por el cual se publican las Reglas de Operación de Renta Tu Casa. Consultar pág. 7: <https://tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/reglamentos/acuerdopublicacion-ReglasdeoperacionProgramaRentatuCasa2021.pdf>

de lo que una reforma constitucional encausa sin que este ejercicio sea, ni por cercano, suficiente para poder cumplimentar con el respeto, garantía, promoción y difusión de los derechos humanos en México.

V. Conclusiones

Históricamente las agendas políticas, sobre todo las municipales, se han impulsado predominantemente por la voluntad, la experiencia o la urgencia por trabajar algún tema específico. Uno de los aspectos a rescatar con esta reflexión es que, aunque ello es un tema tan actual como cotidiano, la reforma constitucional en materia de derechos humanos trae aparejada la importancia de observar las obligaciones que debe guardar el Estado en sus diferentes órdenes de gobierno para respetar los derechos humanos en sus diferentes dimensiones, aunque estas sean aún, por mucho, insuficientes.

Ahora bien, una reforma sin presupuesto, sin estructura y sin una estrategia para su ejecución e implementación, resulta mera poesía legislativa y los municipios, al no gozar de dicha facultad, tienen el reto de aterrizar lo que se gesta desde la política nacional e internacional. Buscar un aterrizaje de las disposiciones que trae aparejadas el derecho internacional de los derechos humanos, del sistema universal e interamericano de derechos humanos, es un proceso por demás complejo, y en el caso específico de la reforma constitucional en México, después de diez años, apenas comienza a ser visibilizado en el orden municipal; los municipios, después de este tortuoso andar, del cual parece no haber cobrado una reacción inmediata, se han empezado a cuestionar cómo implementar todo lo que se gesta desde los criterios internacionales, las interpretaciones jurisprudenciales, desde las observaciones que, pareciera se dan por hecho, cuando se gestan en el plano supranacional, que su aterrizaje a lo local será por demás sencillo.

No obstante, lejos de ser un panorama poco alentador, es una forma de cuestionarse todo lo que implica el paradigma del reconocimiento de las libertades y derechos humanos, de focalizar el trabajo y capacitación, el acompañamiento e instrucción de las personas que trabajan para las instituciones de gobierno, de fortalecer el trabajo que ha hecho la sociedad civil organizada, la academia y otros organismos internacionales con los que se han construido buenas prácticas, con la finalidad de institucionalizar los procesos de garantía,

respeto y difusión de los derechos humanos y, entonces, comenzar a evaluar la reforma con parámetros adecuados para su medición, que es una de las herramientas de las cuales adolece el Estado.

La reforma constitucional ha llegado al punto en el que su carácter vinculante, el análisis de su procedencia o su viabilidad, a criterio propio, ha sido superada a lo largo de estos años; ahora se encara el reto de ver qué herramientas y el cómo hacer que la cultura de los derechos humanos poco a poco se normalice en sus diferentes esquemas, a saber: desde la población en general, quienes habitan, quienes fluyen, quienes son, y desde el Estado, quienes representan desde sus funciones y atribuciones las encomiendas destinadas como ente garante de los derechos humanos en México.

Pensar en cómo repercute una reforma tan importante como la esbozada en estas líneas es justo el cuestionamiento cotidiano que permite a los gobiernos locales plantearse si realmente la observancia de la carta magna, en consecuencia, los tratados internacionales, las leyes generales y su andamiaje normativo, es bien implementada de cara a la garantía de las libertades y de los derechos que tiene la población que se encuentra en México. No todo el panorama es desalentador, existen iniciativas que, más que innovadoras, son obligaciones materializadas en aras de dar cumplimiento a su responsabilidad emanada de la reforma en comento. Ello me invita a la aseveración de que no hay reforma que nazca en lo internacional que no tenga un impacto en lo local, y más que una voluntad municipal, hay buenos ejemplos que buscan la construcción de realidades que se apeguen al propósito de la norma, más que por un marco de legalidad, por una ferviente creencia de que la dignidad humana sí es posible.

De lo local surgen los problemas que llevan la discusión a la palestra federal e internacional, de lo local parte todo, en lo local repercute todo, en lo local se vive absolutamente todo.

VI. Referencias bibliográficas

Castañeda, M. (2014). *El Principio Pro Persona. Experiencias y Expectativas*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).
https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/libro_principioProPersona.pdf

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969). Organización de los Estados Americanos (OEA).
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Gobierno de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco (2020). *Convenio de Cooperación entre el Gobierno de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)*. [PDF]
<https://www.tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/arboles/contratosintegros/OrganizacionInternacionalparalasmigracionesOIM-06feb20.pdf>
- Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas (23 de noviembre de 2009).
<http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-sentencia-coidh-rosendo-radilla.pdf>
- Faya, J. (2005). La Constitución tendrá que otorgarle a los municipios la autonomía municipal. En *El Municipio en México y en el Mundo*. Valencia Carmona, Salvador. (Editor). Universidad Autónoma de México.
- Instituto de Formación Estadística y Geográfica de Jalisco (IEEG) (2019). Tlajomulco de Zúñiga Diagnóstico Municipal, marzo 2019.
<https://iieg.gob.mx/ns/wp-content/uploads/2019/06/Tlajomulco-de-Z%C3%BA%C3%Bliga.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2020).
<https://www.inegi.org.mx/app/buscador/default.html?q=Tlajomulco+de+Z%C3%BA%C3%Bliga+Jalisco#tabMCcollapse-Indicadores>
- Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal (INAFED) (2004). *Guía para el Buen Gobierno Municipal, Introducción al Gobierno y Administración Municipal*. Primera Edición. México, D.F., Tomo I.
- Jalisco Cómo Vamos (s.f.). *¿Dónde está el AMG?*
<https://jaliscocomovamos.org/donde-es-el-area-metropolitana-de-guadalajara/>
- Plan Municipal de Desarrollo y Gobernanza Tlajomulco 2018-2021 (2019).

<https://tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/reglamentos/AcuerdoPublicacion-PlanMunicipalDesarrolloGobernanzaTlajomulco2018-2021-15Julio2019.pdf>

Salazar, P. (coord.), Caballero, J., Vázquez, L. (2014). *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf>

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2019). *Principios de prevalencia de interpretación y pro persona. Conforme a éstos, cuando una norma genera varias alternativas de interpretación, debe optarse por aquella que reconozca con mayor amplitud los derechos, o bien, que los restrinja en la menor medida*, tesis XIX.1o. J/7 (10a.), registro 2021124, 22 de noviembre de 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2017). *Interpretación conforme. naturaleza y alcances a la luz del principio pro persona*, tesis 1a./J. 37/2017 (10a.), registro: 2014332, 26 de mayo de 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2014). *Control difuso de convencionalidad ex officio. Su aplicación es de naturaleza subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano*, tesis (III Región) 5o. J/8 (10a.), registro 2005942, 21 de marzo de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2013). *Control difuso de constitucionalidad ex officio. sus presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia*, tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/8 (10a.), registro 2005057, 06 de diciembre de 2013.

Capítulo X

Estudio sobre la penalidad, el juzgamiento penal y la ejecución de la pena privativa de libertad (análisis desde la óptica del modelo de estado social y democrático de derecho y del derecho internacional de los derechos humanos)

Sumario: *I. Introducción. II. La penalidad, el juzgamiento penal y la ejecución de las penas previo al modelo actual de Estado social y democrático de derecho. III. La penalidad, el juzgamiento penal y la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de derecho. IV. Los límites al ius puniendi desde el derecho internacional. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Emil José Niño Rodríguez⁸⁷

I. Introducción

En las postrimerías del siglo XIX, Melchor y Lamanette (1877) advertía que la penalidad es entendida como:

<<los castigos impuestos en las diversas épocas a los que ejecutaban acciones que con arreglo a las ideas dominantes y que servían de norma a la legislación criminal, merecían la calificación de crímenes o delitos>>, se halla íntimamente ligada a la historia de la civilización” (pág. 5).

La certeza de lo expresado es incuestionable, pues, desde las primeras sociedades conformadas por familias, se tiene constancia de las sanciones impuestas a los integrantes que atentaban contra su convivencia (Tissot, 1880, págs. 407-423).

Sin embargo, si bien desde las primeras civilizaciones occidentales el objeto de la penalidad ha permanecido invariable pues su esencia es la aflicción causada por el castigo, no ha sido así en el caso del sujeto castigado y de los métodos empleados para castigar, pues estos sí han

⁸⁷ Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá (España); responsable de la redacción de los amparos constitucionales presentados por la sociedad civil "Observatorio Venezolano de Prisiones" ante el Tribunal Supremo de Justicia; responsable del proyecto de exigibilidad de los derechos humanos de la población reclusa venezolana y redactor principal del Portafolio de Propuestas Penitenciarias, presentado por el Observatorio Venezolano de Prisiones.

variado a lo largo de la historia. En el caso de los sujetos, no solo las personas eran castigadas por cometer delitos, sino también los animales y las cosas.⁸⁸ Los métodos de castigo aún en el caso de las penas infamantes, se caracterizaban por infligir algún dolor o estigma físico, ya sea temporal o permanente. En ambos casos, los referidos cambios verificados desde la antigüedad hasta el presente se deben al proceso de racionalización al que ha sido objeto el derecho penal.

A continuación, desglosaré algunas reflexiones respecto al desarrollo histórico-jurídico de la penalidad, el juzgamiento penal y la ejecución de las penas en torno a la evolución del modelo actual de Estado social y democrático de derecho, a fin de contrastarlas con los límites a la potestad punitiva del Estado *ius puniendi*⁸⁹ desde el derecho internacional vigente y abonar a la discusión respecto de la fórmula más garantista para imponer las sanciones al autor de un delito, así como contribuir a definir las prácticas que vulneran las garantías del debido proceso.

II. La penalidad, el juzgamiento penal y la ejecución de las penas previo al modelo actual de Estado social y democrático de derecho

Desde tiempos del antiguo pueblo hebreo hasta prácticamente finales del siglo XVIII, la función de la pena era atormentar a los condenados, pues la magnitud del tormento era el criterio de proporcionalidad empleado para castigar al delincuente según la gravedad del delito. Así, en el caso de la pena capital, el tormento no solo estaba presente en los momentos previos a la muerte del penado, sino que también fue el criterio de proporcionalidad para determinar la forma de ejecutar definitivamente al castigado (la hoguera, el descuartizamiento, el estrangulamiento, la decapitación, entre otros).

⁸⁸ Von Hentig (1967) hace un estudio detenido acerca de estas cuestiones (págs. 34-87).

⁸⁹ *Ius puniendi* es una expresión jurídica latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. Se traduce literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos.

Por otra parte –todavía en el siglo XVII⁹⁰– algunas de las garantías, como el vigente principio de la personalidad de la pena,⁹¹ cedían frente al principio de responsabilidad colectiva, pues no solo lo el autor del delito era castigado, sino también lo era el grupo familiar al que este pertenecía.⁹²

De igual forma, con el transcurrir de la historia de las civilizaciones humanas, el proceso de juzgamiento penal ha sufrido alteraciones que, si bien han representado avances y retrocesos en la garantía de los derechos de las personas procesadas, estas alteraciones han sido necesarias para establecer los indicadores que, actualmente, definen los principales modelos procesales de juzgamiento penal: el acusatorio, el inquisitivo y el mixto. De la publicidad de los juicios penales que se hacían con la presencia de las partes (juez, acusador y acusado), se pasó a los juicios sumariales, donde solo bastaba para condenar la declaración de un testigo anónimo y la confesión del acusado obtenida a través del suplicio causado por la tortura.

Pero la importancia de las referidas experiencias del proceso penal antiguo estriba en que gracias a ellas se ha establecido la fórmula más garantista para imponer las sanciones al autor de un delito y, en consecuencia, ha contribuido a definir las prácticas que vulneran las garantías del debido proceso dentro del modelo actual del Estado social y democrático de derecho.

Finalmente, además de los cambios de métodos que han sufrido las penas en los términos expuestos, también la publicidad en las ejecuciones de las penas ha sufrido variaciones, sobre todo en el caso de las penas capitales y corporales, donde en la primera categoría de las penas mencionadas el reo de delito era martirizado muchas veces en presencia de la comunidad hasta su muerte para solo escarmentar al reo, sino también de mostrar a la comunidad el penoso destino de aquel que osara imitar la conducta del condenado.

⁹⁰ Al respecto, Melchor y Lamanette (1877), *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos* (págs. 104-106).

⁹¹ Al respecto, Moráis (2007), *La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal* (pág. 24).

⁹² El derecho de penar se asimilaba al derecho de venganza era un “derecho meramente privado, que la familia del ofendido heredaba y que pasaba sobre la del culpable, persiguiéndole en su persona y en la de sus hijos y nietos, hasta que llegaba el momento de quedar lavada con la sangre” (Melchor y Lamanette, F., 1877, pág. 6); más recientemente, Von Hentig (2007) ha hablado al respecto (págs. 15-34).

Esto fue así hasta el arribo de las ideas de la ilustración que derivarían en la metamorfosis del Antiguo Régimen al modelo de Estado liberal de derecho surgido de la Revolución francesa.⁹³ Con la consagración de los límites al ejercicio del poder por parte del gobernante mediante la separación de poderes y el sometimiento de estos a los postulados legales, los derechos individuales de los ciudadanos fueron reconocidos frente al poder del Estado, cuestión que influiría no solo en la consolidación del paradigma utilitarista que se empleaba en países como Francia y España, donde la pena no solo serviría para escarmentar al reo e intimidar a la sociedad, sino que también, mediante la penalidad, el reo podría reparar el daño causado a través de la realización de trabajos o tareas en beneficio del Estado. Bajo esta idea, la pena capital y las penas corporales ya no tendrían sentido, pues la ejecución de alguna de ellas implicaría la eliminación o la incapacitación de una importante mano de obra, como lo era la del penado.

Concomitantemente, la reforma de la penalidad se llevaba a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica a finales del siglo XVIII, aunque su impulso no se debió a criterios utilitarios, sino a razones religiosas. En efecto, el Estado de derecho, como fórmula de organización política de la llamada Revolución americana, fue resultado de un modelo al que obedecen los elementos más acentuados del puritanismo, cuyo sistema dice Posada (1916) se basaba en el congregacionismo, donde las autoridades serían elegidas mediante el voto de la comunidad como depositaria del poder de Cristo (págs. 24-26).

Dichas ideas puritanas incidieron en el ámbito de la penalidad, pues su tradicional rechazo a la barbarie implementada dentro de la penalidad inglesa se manifestó en la penalidad estadounidense (Melchor y Lamanette, 1877, pág. 125), cuestión que dio lugar a que en ese país naciera definitivamente la reclusión como pena privativa de libertad, sanción que más adelante se consolidará como la principal pena aplicable dentro del modelo de Estado de derecho.

De acuerdo con la investigación realizada por Toqueville y Beaumont (2005), el sistema penitenciario norteamericano fue creado para encarcelar a los culpables de los crímenes más graves y sustituir progresivamente la pena de muerte y demás castigos corporales, como

⁹³ Melchor y Lamanette F. (1877) hacen un estudio más detenido de la penalidad durante el Antiguo Régimen (págs. 94-92).

la mutilación y el látigo; sanciones que estaban contenidas en las denominadas leyes sangrientas, cuya crueldad era rechazada por los cuáqueros y puritanos radicados en Pensilvania (págs. 106 y sigs.)⁹⁴.

Si bien la pena privativa de libertad nace con la intención de humanizar las sanciones, las primeras experiencias no correspondieron enteramente con esas aspiraciones. En efecto, el régimen y la disciplina que caracterizaba al primer modelo penitenciario ensayado en Estado Unidos: *el sistema pensilvánico*, lejos de procurar la corrección del penado, acarreaba consecuencias nocivas sobre la salud del recluso, en virtud del aislamiento absoluto, prolongado y de la imposibilidad de trabajar, al que los condenados a esta pena eran sometidos (Toqueville y Beaumont, 2005, pág. 113).

La inconveniencia del sistema pensilvánico para lograr la corrección del penado dio lugar a otro modelo penitenciario: el sistema auburniano, que se caracterizaba por un régimen penitenciario más complejo y difícil de mantener sin recurrir a la violencia. Con dicho sistema, el aislamiento absoluto diurno y nocturno se flexibilizó al aplicarse solo durante la noche y permitía al recluso trabajar en común con los demás penados durante el día, aunque sometidos a un silencio riguroso y una disciplina estricta basada en fuertes castigos.

En todo caso, si bien tanto el paradigma utilitario aplicado en la penalidad de algunos países europeos como la filosofía puritana norteamericana representaron una cierta dulcificación de la penalidad, se puede afirmar que, aún bajo la vigencia del Estado de derecho, la vulneración de los derechos de los reos continuó, pues aunque con estos modelos de encierro punitivo se procuraba reformar la conducta de los condenados, el logro de la referida finalidad estaba por encima de la garantía de los derechos tal como se conocen actualmente, cuestión que se agravaba al no existir los mecanismos jurisdiccionales, como la figura del juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución de sanciones, figura importantísima para la exigibilidad de los derechos por parte de los reclusos en caso de verse vulnerados.

⁹⁴ Mata y Martín, R. M. (2016) en *Fundamentos del Sistema Penitenciario*, también hablan al respecto (pág. 2).

III. La penalidad, el juzgamiento penal y la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de derecho

En la actualidad, prácticamente la totalidad de los países occidentales están enmarcados dentro del modelo de Estado social y democrático de derecho, que es el resultado del desarrollo que la sociedad políticamente organizada ha experimentado en los últimos dos siglos.⁹⁵

Así, el Estado social y democrático de derecho se configura como un Estado de garantías de los derechos del ciudadano, pues el ejercicio del poder por parte de aquel se encuentra limitado por los postulados legales que, a su vez, consagran los derechos fundamentales de los ciudadanos. Un primer requisito para que este modelo de Estado cumpla con el referido objetivo de garantizar los derechos de los ciudadanos es que este esté sometido específicamente a una constitución, es decir, a “un documento o documentos solemnes, en los que con detalle esté previsto y regulado cuanto se refiere al Estado en sí y en sus capitales relaciones, a su organización y al ejercicio de sus funciones esenciales” (Posada, 1916, pág. 3).

Si bien en el siglo XIII se puede hablar de la existencia de una constitución (Posada, 1916, pág. 21), no fue sino hasta finales del siglo XVIII a raíz de las revoluciones norteamericana y francesa que es posible versar del modelo constitucional que permanece vigente hasta estos días. Las constituciones modernas implican que estas han sido “adoptadas por el pueblo como pacto político en ejercicio de su soberanía a través de sus representantes electos, quienes tienen que gobernar

⁹⁵ Si bien algunos países no consagran expresamente este modelo de Estado, el andamiaje jurídico del texto constitucional desarrolla este modelo, como sucede en México. Pero también existen ejemplos de países que consagran expresamente el modelo de Estado social y democrático de derecho, como España y Venezuela. En el caso español, la carta magna establece: artículo 1 de la Constitución Española: “1.- España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

En términos similares, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el referido modelo de Estado de la siguiente manera: artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

sometidos a los límites y controles constitucionales derivados del sistema de separación de poderes previsto en la Constitución” (Brewer-Carías, 2017, pág. 31). Sin embargo, no es factible referirse a un Estado constitucional de derecho por el solo hecho de que un Estado cuente con una constitución escrita, pues lo importante es el respeto de los requisitos y *solemnidades* que acompaña a su creación (Posada, 1916, págs. 16-17), ya que reafirman la garantía de que su vigencia permanecerá en el tiempo.

Ahora bien, en el ámbito de la penalidad, la vigencia del Estado de derecho implica que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado está limitado por los postulados establecidos en la ley; así, queda proscrita la arbitrariedad que caracterizaba la justicia penal vigente durante el antiguo régimen. El principio de legalidad implica que tanto la tipificación de los delitos (*nulla crimen sine lege*), la determinación de las penas (*nulla poena sine lege*), el proceso de juzgamiento (*nulla poena sine iudicio*) y la ejecución de la pena debe estar preestablecido en la ley.⁹⁶

Sin embargo, la configuración del Estado de derecho no es una garantía absoluta de los derechos de todos los ciudadanos, en los términos apuntados. Bajo el modelo de Estado liberal de derecho vigente hasta mediados del siglo XIX, la garantía del principio de legalidad, si bien regulaba la actuación estatal en el ámbito punitivo, la intervención estatal se limitaba a intentar encarcelar y corregir a los penados sin observar y atender sus necesidades existenciales.

Aun cuando, dentro del modelo de Estado liberal de derecho, la garantía del principio de legalidad trajo consigo cierta protección para el penado, no representó una garantía absoluta de los derechos del recluso durante la ejecución de la pena privativa de libertad como principal sanción penal de la era moderna. Pareciera que el perfeccionamiento de la ejecución de la pena privativa de libertad, bajo el amparo del principio de legalidad, sucedería con el arribo del modelo de Estado social de derecho.

La penalidad dentro del Estado social de derecho se caracterizó por intervenir activamente en la vida social del individuo perseguido penalmente, en virtud de que bajo este nuevo modelo estatal el Estado además de reprimir la delincuencia debía determinar las causas que

⁹⁶ En particular, respecto del principio de legalidad, Rodríguez Devesa (1981) hace un estudio detallado al respecto (págs. 162-169); asimismo, Mapelli Caffarena, B. (2011) lo hace en *Las consecuencias jurídicas del delito* (págs. 25-31) y Mir Puig, S. (2016), en *Derecho penal* (págs. 116-117).

originaban el delito y reflexionar sobre la conveniencia de la pena privativa de libertad para prevenirlo. No obstante, lo prioritario bajo este modelo no era la asistencia integral del recluso sin afectar su dignidad humana, sino lograr la reforma de la conducta del penado mediante un tratamiento penitenciario ajustado a los avances de la ciencia criminológica de finales del siglo XIX y principios del siglo XX,⁹⁷ donde la consideración de la persona privada de libertad como un sujeto de derechos quedó relegada.

Dicha consideración es resultado del reconocimiento tanto en la normativa nacional como internacional de los derechos humanos de toda persona por el sólo hecho de serlo.⁹⁸ Particularmente, el reconocimiento de la persona privada de libertad como sujeto de derechos implica, como bien advierte Moráis (2007a):

[...] el condenado no es un *aliene juris*, no está fuera del derecho, se halla en una relación de derecho público con el Estado y descontados los derechos perdidos o limitados por la condena, su condición jurídica es igual a la de las personas no condenadas (pág. 77)⁹⁹.

El reconocimiento de la vigencia de los derechos humanos de las personas condenadas tiene implicaciones en la ejecución de la pena privativa de libertad, pues algunas actividades organizadas por las administración penitenciaria, como el trabajo y la atención sanitaria de los penados, no solo constituían un mecanismo de tratamiento como sucedía en el caso de Venezuela bajo la derogada Ley de Régimen Penitenciario, y sucede actualmente en México¹⁰⁰, sino también un derecho prestacional al que el penado tenía derecho de acceder.

La consideración del penado como sujeto de derechos llegaría con el modelo de Estado social y democrático de derecho, que está orientado a alcanzar la procura existencial de los ciudadanos mediante la creación

⁹⁷ Al respecto, Bernardo de Quirós (1908) ha realizado un estudio detenido de los avances de la ciencia criminológica de finales del siglo (págs. 22-115).

⁹⁸ Acerca del concepto de los derechos humanos, se recomienda consultar el estudio realizado por Nikken, P. (2008, págs. 17-25).

⁹⁹ En el entorno cultural occidental, entre los países que han reconocido expresamente la vigencia de los derechos humanos de las personas condenadas a penas privativa de libertad se encuentran España, México y Venezuela.

¹⁰⁰ Artículo 91. Ley Nacional de Ejecución Penal: Naturaleza y Finalidad del Trabajo: El trabajo constituye uno de los ejes de la reinserción social de las personas privadas de la libertad y tiene como propósito prepararlas para su integración o reintegración al mercado laboral una vez obtenida su libertad.

de las condiciones idóneas que permitan a toda persona acceder a los derechos prestacionales, como el derecho a la salud; a la educación, cultura y deporte; al trabajo, etcétera. Por lo tanto, la ejecución de la pena privativa de libertad ajustada al modelo de Estado de derecho implica que la sanción penal, además de restablecer el orden quebrantado por el delito, debe crear las condiciones para que el penado no vuelva a delinquir una vez recupere su libertad; para ello, no solo este debe ser sometido a un tratamiento penitenciario que coadyuve a su reinserción social, sino que también el Estado tiene la obligación de brindar las condiciones necesarias para que el penado pueda acceder a los derechos prestacionales no vedados por la sentencia, como el derecho a la salud, al trabajo, a la educación, entre otros.

La finalidad reformadora de la conducta del penado que desde principios del siglo XIX fue atribuida a la pena privativa de libertad, permanece vigente actualmente. Sin embargo, en el contexto de un Estado de derecho, su legitimidad no depende solo de dicho propósito, sino que también exige que se garantice el respeto del trato humanitario y digno del recluso.

Según lo apuntado por Moráis, el derecho a un trato digno y humanitario forma parte del derecho a la integridad física y mental de las personas, consagrado en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como aquellos que regulan específicamente aspectos penitenciarios (2007, págs. 605 y sigs.). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Amezcuca, 2007) ha manifestado que:

[...] toda persona privada de libertad tiene derecho a ser respetada con dignidad y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de los derechos de los detenidos (pág. 6).

Relacionado con ello, la corte también ha manifestado:

[...] la incomunicación debe ser excepcional y que su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana, dado que puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido. A su vez, ha considerado que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que pueda verse sometida la víctima, representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Amezcuca, 2007, pág. 344).

Por otra parte, la obligación de respetar la dignidad humana de la persona privada de libertad por parte de la administración penitenciaria impone un límite al tratamiento penitenciario, pues el condenado no puede ser sometido en contra de su voluntad a experimentación médica o científica. El respeto por parte del Estado de la voluntad del condenado de participar en el tratamiento penitenciario médico o experimental es una consecuencia del reconocimiento del penado como sujeto de derechos, ya que su inobservancia colocaría al recluso como un mero objeto de estudio, vulnerándose así su dignidad humana.

Asimismo, el respeto de la voluntad del penado de participar o no en el tratamiento penitenciario es una manifestación del carácter democrático del Estado social de derecho, carácter que se configura aunado al respeto del imperio de la ley y la separación de poderes “con el respeto, garantía, y realización material de los derechos y libertades fundamentales” (Díaz, 1966, pág. 126).

Adicionalmente, la legitimidad de la pena privativa de libertad vigente dentro de un modelo de Estado de derecho depende de su capacidad para preservar los derechos humanos de los condenados. Moráis (2007) advierte que el problema de los derechos humanos dentro de las prisiones de un Estado democrático tiene dos perspectivas; a saber, “una relacionada con el reconocimiento de esos derechos y la otra, referida a su efectiva tutela y aplicación” (pág. 75).

En efecto, la eficacia del reconocimiento de los derechos humanos por parte del Estado estriba en su efectivo cumplimiento; para ello, es necesario que el ordenamiento jurídico este conformado por normas de conducta y de organización.¹⁰¹ La primera se traduciría en aquella que consagra la existencia de un derecho humano, la cual implícitamente establece la obligación de los órganos del Estado de crear las condiciones para que el ciudadano pueda acceder o hacer efectivo su derecho. Mientras que la segunda está constituida por aquella que establece cuáles son los órganos y cuál es el procedimiento que estos deben seguir para hacer valer el derecho consagrado.

La norma de organización de todo Estado moderno es, por excelencia, la constitución, porque el texto constitucional, además de

¹⁰¹ García Pelayo (1957) ha estudiado el ordenamiento jurídico y la forma en la que las normas de conducta y las normas de organización le conforman (págs. 18 y 19).

consagrar los derechos (parte dogmática), establece los medios para garantizar su cumplimiento (parte orgánica). Si bien la constitución posee normas de aplicación directa e inmediata por parte de los órganos que conforman los poderes públicos de todo Estado de derecho (poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), la garantía estriba en que en caso de incumplimiento, existan mecanismos jurisdiccionales que restablezcan el derecho vulnerado.

Abramovich y Courtis (2009), al analizar los mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en caso de incumplimiento por parte del Estado, han sostenido:

[que] la protección judicial en caso de afectación del bien que se pretende tutelar constituye un elemento central en la definición de la noción de “derecho”: la existencia de algún poder jurídico de reclamo de su titular en caso de incumplimiento de la obligación debida. El reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho. De modo que, aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no puede afirmarse que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento (pág. 10).

He advertido que, dentro del contexto de un Estado social y democrático, la persona condenada a una pena privativa de libertad es un sujeto de derechos y, en consecuencia, conserva los derechos no afectados ni limitados por la condena. Por esta razón, la garantía jurisdiccional se extiende más allá del proceso de juzgamiento penal para, en palabras de Cuello Calón (1958):

[...] con su intervención el cumplimiento de las disposiciones reguladoras y con ello la observancia del respeto debido a los derechos e intereses legítimos de los reclusos (derechos civiles, libertad, matrimonio, etc.); además de esta función de garantía jurídica se atribuye también al juez el cometido de adoptar sin interferir las atribuciones de la administración penitenciaria, medidas orientadoras del tratamiento penal (pág. 7)¹⁰².

Así, le corresponde al juez de ejecución de sanciones (juez de vigilancia penitenciaria, en España, o juez de ejecución penal, en

¹⁰² Alonso de Escamilla (1985), en *El juez de vigilancia penitenciaria*, ha abordado este tema (pág. 20).

Venezuela) el rol de velar por el respeto de los derechos humanos en general y de los derechos específicamente penitenciarios, es decir, aquellos que surgen de la relación jurídica entre la persona privada de libertad y la administración penitenciaria.

IV. Los límites al *ius puniendi* desde el derecho internacional

Para el desarrollo de este apartado se requiere, en primer lugar, responder a la siguiente cuestión: ¿es posible hablar de límites al *ius puniendi* desde el derecho internacional?

El *Ius puniendi* es la potestad del Estado de castigar o imponer medidas de seguridad para restablecer el orden jurídico lesionado por el delito.¹⁰³ Pero su ejercicio por parte del Estado debe hacerse respetando las manifestaciones del principio de legalidad.

En el ámbito del derecho internacional, en el principio *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 26, se establece que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". En consecuencia, con fundamento en esta disposición, los Estados están obligados a acatar las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

En el derecho internacional existen disposiciones que establecen límites al ejercicio del *ius puniendi* por parte de los Estados, limitaciones que inciden tanto en la penalidad como en el enjuiciamiento y ejecución penal.

El primer límite del *ius puniendi* de relevancia es la consagración del principio de legalidad penal. La Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (art. 9).

En cuanto a la penalidad, desde el reconocimiento de universal de los derechos humanos en los tratados internacionales, como el Pacto

¹⁰³ Al respecto, Mir Puig (2018) ha realizado un estudio detenido del *ius puniendi* (págs. 97-147).

Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, se establecen límites como parte del asentimiento del derecho a la vida a la pena de muerte o pena capital de la siguiente manera:

[Artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos].

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. *En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente (Cursivas nuestras).*

[Artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la vida].

1. *El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.*

2. *La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:*

a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;

b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;

c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección (Cursivas nuestras).

[Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Derecho a la Vida]

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. *En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.*

3. *No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.*

4. *En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.*

5. *No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.*

6. *Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente (Cursivas nuestras).*

Dichas disposiciones revelan la tendencia de limitar el empleo de la pena capital por parte de los Estados, que ha estado presente desde finales del siglo XIX, cuando la pena privativa de libertad pasó a protagonizar el elenco de sanciones en gran parte de los países occidentales. Sin embargo, en el caso de los países que aún conservan la pena de muerte, estas resoluciones establecen unos límites infranqueables para su imposición: la pena de muerte solo procede en cumplimiento de sentencia ejecutoriada expedida por un tribunal competente, y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 6).

El proceso de juzgamiento penal también goza de protección internacional bajo la figura del derecho a la libertad personal de la siguiente manera:

[Artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos].

1. *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*

2. *Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.*

3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

4. *Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.*

5. *Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación (Cursivas nuestras).*

[Artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la libertad y a la seguridad]. 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:*

a) *Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;*

b) *Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;*

c) *Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de*

que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;

d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;

e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación. (Cursivas nuestras)

Artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos

Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios (Cursivas nuestras).

Finalmente, la pena privativa de libertad aunque es una sanción tolerada por el derecho internacional está sometida a una serie de limitaciones con el objeto de que su ejecución no afecte el derecho al trato humanitario y digno del recluso. El derecho al trato humanitario y digno forma parte del derecho a la integridad física y mental de las personas y está consagrado en los artículos 7 y 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dichos artículos establecen:

[Artículo 7]

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

[Artículo 10]

1. *Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

2. a) *Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;*

b) *Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.*

3. *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica” (Cursivas nuestras).*

Por su parte, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos regula la integridad personal de la siguiente manera:

Prohibición de la tortura: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

El artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho a la integridad personal en los siguientes términos:

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

2. *La pena no puede trascender de la persona del delincuente.*

3. *Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias.*

4. *excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.*

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*” (Cursivas nuestras).

Al respecto, Moráis (2017b) ha advertido que la protección al derecho a la integridad personal contenida en dicho artículo tiene una doble vertiente:

[una] de carácter general, que se refiere a la prohibición expresa de la tortura, de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y las penas crueles, inhumanas y degradantes, y otra de carácter específico, que se refiere a las personas privadas de libertad, para los cuales se exige un trato humanitario y respetuoso de la dignidad inherente a todo ser humano (pág. 606).

En lo que respecta a la primera de las vertientes señaladas la autora, referida a la prohibición expresa de la tortura y demás tratos crueles, inhumanos y degradantes, constituye una reafirmación del derecho a la dignidad humana, derecho que debe garantizarse en cada una de las etapas que conforman el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. En los periodos históricos anteriores a la adopción del Estado social y democrático de derecho, la tortura ha sido un mecanismo empleado habitualmente para procurar la confesión del acusado y como mecanismo para aumentar la aflicción y el tormento del condenado durante el cumplimiento de la pena.

En consecuencia, todo acto de tortura y de trato cruel, inhumano y degradante sobre la persona sometida a la justicia penal es un acto arbitrario del poder estatal contrario al modelo de Estado de derecho, cuyo sistema de administración de justicia no busca mediante el terror satisfacer el sentimiento de venganza, sino que, por el contrario, procura mediante la realización de la justicia restablecer del orden jurídico lesionado por el delito.

[Ahora bien], la definición de la tortura la vamos a encontrar en la normativa internacional específica o sea en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes¹⁰⁴, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1984 y en la

¹⁰⁴ Artículo 1 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes:

“1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de

Convención Interamericana para Prevenir la Tortura¹⁰⁵, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en 1985 (Moráis, 2007b, pág. 606).

De acuerdo con el contenido de los referidos artículos de ambas convenciones, para que se configure la tortura, el acto de torturar debe realizarlo un funcionario público de forma deliberada, con intención, “lo cual implica que el sujeto activo tenga conciencia de que lo que está haciendo puede causar dolor o sufrimiento grave. Este elemento psicológico, equivalente al dolo, excluye los actos que por imprudencia o impericia puedan causar dolor o sufrimiento” (Moráis, 2007b, pág. 607)¹⁰⁶.

Asimismo, “en cuanto a los propósitos del acto que causa sufrimiento o dolor, serían básicamente los siguientes: obtener información (confesión de delito, denuncia de cómplices, etc.); castigar a la persona por algo que haya hecho, intimidar a esa persona o a otras y cualquier motivación, basada en cualquier tipo de discriminación” (Moráis, 2007b, págs. 607-608).

Finalmente, el artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos influyó en la reforma de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela),

obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”.

¹⁰⁵ Artículo 2 Convención Interamericana para Prevenir la Tortura

“Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

¹⁰⁶ Faundez, H. (1992), en *Administración de justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, realizó un estudio al respecto (pág. 101).

en virtud de que dicha prohibición fue incluida en la Regla 1 y la tortura quedó proscrita expresamente en el ámbito penitenciario¹⁰⁷ de la siguiente manera:

[Regla 1]

Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.

En cuanto a la segunda vertiente referida al trato humanitario y digno, Moráis señala:

[que] tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, después de decir expresamente que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el debido respeto de la dignidad inherente al ser humano, formulan garantías concretas a ese derecho, las cuales se refieren a la detención preventiva (los procesados estarán separados de los condenados y recibirán trato digno, adecuado a su condición de personas no condenadas) a la finalidad del Régimen Penitenciario (que será la rehabilitación del penado) (Moráis, 2007b, pág. 609).

En cuanto a la separación de los condenados y procesados, se trata más de una garantía para el procesado que para el condenado, pues tanto el artículo 10 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, como el 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen que “los procesados serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de no condenados”. Cabe señalar en este punto que la referida distinción es una reafirmación del principio procesal de presunción de inocencia, también consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos,¹⁰⁸ el cual implica que el procesado

¹⁰⁷ Se recomienda ver el Informe de la Reunión del Grupo de Expertos sobre las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, celebrada en Viena del 31 de enero al 2 de febrero de 2012 (Reforma Penal Internacional, 2012, pág. 6).

¹⁰⁸ Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos
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.

debe ser tratado como inocente aunque esté privado de libertad hasta que se acredite lo contrario mediante una sentencia condenatoria definitivamente firme.

Respecto a la finalidad del régimen penitenciario, tanto el artículo 10 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos como el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresan que las penas privativas de la libertad estarán orientadas a la reforma y la readaptación social de los condenados. Pese a la crítica que un importante sector de la doctrina dirige en contra del llamado paradigma del tratamiento, pues su implementación podría atentar contra la dignidad humana del recluso, el procedimiento penitenciario solo es posible, si se cuenta con la participación voluntaria en dicho régimen por parte del condenado.

V. Conclusiones

Es indudable que la libertad del recluso está limitada por la disciplina inherente del régimen penitenciario, pero no se puede obviar el hecho de que incluso la actuación de la administración penitenciaria está condicionada por la ley, la cual no solo debe reconocer los derechos de los penados, sino también establecer los mecanismos jurisdiccionales

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.* Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (Cursivas propias).

efectivos para restituir tales derechos en caso de que sean vulnerados por parte de la administración penitenciaria.

En definitiva, la administración penitenciaria debe reducir al máximo los efectos nocivos de la prisión sobre el recluso no solamente para alcanzar su reinserción, en los términos expresados por la Regla 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento,¹⁰⁹ sino también porque es una exigencia del derecho al trato humanitario y digno que debe recibir todo condenado a una pena privativa de libertad ejecutada en el marco de un Estado social y democrático de derecho.

VI. Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2009). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En Ávila Santamaría, V. y Courtis, C. eds. *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031282>.
- Alonso de Escamilla, A. (1985). *El juez de vigilancia penitenciaria*. Editorial Civitas, S. A.
- Amezcuá, L. (2007). Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 8.
- Bernardo de Quirós, C. (1908). Las nuevas teorías de la criminalidad. 2ª ed. *Revista de Legislación*.
- Brewer-Carías, A. (2017). *La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho*. Iustel Portal Derecho S. A.

¹⁰⁹ Regla 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento del Recluso: “1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo. 2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos”.

- <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer.-libro.-DICTADURA-JUDICIAL-Y-PERVERSI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-2a-edici%C3%B3n-2016-ISBN-9789803653422.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 1: Pena de muerte*. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana.
- Cuello Calón, E. (1958). *La moderna penología (represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Bosch, Casa Editorial, S.A.
- Díaz, E. (1966). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Editorial Cuadernos para el Diálogo, S. A.
- Faundez, H. (1992). *Administración de justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Comisión de Estudios de Postgrado, Instituto de Derecho Público.
- García Pelayo, M. (1957). *Derecho constitucional comparado*. 4ª ed. *Manuales de la Revista de Occidente*, Madrid.
- Mapelli Caffarena, B. (2011). *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5ª ed. Civitas-Thomson Reuters.
- Mata y Martín, R. M. (2016). *Fundamentos del Sistema Penitenciario*. Editorial Tecnos.
- Melchor y Lamanette, F. (1877). *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio Histórico. Revista de Legislación*.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte General*. 10ª ed. Editorial Reppertor.
- Mir Puig, S. (2018). *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2ª ed. Editorial IB de F.
- Moráis, M. G. (2007a). *La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal*. 3ª ed. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2007.
- Moráis, M. G. (2007b). *Los derechos de los adolescentes durante la fase de ejecución de las medidas impuestas en virtud de la condena penal (Especial referencia al derecho al trato humanitario y digno)*. En *VV. AA.: Justicia Penal y Estado de Derecho*. Homenaje a Francisco Castillo González. Editorial Jurídica Continental-ILANUD.

- Nikken, P. (2008). El concepto de Derechos Humanos. En *VVAA.: Manual de Derechos Humanos*. Centro de Estudios de Derechos Humanos-Universidad Central de Venezuela.
- Posada, A. (1916). *Tratado de Derecho político*. 2ª ed. Tomo II. Librería General de Victoriano Suárez.
- Reforma Penal Internacional (2012). Informe de la Reunión del Grupo de expertos sobre las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, celebrada en Viena del 31 de enero al 2 de febrero de 2012 (16 de febrero de 2012), UN Doc UNODC/CCPPCJ/EG6/2012/1.
- Rodríguez Devesa, J.M. (1981). *Derecho penal español*. Parte General. 8ª ed.
- Tissot, J. (1880). El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo. *Introducción filosófica e histórica al Estudio del derecho penal*. Tomo I. F. Góngora y Compañía, editores.
- Toqueville, A. y Beaumont, G. (2005). *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia*. Reimpresión. Tecnos.
- Von Hentig, H. (1967). La Pena I. *Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*. Espasa-Calpe S.A.

Capítulo XI

Categorías en diversidad sexual¹¹⁰

Sumario: I. Introducción. II. Diversidad sexual. III. Sexo. IV. Género. V. Identidad de género. VI. Expresión de género. VII. El terreno del erotismo: Orientación sexual, preferencia sexual y las expresiones comportamentales de la sexualidad humana. VIII. Orientación relacional. IX. Los derechos humanos y su relación con las categorías de la diversidad sexual. X. Conclusión. XI. Referencias bibliográficas.

Gabriel Molina Huerta¹¹¹

I. Introducción

A la categoría diversidad sexual se le han asignado distintos significados por los diferentes contextos en los que se utiliza: en su uso coloquial, en los medios de comunicación, en los movimientos políticos y en la academia. El concepto sigue vivo y en boca de las personas, se discute y, en muchas ocasiones, no hay consenso.

Este texto retoma algunas de esas discusiones para agrupar los diferentes conceptos que abraza la categoría diversidad sexual, presentar cómo se pueden alinear entre sí y qué preguntas siguen abiertas.

II. Diversidad Sexual

Guillermo Núñez (2011) considera que hay tres usos que se le ha dado a la diversidad sexual. El primero suele utilizarse de forma eufemística para referirse a aquellas prácticas sexuales o grupos identitarios estigmatizados con palabras que “suenan mal”. Por ejemplo, hay personas que creen que gay es una “palabra fuerte”, una “mala palabra”

¹¹⁰ Este texto es la revisión y ampliación de la ponencia “Los conceptos dentro de la diversidad sexual: sexo, género, identidad de género, expresión de género, preferencia sexual, orientación sexual y expresiones comportamentales” efectuada en el primer encuentro de estudiantes de posgrado de la Universidad de Guadalajara el 23 de febrero de 2018.

¹¹¹ Licenciado en Psicología y maestro en Ciencias Sociales y Humanidades, maestrante en Educación Sexual, especialista en temas de sexualidad, género y masculinidades. Conferencista, tallerista y docente. Actualmente es miembro de Dejar de Chingar -un grupo de hombres que buscan hacerse cargo de sus violencias machistas- y jefe de Diversidad Sexual en la Dirección de Derechos Humanos y Grupos Prioritarios en Zapopan, Jalisco.

o una ofensa, y suele emplear como eufemismo *diversidad sexual* para suavizar su uso; “Es una persona de la diversidad sexual”.

El segundo uso de diversidad sexual es como término “sombrija” que abraza y agrupa a todos los grupos estigmatizados por aspectos de la identidad sexual. En él, se suele equiparar a la diversidad sexual con las siglas LGBTTTIQA+,¹¹² además de que este suele utilizarse de diversas formas, agregando o quitando letras que representan identidades.

Sin embargo, habría que problematizar si dichas siglas pueden entenderse como un sinónimo de diversidad sexual. ¿Las siglas son la diversidad sexual? Ellas agrupan diversas identidades vinculadas con la sexualidad;¹¹³ no obstante, existen muchas más identidades y que no son nombradas, entonces, ¿Cuál es el criterio para agregar letras o identidades? ¿Se tendría que incluir a las personas heterosexuales? Si el criterio para integrarse es la subversión de las hegemonías de la sexualidad, la respuesta sería “no”.

Las siglas, como están ahora, no muestran a todos los grupos disidentes sexuales, ¿Se resuelve este problema con el “+” que suele agregarse al final de un listado de letras? ¿Se pueden nombrar y enlistar todos los grupos e identidades disidentes de la sexualidad?

Si solo se agrupan a las identidades disidentes, ¿cuál es el criterio para integrar identidades al listado? Por ejemplo, la población *swinger*¹¹⁴ es un conjunto con una amplia trayectoria y cultura que forma parte de

¹¹² Cada letra corresponde a personas lesbianas, gais, bisexuales, travestis, transgéneros, transexuales, intersexuales, queers, asexuales y el “+” hace referencia a que se reconoce que puede haber más identidades o letras que no estén nombradas en estas siglas.

¹¹³ Sexualidad es otro concepto que debe definirse. Jeffrey Weeks es un académico inglés que ha teorizado al respecto, en una entrevista explicó que “la sexualidad es un concepto muy elástico. Se relaciona con el cuerpo y sus placeres, y se refiere a relaciones entre hombres y mujeres, homosexuales y heterosexuales. La sexualidad significa todas estas cosas, pero también es una estructura de poder que tiene una historia” (Weeks, 2014). En México, Eusebio Rubio Aureoles (1994b) es un sexólogo que se ha dedicado a revisar a profundidad el concepto desde diferentes enfoques.

¹¹⁴ Se denomina *swingers* a las parejas que tienen una relación estable y que tienen prácticas sexuales consentidas por parte de ambos miembros de la pareja con otras parejas, generalmente en fiestas o espacios previamente acordados por todas las personas involucradas.

la disidencia sexual; las identidades pansexuales¹¹⁵ y demisexuales¹¹⁶ tienen banderas que representan lo que representan; las muxes¹¹⁷ llevan años luchando por el reconocimiento y visibilidad ¿Se tendrían que agregar a las letras de las siglas estas identidades? ¿Por qué sí, por qué no? ¿En México se repiten unas siglas que responden a una agenda internacional sin hacer un análisis contextual o se hace como una estrategia política?

En el caso de que estas siglas hicieran referencia a un movimiento social, ¿todas las letras y, por lo tanto, todas las identidades que lo conforman deben formar parte activamente de dicho movimiento? ¿Si no hay grupos organizados de alguna identidad se debe retirar dicha letra? ¿Las siglas se deben ajustar al contexto geográfico de los movimientos sociales? Al ser un movimiento social, ¿las identidades que lo integran deben tener una agenda legislativa y social activa?

Considero importante revivir estos debates dentro de los movimientos y ciencias sociales.

Por último, el tercer uso que se le ha dado a diversidad sexual, según Núñez (2011), es para referirse a la otredad de la hegemonía sexual (hombre-cis-heterosexual, etcétera).

Mogrovejo (2008) hace la invitación a diferenciar diversidad sexual de disidencia sexual, pues entiende al segundo término como la

¹¹⁵ La pansexualidad se ha clasificado como una orientación sexual desde una postura política que cuestiona el modelo dicotómico hétero, homo y bisexual. Sin embargo, el concepto también se ha criticado desde los activismos: se suele definir como “un gusto por las personas más allá de su género, es decir, una persona pansexual gusta de hombres, mujeres, personas trans, no binarias, etcétera”. Sobre esta definición ha habido debates y diálogos, expongo dos: el primero, la pansexualidad como una postura transfóbica, pues considera que las personas trans no son hombres o mujeres y que por ello hay que crear otro concepto para nombrar el gusto por ellas y ellos; el segundo, la pansexualidad como un concepto que hace evidentes los claros límites de la categoría “orientación sexual”, pues esta se refiere a la relación del gusto de una persona por otra en cuanto a sus géneros y que no puede explicar a aquellas personas que rompen el binarismo del género. Considero que la pansexualidad podría clasificarse como una identidad política en vez de una orientación sexual.

¹¹⁶ La demisexualidad también se ha clasificado como una orientación sexual que se puede subclasificar con cualquier otra orientación sexual (hétero, homo, bi y pansexual), pero con la condicionante de que el gusto o deseo dependerá del vínculo afectivo creado previamente entre las personas involucradas. Se suele vincular con la asexualidad y la grisexualidad. Considero importante clarificar las definiciones de dichos conceptos para identificar las fronteras conceptuales.

¹¹⁷ Las *muxes* son una identidad reconocida en el Istmo de Tehuantepec, en Oaxaca, al sur de México, como el tercer género. Es decir, se reconoce que hay mujeres, hombres y muxes.

evidencia de que todas estas categorías que agrupa la diversidad sexual no se viven lado a lado en las prácticas sociales, sino que hay una pugna constante y negociaciones por la visibilidad e invisibilidad. La o las disidencias sexuales son aquellas prácticas, grupos o identidades de la sexualidad que se viven como alteridad de las hegemonías.

Creo que ambos términos son útiles y que responden a cuestionamientos diferentes y necesarios de plantear. Entiendo a la diversidad sexual como las múltiples posibilidades en las que las personas pueden vivir las sexualidades con relación a su sexo, género, identidad de género, expresión de género, preferencia sexual, orientación sexual, expresiones comportamentales de la sexualidad y orientación relacional, categorías relativamente independientes unas de las otras y que, en su conjunto interseccionado, forman una compleja identidad sexual, además de la intersección con otras categorías de análisis; raza y clase, por ejemplo.

Estas formas en las que se ha categorizado la diversidad sexual son el resultado de diversas investigaciones en temas de sexualidad. Un ejemplo de una propuesta teórica que busca reunir varias de estas categorías es la de *los cuatro holones de la sexualidad*, de Eusebio Rubio (1994a), o la persona de jengibre-género (*the genderbread person*), de Sam Killerman (2014), es decir, ya existen modelos que teorizan y agrupan categorías tan complejas.

Todas estas categorías forman parte del gran espectro de la diversidad sexual, es decir, todas las personas las tienen, gocen o no de la hegemonía: una persona heterosexual tiene orientación sexual, una persona cisgénero tiene identidad de género. Estas aseveraciones parecen obvias, pero, en la cotidianidad, (y también en la academia o en el activismo) suelen ser evocadas solo cuando se nombran las disidencias: se nombra a la orientación sexual cuando se habla de homosexuales y bisexuales, se nombra a la identidad de género cuando se habla de las personas trans. Cada uno de los conceptos que conlleva cada categoría tiene un rol distinto en la sociedad y, generalmente, estos no son horizontales, sino verticales, y esas verticalidades suponen la dominación de unos contra la sumisión de otros. No basta con nombrarlos, sino dar cuenta de las relaciones de poder que los sustentan.

Prueba de ello es que la creación y teorización de la mayoría de las categorías ha sido impulsada por grupos en situaciones de vulnerabilidad o alteridad y que los grupos hegemónicos no logran vislumbrar o

considerar relevantes, pues no viven afectaciones en sus derechos o dignidad.

La categoría sexo y su relación con el género se empezó a cuestionar por los grupos intersexuales y transexuales (Alvarez-Gayou, 1996; Fausto-Sterling, 2000; Cabral, 2005; Torres, 2005; Vargas, 2013); la categoría género, por los grupos de mujeres feministas (De Beauvoir, 1949; Rubin, 1986; Scott, 1996; De Barbieri, 1990, Lamas, 2000); la orientación y preferencia sexual surgieron para entender a los grupos de personas homo y bisexuales (Alvarez-Gayou, 1996; Alcaraz y Alcaraz, 2008); las expresiones comportamentales de la sexualidad humana es una teoría de Juan Luis Álvarez-Gayou Jurgenson (1986), que busca reconocer, de las actividades sexuales menos comunes, el factor que comparten entre sí: los placeres (filias).

Sobre la categoría de expresión de género, considero que es un término impulsado, sobre todo, desde los grupos activistas y que aún no se ha teorizado mucho al respecto. Un ejemplo es la definición de Alcaraz y Alcaraz (2008) que aparece en un manual del Conapred¹¹⁸ (que revisaré más adelante) y los diversos conceptos que emergen de diferentes fuentes internacionales¹¹⁹ y nacionales¹²⁰, es decir, la mayoría de esta conceptualización surge desde las instituciones y no desde las investigaciones empíricas o teóricas. Con esto no pretendo demeritar al potencial de dichos conceptos, sino evidenciar la complejidad al intentar agrupar categorías que tienen orígenes en diferentes áreas o que

¹¹⁸ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, en México.

¹¹⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 sobre Identidad de género, e igualdad y no discriminación de parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3°, 7°, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 24 de noviembre de 2017. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

¹²⁰ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred). 2016. Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales, primera edición. Disponible en https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Glosario_TDSyG_WEB.pdf y de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco (CEDHJ) 2019. Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de la población LGBTTTIQ+ en el estado de Jalisco 2018. Elaborado por el Mtro. José Benjamín González Mauricio, responsable del Grupo de Trabajo Especializado en Diversidad Sexual de la CEDHJ. Disponible en: <http://cedhj.org.mx/recomendaciones/inf.%20especiales/2018/Diversidad%20Sexual.pdf>

responden a un objetivo diferente (como la descripción de un fenómeno y el acceso a un derecho).

El feminismo postmoderno, representado por Judith Butler, complejiza el concepto de género y dinamiza a las sexualidades, reconociéndolas como entidades no estáticas ni en sociedades ni a lo largo de la vida de las personas (Butler, 2006; Tarrés, 2012), ello hace del concepto de “diversidad” el más adecuado.

La orientación relacional es una categoría relativamente nueva y que ha surgido para entender aquellas formas de relación diferentes a la monogamia (Vasallo, 2020).

Considero que la diversidad sexual es un concepto que forma una entramada y compleja identidad con relación a sus múltiples categorías y que estas no tienen las mismas posiciones de poder en las sociedades. En adelante, haré un recorrido por cada una de estas nociones.

III. Sexo

El movimiento de personas intersexuales (sobre todo sus madres y padres) fueron las primeras en denunciar los diagnósticos simplistas y binarios sobre el sexo, pues generaban, en aras de regular los sexos que no cumplían esta dicotomía, procesos dolorosos de modificación y mutilaciones genitales (Cabral, 2005). La transgeneridad y la transexualidad también han puesto el dedo en el renglón de la categoría sexo, al considerarse que este tiene una inherente relación con el género y las personas trans,¹²¹ quienes cuestionan dicha relación.

Élida Vargas Barrantes (2013) define al sexo como un “conjunto de características biológicas que definen al espectro de seres humanos como machos o hembras”¹²² (pág. 143). En las investigaciones revisadas (Fausto-Sterling, 2000; Cabral, 2005; Vargas, 2013), se plantea que hay diferentes dimensiones para determinar el sexo de las y los humanos.

¹²¹ Más adelante, en el apartado de género, explico por qué hago uso del término *trans* a secas sin sus apellidos generidad o sexualidad.

¹²² Hay personas que difieren en el uso de hembra y macho para humanas y humanos con el argumento de que son categorías animales. Hay que recordar que la especie humana es una especie animal y también nos corresponden dichas categorías y es importante no confundirlas con hombre y mujer, que corresponden al género. También se discute no usar *macho* porque puede relacionarse con el *machismo*. En lo personal, difiero con esa discusión, considero que pueden existir personas que por sexo son macho y que pueden o no reproducir lógicas machistas, es decir, que son categorías independientes.

- Sexo cromosómico: Aquella información genotípica determinada desde el momento de la fecundación. Generalmente se conocen las combinaciones XX y XY; sin embargo, existen otras realidades intersexuales con combinaciones de dichos cromosomas: XO, XXX o XXY.
- Sexo cerebral: compuesto de aquellos órganos encargados de las funciones sexuales primarias y sobre la información neurológica para la producción de hormonas (hipotálamo, lóbulo frontal, cuerpo calloso).
- Sexo gonadal: son los órganos encargados de la producción de hormonas (los ovarios y los testículos).
- Sexo genital: Incluye tanto los órganos internos (vagina, próstata, conductos deferentes, útero, etc.) como los externos (vulva y pene). Estos órganos en su conjunto tienen dos funciones: el placer sexual físico y el proceso de reproducción.
- Sexo fisiológico: son todos los caracteres sexuales secundarios (desarrollo de pechos, engrosamiento de la voz, vello púbico, etcétera) (Vargas, 2013; Torres, 2005; Fausto-Sterling, 2000; Alvarez-Gayou, 1996)

Estas diferentes dimensiones del sexo son las que determinan si la persona es macho, hembra o intersexual y se desarrollan desde la fecundación hasta la pubertad. De aquí que la reasignación¹²³ de sexo sea más sencilla en las últimas dimensiones del sexo (Torres, 2005).

Hay personas cuya condición intersexual no es detectada en el nacimiento (o antes, mediante los ultrasonidos) debido a que, generalmente, las y los médicos utilizan solo el sexo genital como criterio de diagnóstico.¹²⁴ El sexo es asignado, hecho que genera bastantes problemas en la población intersexual.

Es probable que, a la pregunta ¿Qué te hace ser hombre/mujer?, una de las primeras respuestas que puede venir a la mente está relacionada con nuestros genitales; “soy mujer porque tengo vulva”, pero, como señala Anne Fausto-Sterling (2000), nos relacionamos

¹²³ La reasignación de sexo trata de aquellas intervenciones quirúrgicas u hormonales para modificar una o varias dimensiones del sexo.

¹²⁴ Cabe recordar que tampoco utilizan el sexo gonadal como criterio, pues, en las hembras, no es observable a simple vista; en los machos, los testículos descienden por el canal inguinal hacia el escroto hasta, aproximadamente, los nueve meses.

mediante las atribuciones de género sin tener acceso a los genitales de las otras personas. Cuando saludamos a alguien, sabemos la diferencia de un “buenos días, señor” o “buenos días, señora”, sin la necesidad de bajar pantalones o levantar faldas.

Por lo tanto, hay que tener especial cuidado con las distinciones entre sexo y género (Scott, 2011; Butler, 2006), pues suponer que la diferencia principal se basa en que el sexo es meramente biológico y que el género es la interpretación culturalmente asignada a esa división dicotómica deja de lado que el sexo también contiene una alta carga cultural. Hay que entender entonces al sexo, sí, como una serie de elementos corporales, pero también comprender que a estos se les han colgado simbolismos y significados culturales (como a casi cualquier cosa “natural”).

El sexo, más que ser una “base biológica”, es el resultado de un proceso histórico de ordenamiento social; es parte del “escenario reproductivo”, que incluye una serie de prácticas y rituales, como la idea de diferencias y similitudes sexuales corporales, el parto, el cuidado de niñas y niños, el inicio de la vida sexual, las prácticas eróticas, etcétera, y que se ha construido para validar una forma de ordenamiento social: el género (Connell, 1995).

IV. Género

El resultado teórico más explícito y compartido entre las feministas es el “género”, una categoría que se ha usado desde dos grandes tradiciones: la primera, como revisión de las condiciones de las mujeres; la segunda, como un estudio de la sociedad que genera subordinación y relaciones de poder (De Barbieri, 1996). La perspectiva feminista, con una larga tradición en investigación en su búsqueda por explicar a las mujeres como sujetas, también ha explicado la condición de los hombres.

Nos relacionamos mediante el género y no del sexo, este hecho ha sido ampliamente estudiado desde los estudios de género. Simone de Beauvoir (1949), con su famosa frase “no se nace mujer, se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana” (p. 87), explica que la condición de mujer no está determinada por la biología, sino por el contexto social. Así como las personas intersexuales y trans abogan por

la categoría sexo para evidenciar la hegemonía *cis*¹²⁵ sobre lo trans y la dicotomía macho-hembra que excluye a lo intersexual, las feministas lo hacen por la categoría género para evidenciar que los términos hombre y mujer no solo son diferentes, sino jerárquicos, pues colocan a unos sujetos por encima de otras sujetas, ello basado en un sistema social: el patriarcado.

Después de la segunda ola del feminismo, con Simone de Beauvoir, se empezaron a desarrollar los llamados estudios de las mujeres y con ellos se consolidó la teoría de género. Estos estudios parten de la idea de que la construcción social del género se establece a partir de una diferencia anatómica: el sexo (Rubin, 1986; Scott, 1996). Al respecto, Marta Lamas (2000) indica que el género es la categoría que define social y culturalmente a hombres y a mujeres, asignándoles roles específicos a cada uno desde que nacen (o antes) a partir de la identificación de la diferencia sexual. Esa definición social está enmarcada en un contexto histórico, geográfico, político, religioso, etcétera. No es lo mismo ser hombre hoy que ser hombre hace cien años, no es lo mismo ser hombre en México que serlo en Japón. El género determina gran parte de nuestra identidad: por ejemplo, nos asignan un nombre con relación al género que nos construyen. Al retomar lo revisado, es posible sumar que el sexo es asignado y el género es construido.

Por su lado, Scott (1996) recopila las formas en las que se ha estudiado el género y, a partir de ello, hace una definición que complementa esta visión y la cual consta de dos partes. La primera, es lo relativo a lo analizado anteriormente “el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos” (pág. 23); simultáneamente, disgrega estas relaciones sociales en otros cuatro elementos que son constitutivos del género.

- Los símbolos culturalmente disponibles evocan representaciones múltiples y, a menudo, contradictorias. Ejemplifica con el caso de María, un arquetipo donde los imperativos de ser mujer existen con relación a ser virgen y madre (gestante) a la vez, condiciones imposibles, pero resultado de una tradición religiosa judeocristiana. El modelo de las y los protagonistas de películas,

¹²⁵ Término que explicaré más adelante

series y novelas también es un tipo de símbolo cultural cotidiano al alcance de muchas personas. Estos ideales pueden estar en escaparates macrosociales o en contextos más inmediatos, como el líder de una pandilla.

- Los conceptos normativos son las herramientas conceptuales que dota la sociedad a las y los individuos para leer aquellos símbolos culturales. Esos conceptos se expresan en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas, y que dan por hecho el significado de hombre y mujer, y sus expresiones, masculino y femenino. De ahí que, aunque el símbolo sea el mismo en diferentes culturas, los conceptos normativos pueden interpretarlo de manera diferente, haciendo que la forma de ser hombre o mujer varíe de cultura a cultura.
- El sistema institucional en el que se crea y reconstruye el género, y en donde también se negocia el género. Es la familia, la escuela, el trabajo, la policía, la televisión, el barrio, etcétera, en el cual se crean representaciones binarias del ser hombre y mujer, y que tienen cierta fijeza a lo largo del tiempo.
- La identidad subjetiva: El factor psicológico, cuándo y cómo una persona interioriza esas reglas y mandatos, y los hace parte de su autoconcepto.

La segunda parte de su definición dice que “el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder” (pág. 23). Si bien no es el único lugar donde se articulan estas relaciones desiguales, ha sido un espacio recurrente en el que se originan aquellas tradiciones occidentales, judeo-cristianas e islámicas.

Partiendo de esta segunda parte de la definición de género, es posible entender que el género es un ordenador social, a los hombres se les otorga espacios públicos (por ejemplo, el trabajo) y, a las mujeres privados, (por ejemplo, la casa); a ellos, la producción; a ellas, la reproducción y el cuidado; a ellos, las violencias; a ellas, los afectos, etcétera. Además de ser un ordenador social, el género también ordena el erotismo y la reproducción (De Barbieri, 1996), por lo tanto, cuando se revise la orientación sexual y las expresiones comportamentales se debe considerar que el género también está detrás de lo que pareciera un gusto meramente personal.

Scott (1996) hace una revisión rigurosa del “género” y sus implicaciones. Sin embargo, también existe un desarrollo extenso de otras identidades que caben en dicha categoría, donde las personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres (asexuales) o que transitan entre estos dos términos (género no binario, género neutro, dos espíritus, androginia, etcétera) y que no son nombradas por esta propuesta.

Para ello, Judith Butler complejiza el concepto al proponer que el género no es estático, se va construyendo en tanto se performa y se repita este performance, por ello se puede modificar o deshacer. Al respecto menciona:

Si una “es” una mujer, es evidente que eso no es todo lo que una es; el concepto no es exhaustivo, no porque una “persona” con un género predeterminado sobrepase los atributos específicos de su género, sino porque el género no siempre se constituye de forma coherente o consistente en contextos históricos distintos, y porque se entrecruza con modalidades raciales, de clase, étnicas sexuales y regionales de identidades discursivamente constituidas. Así, es imposible separar el “género” de las intersecciones políticas y culturales en las que constantemente se produce y se mantiene (Butler 2007, p. 49).

El género es auto-constitutivo, es tanto el proceso que lo forma como el producto final, es lo que se impone, pero también es lo que se hace cuando se cuestiona esa imposición (Scott, 1996; De Barbieri, 1996). Butler hace hincapié en aquellas actuaciones reiteradas, a ello le llama *performance* y para ella eso es lo que hace al género. Esta perspectiva permite observar la forma en la que opera socialmente el género (Della-Ventura, 2016).

Además, Butler considera que las actuaciones están constreñidas a marcos normativos, pautas de actuación: la heteronorma, regla que dicta la alineación entre el sexo, género y la sexualidad (el erotismo);¹²⁶ para otras autoras, estas reglas son producidas por sistemas similares, como el sistema sexo-género (Rubin, 1986) o el patriarcado (Scott, 2011; Segato, 2013). La frase "*el machismo mata*", popularizada por los feminismos, da cuenta de que el performance de género tiene implicaciones severas cuando sus reglas no se cumplen (Butler, 2002).

Sin embargo, la formación del/a sujeto/a tiene capacidad de agencia. Butler retoma la noción de poder de Foucault y su afecto

¹²⁶ El término sexualidad se ha convertido en una categoría tan amplia que por eso prefiero nombrarlo como erotismo, ya que Butler se refiere a las prácticas que existen con relación a los placeres y no a la sexualidad en general.

ambivalente (lo subordina y lo produce) para evidenciar el efecto paradójico del performance: nunca se van a poder reproducir tal cual las nociones normativas del género (cabe recordad que, como lo explica Scott (1996), los símbolos culturalmente disponibles evocan representaciones a menudo contradictorias, por lo tanto, imposibles de reproducir) pero, a su vez, cada performance existe con relación a dichas nociones y, por lo tanto, las validan al evocarlas. Con cada performance se produce una nueva identidad diferente a la hegemónica, pero siempre con dicha identidad como referente. Para Butler (2006), la identidad es el resultado de los diferentes performances que actúa el sujeto/a, además de que una persona puede tener varios discursos entre los orales y los actuados.

Así, al ser el género auto-constitutivo, y al haber agencia que permite modificarlo, es que se explica la existencia de las identidades que cuestionan los modelos normativos, como las personas asexuales, género no binario, género neutro, dos espíritus, androginia, etcétera.

V. Identidad de género

La identidad de género es cuando la persona asume aquellos roles resultados de las diferentes performances, después de haber asumido o negociado las diferentes actuaciones. Para Butler (2006), el sexo es un constructo social, que, si bien, como reconoce Scott (1996), es la razón de la diferencia del trato entre hembras y machos, no es una dimensión meramente biológica. La identidad de género (o identidad sexo-genérica, para Torres [2005]) es la relación entre el sexo asignado y de cómo se ha construido el género con relación al primero.

La categoría identidad de género clasifica a las personas en cis y trans. El término y prefijo *cis*, del latín “del mismo lado”, hace referencia a la “concordancia”¹²⁷ entre el sexo y el género (hembra-mujer y macho-hombre), mientras que el término *trans*, “del otro lado”, se refiere al cruce de dichas categorías (hembra-hombre y macho-mujer). Es una analogía de la isomería cis-trans en química:

Al formarse un doble enlace entre dos átomos de carbono, estos adoptan una estructura plana en el espacio, con lo cual los otros átomos que continúan la

¹²⁷ Entrecorriendo la palabra concordancia, pues considerar que, por ejemplo, el sexo macho es correspondiente al género hombre es la evidencia de que el sistema sexo-género ha esencializado las construcciones sociales

cadena (de hidrógeno o carbono), y que sustituyen a cada uno de los carbonos que forman el doble enlace, pueden quedar hacia un mismo lado del plano que forma el doble enlace, o en sentido contrario. Cuando se disponen hacia un mismo lado del plano del doble enlace, se produce una isomería geométrica cis. Cuando se disponen a distintos lados del plano del doble enlace, se forma una isomería geométrica trans (que significa “atravesado”) (Valenzuela, 2008, p. 163).

Julia Serano (2007) propone el término “cissexual” como un paralelo de “transexual”.

Cuando hago referencia a las personas “trans”, me refiero indistintamente a las personas transgénero y transexuales. Alvarez-Gayou (1996) define que una persona transgénero es aquella que modifica aquellos roles de género que se le impusieron: como el nombre, la ropa que usa a diario, la forma en la que expresa su género, etcétera, pero que no desea hacer una intervención quirúrgica; por otro lado, define a una persona transexual como aquella que, además de eso, desea modificar su cuerpo.

Retomo la discusión de Agnés Torres (2005) sobre que la diferencia de estas realidades está supedita a un contexto económico (el poder pagar por hormonas o costosísimas cirugías), geográfico (no todas las regiones o países tienen la tecnología o la tecnología suficientemente desarrollada y segura para una intervención) o legal (la posibilidad del cambio legal del sexo); además de que suelen diferenciarse jerárquicamente (“una mujer transexual es más mujer que una mujer transgénero porque ya tiene vulva”) y de que estos procesos de transición tienen grandes costos emocionales y físicos que no todas las personas trans están dispuestas a vivir; por ejemplo, hay hombres trans que no se quieren someter a una faloplastia debido a que el proceso completo se hace en tres diferentes momentos y las recuperaciones son largas y dolorosas, y otras personas trans reconocen que sus genitales no definen su género, de ahí la contundente frase “Hay mujeres con vulva y hay mujeres con pene”. Para Torres, lo relevante de la identidad trans es la evidencia de aquellas luchas por hacerse visibles y, en algunos casos, invisibles,¹²⁸ ante una identidad que las personas cis tienen dada por hecho (y, a pesar de ello, también tendrán que negociar, pero, evidentemente, mucho menos que una persona trans).

¹²⁸ Existen muchos casos de personas trans que prefieren que no se dé a conocer el proceso legal o médico que llevaron a cabo para establecer su identidad.

La identidad, entonces, se va creando con relación a aquellos marcos normativos y contextuales, mientras más aplaudido sea el performance, será más reiterativo, y cuando sea más sancionado, la persona tendrá que negociarlo o dejar de performarlo. Por lo tanto, los guiones de las actuaciones son improvisados, pues hay un sistema de recompensas y castigos. Esta capacidad de tener diferentes discursos es lo fluido del género y cuando se reiteran los roles, el género se solidifica (Della-Ventura, 2016).

Lo más interesante de la postura de Butler es que pone a dialogar propuestas como la teoría queer (cuyo objetivo es la erradicación del sistema de género para disolver las inequidades, la teoría queer cree que, en tanto exista el género, siempre habrá formas de dominación) y el feminismo (que considera que debemos seguir pensando en términos de género, pues, si dejamos de nombrar a las relaciones de poder, estas se pueden naturalizar o hacerse invisibles ante nuestros ojos).

VI. Expresión de género

Si bien uno de los componentes del significado de género de Scott (1996) podría entenderse como la expresión de género como tal, esta definición no hace explícito que puede haber hombres masculinos o femeninos o mujeres masculinas o femeninas. La expresión de género es resultado de la idea cultural del género, pues es parte del mismo sistema sexo-género (Rubin, 1986), pero se puede desacoplar para su estudio teórico y práctico (el caso de hombres femeninos y mujeres masculinas), como también se ha separado el sexo del género (el caso de las personas trans).

Butler es el puente más adecuado entre las categorías de género y expresión de género. Lo que expondré en adelante no es más que las formas concretas del término *performance*. Para Butler (2007), el género es la performance en sí, es decir, cómo se actúa, cómo se vive, cómo se expresa, considero relevante hacer una división teórica para evidenciar dos componentes diferentes resultados del género. Así como entiendo que el sexo y género no se viven de manera aislada o independiente, pero cuya separación es útil para el análisis de ciertos fenómenos sociales, así comprendo las diferencias entre género y la expresión de género.

Empezaré retomando la definición de Alcaraz y Alcaraz (2008) sobre expresión de género:

La expresión de género es la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado. La expresión de género puede incluir, por ejemplo, el atuendo, los ademanes, los adornos, el arreglo personal, el uso particular del vocabulario, etcétera. Tal expresión individual puede o no coincidir, puede o no aproximarse o alejarse de los códigos socioculturales respectivos (pág. 12).

Recapitulando hasta el momento: la categoría sexo clasifica a las personas en machos, hembras e intersexuales; la categoría género, clasifica en hombres y mujeres (y otros conceptos que van más allá de esta construcción dicotómica: asexuales, género no binario, género neutro, dos espíritus, androginia, etcétera); la identidad de género categoriza a las personas en cis y trans; y la expresión de género cataloga a las personas en masculinas y femeninas.

Además, Deana F. Morrow y Lori Messinger (2006) agregan que “la expresión de género se refiere a cómo una persona manifiesta externamente su género” (p. 8). Una diferencia importante entre género y expresión de género es que el primero es una categoría construida culturalmente, es de carácter psico-social. Uno de los componentes del género es la identidad subjetiva (Scott, 1996), es aquello que nos hace saber que somos hombres o mujeres,¹²⁹ independientemente de nuestra ropa, de lo que digan nuestros documentos legales o de nuestros genitales: es lo que sabemos que somos, solo uno mismo(a/e) puede determinar su género.¹³⁰

En contraste, la expresión de género puede ser atribuida por otra persona, independientemente de que el sujeto(a/e) se identifique con esa expresión o no, además de que aquellas personas que no tengan una expresión de acorde con su género suelen ser sancionadas. Es decir, una audiencia puede interpretar el performance de un actuante como femenino, aunque este no tuviese la intención de serlo, el auditorio utiliza los roles (de género) para valorar o jerarquizar el performance del actor (Goffman, 1982).

¿Puede una persona considerarse hombre (género) pero tener una expresión de género femenina? La respuesta es sí, y hay dos razones. La

¹²⁹ O alguna de las otras identidades antes mencionadas: asexuales, género no binario, género neutro, dos espíritus, androginia, etc.

¹³⁰ De aquí que se sugiere que, cuando no se tiene claro cuál es el género de una persona, lo ideal es preguntarle con qué género se identifica.

primera es que el actor y el público tienen un marco de referencia diferentes, lo que el actor considera como masculino puede ser considerado femenino para el público: es una forma de negociar el performance (Butler, 2006). La segunda razón es que las actuaciones con las que nos presentamos en la vida cotidiana frente a diferentes auditorios tienen dos expresiones: las explícitas (el lenguaje) y las implícitas (la comunicación no verbal: las posturas, los gestos, los ademanes, etcétera) (Goffman, 1982; Butler 2006; Franco, 2014); la segunda escapa a la voluntad de la persona: es sacar el menique al beber de un vaso de agua, es cuando revolotean las manos como mariposas, en el caso de hombres femeninos (Caputo, 2016).

VII. El terreno del erotismo: Orientación sexual, preferencia sexual y las expresiones comportamentales de la sexualidad humana

Es importante reconocer que existe una diferencia entre lo que la gente hace y lo que quiere hacer en el terreno erótico. Quizás una de las representaciones más claras sobre este tema es el trabajo de Alfred Kinsey (Alvarez-Gayou, 1996), pionero en investigación científica sobre la sexualidad humana y quien acuñó el término de orientación sexual (Portillo y Paredes, 2011); sin embargo, la Escala de Kinsey de Graduación en la tendencia homosexual fue diseñada basándose en datos de las prácticas de las personas, es decir, lo que hacen. La discusión sobre la diferencia de los términos de preferencia y orientación sexual es que la primera se refiere a lo que se hace (una práctica) y, la segunda, a lo que se quiere hacer (un gusto) (Román, 2011). A veces, tanto práctica y gusto van de la mano, pero otras veces la gente tiene prácticas eróticas sin gusto (por un intercambio económico o en especie, por presión social, por costumbre, por contextos de privación de la libertad, etcétera) o la gente no puede cristalizar su gusto en una práctica.

Esta división entre práctica-gusto ha hecho que el término preferencia sexual sea más usado en contextos legislativos y el término de orientación sexual sea más utilizado en las ciencias sociales y por organismos internacionales, pues los gustos hablan de estructuras más profundas y brindan un análisis para entender por qué son llevadas o no a la práctica y de qué formas. Ha habido interesantes discusiones respecto a dicho término.

Juan Luis Alvarez-Gayou (1996) propone el término preferencia genérica, pues lo que genera atracción entre las personas es el género. Silvia Susana Jácome García (2015)¹³¹ también complejiza la discusión, ya que los términos de preferencia u orientación sexual se definen en tanto el género de las personas involucradas, es decir, si a una persona le gustan los hombres, si esa persona es una mujer, la podemos definir como heterosexual, por el contrario, si esa persona también es un hombre, lo podemos definir como homosexual, el problema viene cuando esa persona a quien le gustan los hombres no se reconoce ni como hombre ni como mujer o se identifica como ambos, o transita en su identidad, ¿qué orientación sexual le correspondería a una persona así? o ¿qué orientación sexual tiene un hombre o una mujer que gusta de alguien que no se define ni como hombre ni como mujer o que se define como ambos o que transita en ambas identidades?

Jácome (2015) propone retomar estas concepciones en términos de filias: androfilia (gusto por la masculinidad), ginefilia (gusto por la feminidad) y ambifilia (gusto por ambos). Desde esta postura se puede conceptualizar de una manera más amplia la asexualidad (carencia o disminución notable de atracción sexual hacia las otras personas [Mora y Mora, 2020]) y la pansexualidad (gusto por personas más allá de su género). En 1978, Juan Luis Álvarez-Gayou Jurgenson, sexólogo mexicano, fundador y ex director general del Instituto Mexicano de Sexología, empieza a desarrollar el concepto de expresiones comportamentales de la sexualidad humana y su representación gráfica: el expresiograma (Álvarez-Gayou, Sánchez y Lara, 2011). Este concepto busca despatologizar la idea de las llamadas parafilias (gustos al margen o fuera de la normalidad), pues su diagnóstico se da con relación a lo común o no de la práctica en sí y no a un fundamento psicológico. Álvarez-Gayou (2011) propone reconocer que existen gustos (que pueden ser eróticos o no eróticos) y retoma la etimología sin una carga patológica: *filia*. En el expresiograma retoma 27 filias¹³² (de entre las

¹³¹ Esta propuesta es una herramienta didáctica resultada de las propuestas de la diversidad sexual de Núñez Noriega y las expresiones comportamentales de Álvarez-Gayou. Para mayor información se puede contactar a Jácome en: <https://www.facebook.com/silviasusana.jimenezgalicia>

¹³² Masturbación, relación a primera vista, polirelación, intercambio de pareja, tribofilia activa y receptiva, fetichismo, travestismo, rinofilia, linguofilia, audiofilia, grafofilia, logofilia, iconofilia, escoptofilia, exhibicionismo, paidofilia, gerontofilia, necrofilia, masoquismo, sadismo, gastrofilia, zoofilia, urofilia, coprofilia, fobofilia y castidad.

menos comunes, las más comunes), pero la capacidad de esta propuesta va más allá de encontrar la etimología de un gusto y ponerle “filia” al final (como gastrofilia, el gusto por la comida): su capacidad es de nombrar las cosas pueden ser eróticas para las personas.

Otra gran ventaja de hablar en términos de filias es que permite entender que las personas pueden tener varios gustos y desagradados por los diferentes elementos de la vida cotidiana. Así, si a alguien le gustan los hombres, en términos de filias se puede entender que no le gustan todos los hombres (o sí), o si a alguien le gustan las mujeres altas, se puede entender que, además de las altas, le pueden gustar otro tipo de mujeres (o no). Todas las personas tenemos expresiones comportamentales dentro de los marcos normativos o fuera de ellos.

Regresando a la categoría orientación sexual, Nurius (1983) la clasifica en cuatro: heterosexual, homosexual, bisexual y asexual. Sin embargo, en discusiones más recientes, se plantea la posibilidad de crear una nueva categoría: nivel de atracción sexual hacia otras personas.

La categoría “atracción sexual” puede evidenciar que hay personas que tienen un nivel de atracción nulo (que es el caso de muchas personas asexuales, personas que no se sienten atraídas a otras personas, independientemente de su deseo o apetito sexual) o muy bajo (un espectro de la asexualidad y que, en cuyo caso, hay personas asexuales que a la vez son u homosexuales, o heterosexuales, o bisexuales (por poner ejemplos), es decir, que tendrían dos subcategorías dentro de una categoría y de ahí radica la importancia de categorizar el nivel de atracción sexual). Otra subcategoría de atracción sexual puede ser la hipersexualidad, es decir, la otra realidad de la asexualidad, aunque aún hay poca discusión al respecto.

VIII. Orientación relacional

La orientación relacional es un concepto relativamente nuevo, toda la información recabada fue de páginas o *blogs* de internet.¹³³ La orientación relacional es el modo en que las personas establecen sus redes eróticas y afectivas (Las Gafas Moradas, 2018). El concepto orientación relacional surge desde la necesidad de nombrar las diversas formas en que las personas se relacionan, pues se ha identificado que el concepto

¹³³ Lo cual no lo hace menos valioso, solo quiero evidenciar que aún no ha llegado este concepto a las discusiones académicas.

relaciones de pareja ha caducado, ya que muchas relaciones no son solo de dos personas. Sobre todo, la orientación relacional ha logrado vislumbrar la importancia de una postura ética en las relaciones interpersonales.

En el libro *Tráfico de Mujeres*, Rubin (1986) explica cómo la monogamia surge como una estrategia de control de las mujeres. Si bien las prácticas polígamas siempre han existido, pocas veces se han planteado desde el consenso y el acuerdo por parte de todas las personas involucradas.

Algunas de las categorías de la orientación relacional son:

- Monogamia: relación entre dos personas con acuerdos de exclusividad emocional y sexual.
- Poligamia: cuando con más de una persona y no hay exclusividad emocional o sexual. La poligamia puede o no implicar una postura ética.
- Agamia: en el sentido directo son aquellas personas no tienen pareja. Sin embargo, la agamia también es una postura ética que cuestiona la construcción del concepto pareja y sobre la importancia de romper categorías que han restringido la libertad de las personas. Hay personas agámicas que tienen relaciones interpersonales amorosas o eróticas, pero que rechazan el concepto de pareja como un estandarte político.
- Poliamor: Es otra postura política y ética en la que se prioriza el diálogo y los acuerdos explícitos, reconociendo la posibilidad de la no exclusividad amorosa y sexual entre las personas involucradas.

IX. Los derechos humanos y su relación con las categorías de la diversidad sexual

Para el acceso a un derecho, siempre hay un proceso de diálogo y discusión conceptual, aunque dichas nociones estén o no sustentadas en investigaciones científicas. Pongo de ejemplo dos conceptos utilizados desde el derecho -y en la cotidianidad-: sexo biológico e identidad de género auto-percibida.

No es casual que a la categoría “sexo” se le adjunte la palabra “biológico”. ¿Es necesario agregar “biológico”? ¿hay otro tipo de “sexo”? por ejemplo, el “sexo legal” ¿este se nombra como tal?, ¿se utiliza como

una estrategia pedagógica para que no se confunda con la categoría “género”? Pasa algo muy parecido con “identidad de género auto-percibida”, ¿hay una “identidad de género” que no sea “auto-percibida”?, ¿también es una estrategia pedagógica para dar énfasis en el factor de la “identidad subjetiva” que plantea Scott (1996)?

Al final, estas categorías desde la mirada legal -o desde otras miradas- han permitido al acceso a ciertos derechos humanos vinculados con la identidad. A mi parecer, no se puede esperar a que las discusiones teóricas y conceptuales concluyan para que las personas puedan acceder a sus derechos, pues la calidad de vida o la vida misma puede estar comprometida, si no hay acceso a dichos derechos.

En tema de acceso a derechos humanos, cuando se habla de diversidad o disidencia sexual se suele nombrar como “los derechos de la población LGBTTTIQA+”. Es complejo hablar sobre derechos LGBTTTIQA+, ya que son diferentes categorías de análisis en las diferentes identidades y poblaciones que están agrupadas (sin mencionar al “+”, que hace referencia a que se reconoce que puede haber más identidades o letras que no estén nombradas en estas siglas). A continuación, nombraré a qué categorías de la diversidad sexual pertenece cada una de estas letras y el desarrollo que la reflexión jurídica que ha llevado a nivel nacional y regional con motivo del respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas:

- **Orientación sexual:** “Lesbianas y gais” son identidades políticas¹³⁴ que se derivan de la orientación sexual homosexual (mujeres que gustan de mujeres y hombres que gustan de hombres). La bisexualidad también responde a la categoría orientación sexual. La asexualidad se ha clasificado como una orientación sexual (Nurius, 1983), aunque se está discutiendo que pueda formar parte de una nueva categoría.

¹³⁴ “Lo político” ha sido estudiado desde diferentes aristas y enfoques, las “identidades políticas” las uso en este texto como el posicionamiento para las transformaciones o para la conservación de las diferentes hegemonías -en este caso específico, las hegemonías sexuales- (Pérez y Velázquez, 2009; Hernández, 2017). Así, las identidades políticas desde las sexualidades suelen caracterizarse no sólo por una realidad biológica (como la vulva o los genitales intersexuales) o un gusto erótico (de una mujer por otra mujer o por vestir ropas del otro género), sino por un cuestionamiento al sistema heteropatriarcal (en mayor o menor medida) sea o no consciente de ello quien viva dicha identidad política (Berkins, 2006).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dentro del análisis realizado al momento de emitir la opinión consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, señaló que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la convención americana. Por ello, está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en estas características de la persona. Reiteró que la falta de consenso interno en algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, no puede ser considerado como un argumento válido para negar o restringir sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México han promovido una serie de herramientas jurídicas para que la orientación no sea una justificación para no acceder a los derechos humanos. Entre ellas están acciones de inconstitucionalidad en los códigos civiles de diferentes estados para reformar las porciones normativas que citan que el matrimonio se puede celebrar entre “de un solo hombre y una sola mujer” o que cuya finalidad es “perpetuar la especie”.¹³⁵ Además, el derecho al matrimonio conlleva más derechos consigo, como el derecho a la filiación. En ese sentido, la Suprema Corte en el expediente 553/2018¹³⁶ menciona:

La Primera Sala determinó que la falta de vínculo biológico no es suficiente para negar una filiación legal entre ambas partes. En el presente caso, se comprobó que la voluntad de la madre gestante no desear reclamar algún derecho sobre el niño, por tanto, se estableció que el interés superior del menor exige establecer la filiación respecto de las personas que quieran hacerse cargo del niño pues requiere para su adecuado desarrollo contar con todos los derechos prestacionales derivados de la filiación, como derechos alimentarios, sucesorios, así como a recibir cuidados, educación y afecto. Lo más conveniente en este caso es que sea cuidado por las personas que desean hacerse cargo de él y lo han hecho desde su nacimiento. Así, se debe permitir el reconocimiento de hijos de

¹³⁵ Sentencia disponible en:
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=234656>

¹³⁶ Sentencia disponible en:
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=238503>

parejas homoparentales que utilicen técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada), pues ellas tienen derecho a la paternidad.

Desde 2009 hasta la fecha, en México, hay 26 entidades en las que se puede acceder al llamado “matrimonio igualitario” mediante la reforma de sus códigos civiles, por fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por decreto gubernamental: Aguascalientes, Baja California Sur, Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

- **Expresiones comportamentales de la sexualidad humana y expresión de género:** el travestismo se ha clasificado como expresión comportamental (Álvarez-Gayou, 1986) debido a que se caracteriza por ser un gusto. Sin embargo, autoras como Berkins (2006) propone que es una identidad política, es decir, que va más allá de un gusto. El travestismo también se puede clasificar como una expresión de género, al estar relacionada con la vestimenta, las expresiones y el comportamiento. Sin duda, una identidad compleja.

Los actos de discriminación y violencia suelen tener como móvil el odio contra la expresión de género y la identidad de género no normativa: mujeres masculinas, hombres femeninos, personas travestis y personas trans. Parrini y Brito (2012) describen a los crímenes de odio como “aquellos que son motivados por el odio que el perpetrador siente hacia una o más características de una víctima, que la identifican como perteneciente a un grupo social específico” (p. 9).

En el derecho internacional, los Principios de Yogyakarta¹³⁷ han sido un parteaguas para la promoción de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. De manera explícita, estos principios hablan sobre el derecho a la libertad de expresión mediante la vestimenta, el modo de hablar y los modales, sin vivir ningún tipo de violencia.

¹³⁷ Ver:

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

Además, también se ha puesto el dedo sobre el renglón sobre aquellas prácticas que basadas en la tortura son “esfuerzos para corregir la orientación sexual, la identidad y la expresión de género”.¹³⁸

- **Identidad de género:** donde se encuentra la transgeneridad y la transexualidad, además de retomar las últimas discusiones en el tema sobre no hacer diferencia entre ellas y nombrarlo como lo “trans”. En la identidad de género, también se suele incluir las identidades “queer” o “no binarias”, aunque también podría entenderse como expresión de género: el principio de estas identidades que se basa en la “no clasificación” complejizan su clasificación.

Al respecto, el más reciente estándar latinoamericano a favor de los derechos humanos de la población LGBTTTIQA+ se afianzó en la Corte IDH a través de la Opinión Consultiva 24 (OC-24/17),¹³⁹ pues señala la obligación de los Estados parte de reconocer, regular y establecer los procedimientos necesarios para garantizar el cumplimiento del derecho a la identidad de género en la población trans como derecho autónomo y justiciable.

La Corte IDH concluyó que la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, es un derecho protegido por la convención americana y, en consecuencia, se deben respetar y garantizar los derechos sin discriminación y adoptar las disposiciones de derecho interno para reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.¹⁴⁰

¹³⁸ Al respecto, Yaaj México es una organización de la sociedad civil que vela por los derechos humanos de las personas pertenecientes a la disidencia sexual y elaboró una guía para el combate de los ECOSIG disponible en: [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/2020/PrevencionDelit o/Nada_que_curar_2020.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/2020/PrevencionDelit%20o/Nada_que_curar_2020.pdf)

¹³⁹ Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 24.

¹⁴⁰ Vid. Corte IDH. obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha seguido estos criterios para resolver casos en los que están involucrados el derecho a la identidad de las personas trans mediante documentos legales, el acceso a la salud, derecho a la privacidad de la antigua identidad legal, derecho al libre desarrollo de la personalidad, la presunción de inocencia, entre otros.

El derecho a la identidad, en particular por lo que respecta a la identidad de género y la orientación sexual, son características que la constitución identifica como razones por las cuales las personas han sufrido un perjuicio constante a sus derechos.

Finalmente, es preciso puntualizar que el derecho a la igualdad y a la no discriminación protege a las personas frente a cualquier acto o norma discriminatoria o estigmatizante. En consonancia con ello, la SCJN y la Corte IDH resolvieron que la prohibición de discriminación otorga un interés legítimo para impugnar a través del juicio de amparo toda norma que estigmatice o discrimine a una persona; lo anterior, sin importar que no existiera un acto específico de aplicación de esa norma.

- **Sexo:** por último, la intersexualidad corresponde a la categoría sexo.

Diferentes grupos activistas han hablado sobre las violencias biomédicas que han vivido históricamente las personas intersexuales. Hay muchas demandas sociales y legales al respecto, pero destaca a nivel jurídico la autonomía corporal.

Al respecto, la versión más reciente (2020) del Protocolo para el acceso sin discriminación a la prestación de servicios de atención médica para las personas lésbico, gay, bisexual, transexual, travesti, transgénero e intersexual y guías de atención específicas,¹⁴¹ diseñado por la Secretaría de Salud de México, en general propone evitar intervenir

sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos), opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la república de costa rica identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, OC-24/17, párr. 116, fracción VII.

¹⁴¹ Disponible en:

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/558167/Versi_n_15_DE_JUNIO_2020_Protocolo_Comunidad_LGBTTI_DT_Versi_n_V_20.pdf

quirúrgicamente los cuerpos de personas intersexuales recién nacidas cuando su vida o su salud no estén comprometidas (que sucede en la mayoría de los casos).

En resumen, en las siglas LGBTTTIQA+, la L, G, B y A corresponden a orientación sexual; T de travestismo corresponde a una expresión de género o a un gusto; T y T de lo relacionado con lo trans atañe a la identidad de género; la I compete a la categoría sexo, y la Q con la expresión de género o identidad de género.

X. Conclusión

La diversidad sexual es la evidencia de las múltiples formas en las que cada persona se puede construir con relación a la sexualidad en un contexto específico. Retomo de manera breve algunas de las categorías y sus posibilidades: sexo (hembra, macho e intersexual), género (mujeres, hombres y otras identidades no dicotómicas), la relación entre el sexo y género, la identidad de género (cis y trans), la forma en cómo expresamos el género (masculina, femenina y andrógina), la orientación y preferencia sexual (heterosexual, bisexual, homosexual, asexual y pansexual), las expresiones comportamentales (cualquier gusto) y la orientación relacional (monogamia, poligamia, agamia, poliamor).

Además, el factor político del concepto “disidencia sexual” permite señalar e identificar las relaciones de dominación que han generado violencia y segregación para ciertos grupos en relación con su sexualidad.

Para terminar, es importante hacer este largo recorrido por todos los conceptos que se han usado para definir en conjunto a la diversidad y que a veces suelen confundirse, usarse arbitrariamente o también se han conceptualizado desde diferentes áreas de experiencias y con diferentes finalidades explicativas. Es decir, el reto teórico y conceptual es complejo, sobre todo en un contexto político cambiante y diverso.

Considero que cada intento por definir todos los conceptos en una misma matriz organizada es una forma de armonizar una larga historia conceptual de las sexualidades. La apuesta está en continuar cuestionando dichas categorías, su importancia y su vigencia.

La teorización y conceptualización se complejizan cuando están vinculados al acceso de un derecho humano. Considero que, aunque las conclusiones no están agotadas, se tiene que hacer lo necesario para

garantizar la dignidad de las personas y la legislación es una herramienta útil para el acceso a los derechos humanos.

XI. Referencias bibliográficas

- Alcaraz, R., & Alcaraz, A. (2008). *El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género* [PDF]. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Álvarez-Gayou Jurgenson, Juan Luis (1986). *Sexoterapia integral*. México, Editorial El Manual Moderno, primera edición.
- Álvarez-Gayou, Jurgenson, Juan Luis. Sánchez, D., & Lara, F. (2011). *Sexoterapia integral*. México, Editorial El Manual Moderno, segunda edición.
- Berkins, Lohana. (2006). *Travestis: una identidad política*. Pensando los feminismos en Bolivia, 221:
https://www.bivica.org/files/feminismos_bolivia.pdf#page=211
- Butler, Judith (2002). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Buenos Aires, Paidós.
- Butler, Judith (2006). *Deshacer el Género* (trad. Patricia Soley-Beltrán).
- Butler, Judith (2007). *El género en disputa*. (trad. M. A. Muñoz) Barcelona, España: Paidós Ibérica. (Original en inglés, 1999).
- Cabral, Mauro (2005). *Cuando digo intersex: un diálogo introductorio a la intersexualidad* [PDF]. Buenos Aires, Argentina: Cadernos pagu, volumen 24, 283-304:
<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0188947816300664>
- Caputo, Giuseppe (2016). *Hermosamente penetrable* [Mensaje en un blog], 26 de octubre: <http://www.revistaarcadia.com/periodismo-cultural---revista-arcadia/articulo/en-defensa-de-la-homosexualidad-masculina/57212>
- Connell, Robert W. (1995). *La organización social de la masculinidad*. Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales. En Valdés, Teresa y José Olavarría (ed.). *Masculinidad/es: poder y crisis*, Cap. 2, ISIS-FLACSO: Ediciones de las Mujeres, número 24, 31-48.
- De Barbieri, Teresita (1990) *Sobre la categoría género. Una introducción teórico-metodológica*. En: Debates en Sociología No. 18, 1993.
- De Barbieri, Teresita. (1996). *Certezas y malos entendidos sobre la categoría de género*, en Estudios básicos de derechos humanos IV. Consultado

- en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1838> el 21 de octubre de 2013.
- De Beauvoir, Simone (1949). *El segundo sexo: Los hechos y los mitos*. Argentina, Buenos Aires: Siglo XX.
- Della-Ventura González, Aitor Francisco (2016). *Género, identidad y performatividad en Judith Butler* [PDF]. Tenerife, España: Tesis de Licenciatura en Filosofía. Universidad de La Laguna. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/2642/GENERO,%20IDENTIDAD%20Y%20PERFORMATIVIDAD%20EN%20JUDITH%20BUTLER.pdf?sequence=1>
- Fausto-Sterling, Anne (2000). *The five sexes, revisited*. *The sciences*, 40(4), 18-23:
<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/j.2326-1951.2000.tb03504.x/full>
- Franco Peplo, Fernando (2015). *El concepto de performance según Erving Goffman y Judith Butler*. Colección Documentos de Trabajo. Argentina, Córdoba. Año 1. Número 3
- Goffman, Erving (1971). *La presentación de la persona en la vida cotidiana* [PDF]. (Traducido, Hildegarde B. Torres Perrén y Flora Setaro). Buenos Aires, Argentina: Amorrortu. (Original en inglés, 1959).
- Hernández Millán, Abelardo (2017). *La política, lo público y las políticas públicas*. *La Colmena*, (3), 45-48:
<https://lacolmena.uaemex.mx/article/view/6574>
- Killerman, Sam. (2014). *Breaking through the binary: Gender as a continuum*. *Issues*, (107), 9.
- Lamas, Marta (2000). *Diferencias de sexo, género y diferencia sexual* [PDF]. Cuicuilco: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35101807>
- Las Gafas Moradas (20218). *Hablemos de orientación relacional*. Entrada de Blog en “Las Gafas Moradas”:
<https://lasgafasmoradasblog.wordpress.com/2018/04/10/hablemos-de-orientacion-relacional/>
- Mogrovejo, N. (2008). *Diversidad sexual, un concepto problemático*. Trabajo Social UNAM, (18):
<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ents/article/view/19577/18571>
- Mora Montes, José María y Mora Encinas, María Paz (2020). *Una mejor comprensión de la sexualidad humana a través del estudio de la*

- asexualidad*. Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq. vol.40 no.138 Madrid jul./dic. 2020:
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352020000200007#:~:text=Las%20mujeres%20asexuales%20ten%C3%ADan%20menos,sexual%20que%20los%20hombres%20sexuales.
- Morrow Deana F. y Messinger Lori (2006) *Sexual orientation & gender expression in social work practice: Working with gay, lesbian, bisexual, & transgender people*. Nueva York, Estados Unidos: Columbia University Press
- Núñez Noriega, Guillermo. (2011). *¿Qué es la diversidad sexual?* Reflexiones desde la academia y el movimiento ciudadano. Ecuador: Ediciones Abya-Yala.
- Nurius, Paula S. (1983) *Mental health implications of sexual orientation*. The Journal of Sex Research, 19:2, 119-136, DOI: 10.1080/00224498309551174
- Parrini Roses, Rodrigo y Brito Lemus, Alejandro (2012). *Crímenes de odio por homofobia: un concepto en construcción*. Programa de Coinversión Social perteneciente a la Secretaría de Desarrollo Social: <http://www.clam.org.br/uploads/archivo/Informe%20Crímenes%20de%20odio%20M%C3%A9xico.pdf>
- Pérez Pérez, Gabriel, y Velázquez Becerril, César A. (2009). La construcción de las identidades políticas en un mundo globalizado. Argumentos (México, D.F.), 22(61), 67-92:
[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952009000300004&lng=es&tlng=es.](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952009000300004&lng=es&tlng=es)
- Portillo, W., y Paredes, R. G. (2011). *Asexualidad*. Tema del mes.
- Román, David (2011). *¿Preferencia u Orientación Sexual?* [Mensaje en un blog]. David Román, 9 de junio:
<http://davidromanpr.blogspot.mx/2011/06/preferencia-u-orientacion-sexual.html>
- Rubin, Gayle (1986). *El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política"* [PDF]. Revista Nueva Antropología, volumen 8, núm. 30, 95-146:
http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34282940/Trafico_de_mujeres.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1496647529&Signature=TUo%2BJpDHGEf0G2TdEou7D3wQCxM%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DTrafico_de_mujeres.pdf

- Rubio Auriolés, Eusebio (1994a). *Sobre la sexualidad humana: los cuatro holones sexuales*. Antología de lecturas sobre sexualidad, de red democracia y sexualidad.
- Rubio Auriolés, Eusebio (1994b). *Introducción al estudio de la sexualidad humana*. Antología de la sexualidad humana. México, D. F., Consejo Nacional de Población. 17-46.
- Segato, Rita Laura (2013). *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos: y una antropología por demanda*. Prometeo Libros.
- Scott, Joan (1996) *El género: una categoría útil para el análisis histórico*. En *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. Lamas Marta Compiladora. México: PUEG.
- Scott, Joan (2011) *Género: ¿Todavía una categoría útil para el análisis?* *Revista Diógenes*, febrero 2010, 57(1), 7–14.
- Serano, J. (2007). *Whipping girl: A transsexual woman on sexism and the scapegoating of femininity*. Berkeley, CA: Seal Press.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018). *Amparo en revisión 553/2018*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de noviembre de 2018.
- Tarrés, María Luisa (2012). *A propósito de la categoría género: leer a Joan Scott*. *Sociedade e Cultura*, vol. 15, núm. 2. Universidade Federal de Goiás Goiania, Brasil.
- Torres Hernández, Agnés (2005). *Transexualidad de psiquis femenina: Fin e inicio de vida* [PDF]. Veracruz, México: Tesina de licenciatura en Psicología, Universidad Veracruzana.
- Valenzuela, A. (2008). *Ácidos grasos con isomería trans i: Su origen y los efectos en la salud humana*. *Revista chilena de nutrición*, 35(3), 162-171.
- Vargas Barrantes, Élidea (2013). *Bases de la diferenciación sexual y aspectos éticos de los estados intersexuales*. *Revista Reflexiones*, volumen 92, núm. 1. Costa Rica. Disponible en https://www.researchgate.net/profile/Elida_Vargas_Barrantes/publication/269409016
- Vasallo, Brigitte (2020). *Pensamiento monógamo, terror poliamoroso*. *Hacerse de palabras*. Ciudad de México, México
- Weeks, Jeffrey (2014). *Jeffrey Weeks: la sexualidad es un tema candente*. Entrevista en “La Nación”, disponible en <https://www.nacion.com/viva/cultura/jeffrey-weeks-la->

sexualidad-es-un-tema-
candente/JX7AHJLVHZAQ5G77Q4KZMUUOBU/story/0

Capítulo XII

El derecho a la familia de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad privadas/os de cuidados familiares en México

Sumario: *I. Introducción. II. Origen del sistema nacional de protección y recomendaciones internacionales a México sobre infancias y adolescencias institucionalizadas. III. Los derechos vulnerados de niñas, niños y adolescentes. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.*

Ivonne Thaili Millán Barajas¹⁴²

I. Introducción

Hablar de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad que viven en instituciones residenciales, como casas hogar, casas cuna, albergues, centros de asistencia social, entre otros, no es nuevo. Sin embargo, el enfoque siempre se ha centrado en la importancia de estos lugares como elemento de cuidado y protección para las niñas, niños y adolescentes en situación de abandono o desamparo. Las prácticas asistencialistas que nacen en México para cubrir determinadas necesidades sociales hacen que el problema que enmascaran las instituciones residenciales quede opacado detrás de una cortina de caridad y bondad.

Este artículo tiene como objetivo hacer visibles las múltiples formas de violencia y abuso que experimentan niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad al interior de estos espacios residenciales cuando, por negligencia del Estado mexicano, son separadas y separados de su núcleo familiar para ser colocadas y colocados en instituciones residenciales. Asimismo, este escrito pretende concienciar sobre la importancia y la necesidad de garantizar el derecho de todas las niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad a vivir en una familia y a no ser enviadas y enviados a instituciones residenciales, donde su bienestar físico, mental y emocional estarán en constante riesgo.

¹⁴² Abogada por la Universidad Latinoamericana; máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid; máster en Estudios de Mujeres, Género y Ciudadanía por la Universidad de Barcelona, y especialista en Gestión de Políticas de Igualdad por el Instituto de Estudios de Género de la Universidad Carlos III de Madrid.

En el primer apartado se hará un breve recorrido sobre el origen del sistema nacional de protección para conocer cómo, en México, se comienza a abordar el cuidado y la atención de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad en situación de desamparo, abandono y vulnerabilidad. Se mencionarán diversas leyes que surgen para brindar asistencia social a las poblaciones más vulnerables y más vulneradas; entre las que destacan niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad. Asimismo, se aludirá la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 para comprender cómo se adopta un nuevo paradigma de derechos de la niñez y la infancia, con base en el derecho internacional de los derechos humanos, y cómo la legislación mexicana evoluciona en esta materia.

Dentro de este mismo apartado se han incluido dos análisis importantes sobre los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y las observaciones y recomendaciones de sus respectivos comités, para subrayar que, desde los años noventa y, más recientemente, en 2022, estos dos organismos internacionales han alertado sobre los peligros de separar a niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad de sus familias y de colocarles en instituciones residenciales. Desde hace décadas, ambos comités han insistido en la necesidad de mantener a las niñas, niños y adolescentes en entornos familiares. Es decir, garantizar su derecho a la familia, en un ambiente de amor, comprensión y abrigo, lejos de los abusos y los peligros de las instituciones residenciales.

En el segundo apartado, se hablará sobre cómo los derechos de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad que se encuentran privadas y privados de cuidados familiares en instituciones residenciales se ven vulnerados. Se parte de la base de que los derechos humanos son interdependientes, para realizar un análisis exhaustivo sobre cómo es que se vulneran los derechos en el mismo instante en el que se coloca a una niña, niño o adolescente con y sin discapacidad en una institución residencial.

Aunque, en realidad, se vulneran todos los derechos de niñas, niños y adolescentes, este artículo recoge algunos de los más básicos, como el derecho a la no privación de la libertad, el derecho a la familia, el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, el

derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal, el derecho a la salud, el derecho a la educación, y el derecho a la identidad.

II. Origen del sistema nacional de protección y recomendaciones internacionales a México sobre infancias y adolescencias institucionalizadas¹⁴³

El cuidado y atención de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad en situación de desamparo, abandono y vulnerabilidad tiene sus antecedentes en 1929 con el programa Gota de Leche, con el cual se formó la Asociación Nacional de Protección a la Infancia. Posteriormente, en 1961, se creó el Instituto Nacional de Protección a la Infancia. En 1968, se creó la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez, orientada a la atención de niñas y niños huérfanos, abandonados, con alguna discapacidad o con ciertas enfermedades, más tarde, en los años setenta, surge el Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia. Por decreto del 10 de enero de 1977, se unificaron estos proyectos y programas (Gobierno de México, s/f), y se consolidó el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SDIF) (Sotomayor, 1977).

El Código Civil Federal de 1928, en el *Capítulo V De la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia*, solo contemplaba tres artículos para la protección de las y los menores de edad; los cuales fueron reformados en 1997, cuyo texto continúa vigente. El Código Civil Federal señala que “[s]e considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen” (art. 492), mientras que “[c]uando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado” (art. 492). Asimismo, refiere que las personas responsables de las casas de asistencia (públicas o privadas) son las responsables de desempeñar la tutela de las y los menores de edad en situación de desamparo o en situación de abandono.

¹⁴³ La institucionalización es un término que se refiere al hecho de enviar, colocar o acoger a niñas, niños, adolescentes con y sin discapacidad, así como a personas con discapacidad y otras personas que son privadas de su libertad sin haber cometido ningún delito en una institución residencial pública, privada o mixta, asociación civil o entidad privada, cuyo fin sea la prestación de servicios de asistencia social. La institucionalización se caracteriza, entre otras cosas, por no poder abandonar el lugar en el que se les envió, colocó o acogió por su propia voluntad.

Mientras que, en los casos en los que niñas, niños o adolescentes hayan sufrido violencia familiar, las personas encargadas de las casas de asistencia (públicas o privadas) son responsables de su custodia.

Como parte de la normativa de protección a las infancias y adolescencias en situación de desamparo o abandono, la Ley General de Salud (LGS) de 1984¹⁴⁴ ya contemplaba la asistencia social respecto a la desprotección de menores de edad en situación de desamparo, abandono o discapacidad, entre otras. De acuerdo con esta ley, se entiende por asistencia social:

[al] conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva (art. 167).

Para establecer las bases y procedimientos de un sistema nacional de asistencia social, recogido en la LGS, se decreta en 1986 la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social (LSNAS), cuya prioridad era establecer “servicios asistenciales encaminados al desarrollo integral de la familia” (art. 2). Algunas de las personas que esta ley contemplaba como receptoras de la asistencia social eran “[m]enores en estado de abandono, desamparo, desnutrición o sujetos al maltrato” (art. 4, fracc. I). La LGS establece que habrá un organismo encargado de promocionar la asistencia social, prestar los servicios en ese campo y realizar las demás acciones que se requieran (art. 172). De conformidad con la LSNAS, dicho organismo es el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF).

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LPDNNA), reglamentaria del artículo 4º constitucional,¹⁴⁵ cuyo objetivo era “garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución” (art. 1), se publicó en 2000. La LPDNNA contemplaba en su articulado el derecho de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad a vivir y

¹⁴⁴ Actualmente vigente.

¹⁴⁵ Como parte del cumplimiento a las recomendaciones formuladas por el Comité sobre los Derechos del Niño.

crecer en una familia. Y la Ley de Asistencia Social (LAS) fue promulgada en 2004¹⁴⁶ e instauró como objeto brindar asistencia social mediante un:

[...] conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan el desarrollo integral del individuo, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, indefensión desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva. La asistencia social comprende acciones de promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación (art. 3).

La LAS da un protagonismo a la familia y establece que la rectoría de la asistencia social pública y privada, que corresponde al Estado mexicano, estará dirigida “en forma prioritaria, (...) al desarrollo integral de la familia, entendida como la célula de la sociedad que provee a sus miembros de los elementos que requieren en las diversas circunstancias de su desarrollo” (art. 5).

Reforma constitucional en materia de derechos humanos

En junio de 2011, tuvieron lugar dos importantes reformas constitucionales en México: en materia de amparo y en materia de derechos humanos.¹⁴⁷ Esta última se logró debido a diversos factores, sobre todo por la necesidad social de sentir una seguridad frente a las violaciones a los derechos lo que “provocó que la intensidad y la atención sobre el tema de los derechos aumentaran, y con ello también se incrementó la exigencia para que el Estado los protegiera de manera más adecuada” (Córdova, 2011, pág. 72).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2011), al considerar esta nueva reforma constitucional, resolvió el expediente Varios 912/2010 relativo al Caso Rosendo Radilla Pacheco, donde reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (corte o Corte IDH) y señaló, entre otras cosas, que “lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos” (pág. 26).

¹⁴⁶ Que abrogó la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social de 1986.

¹⁴⁷ El proceso para lograr la reforma en materia de derechos humanos recorrió un camino largo, pues desde 2006 y hasta 2008 se hicieron diversas propuestas. Después de todo el proceso, el 10 de junio de 2011, quedó plasmado el nuevo texto constitucional en materia de derechos humanos.

En octubre de 2011, se reformó el artículo 73 constitucional relativo a expedir leyes en materia de niñas, niños y adolescentes y se adicionó la fracción XXIX-P:

Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

Pese a que la reforma constitucional motivó a que se hicieran otros cambios sociales y legales, y que se empezaran a considerar los derechos humanos, gracias a que se elevaron a rango constitucional los casos de abusos y negligencia por parte de las personas a cargo de los centros de asistencia social (CAS)¹⁴⁸ que ya existían y estaban documentados, por lo menos desde los años noventa, siguieron ocurriendo debido a las omisiones de diversas autoridades a cargo del Estado mexicano; que falló en su obligación de proteger a las niñas, niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad o abandono.

Debido a esta desprotección, y según la CDN y a las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños de las Naciones Unidas, a finales de 2014 se aprobó la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) y se abrogó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 2000, uno de sus principales objetos es:

[...] crear y regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a efecto de que el Estado cumpla con su responsabilidad de garantizar la protección, prevención y restitución integrales de los derechos de niñas, niños y adolescentes que hayan sido vulnerados (art. 1, fracc. III).

La LGDNNA, a lo largo de su articulado, reconoce el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en una familia y establece diversas medidas de fortalecimiento familiar, y políticas de reintegración

¹⁴⁸ Para efectos de este artículo, se entiende como CAS a todas aquellas instituciones residenciales, asociaciones civiles, entidades públicas, privadas o mixtas donde se resguarde temporal o permanentemente a menores de edad con o sin discapacidad, que, por diferentes motivos, se encuentren en una situación de desamparo o abandono o que hayan sido separadas y separados de su núcleo familiar. Estos establecimientos incluyen: centros de asistencia social, casas hogar, casas cuna, albergues, orfanatos, entre otras denominaciones.

familiar. Además, señala la excepcionalidad, la necesidad y la temporalidad como principios rectores de los cuidados alternativos.

Convención sobre los derechos del niño y su comité

A nivel internacional, los derechos de niñas, niños y adolescentes iban ganando terreno y gozaban cada vez más de una mayor protección. Asimismo, las normas internacionales que brindaban un conjunto de protecciones iban en aumento. Por ello, en 1989, la Agencia General de las Naciones Unidas aprueba la CDN,¹⁴⁹ motivada por:

[...] la necesidad de proporcionar al niño una protección especial [que] ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño (Preámbulo).

El Estado mexicano firma y ratifica la CDN en 1990 y queda obligado a cumplirla. La CDN, al igual que otros instrumentos internacionales, protege el derecho de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad a la familia¹⁵⁰ y su derecho a ser cuidados por su madre o padre (art. 7). La convención establece la obligación de los Estados parte de velar porque niñas, niños y adolescentes¹⁵¹ no sean separadas y separados de su familia contra su voluntad (CDN, art. 9).

¹⁴⁹ Cabe recordar que, si bien es el instrumento internacional con mayor número de ratificaciones, este se logra después de que no existían normas comunes para la protección de niñas, niños y adolescentes, y había un sinnúmero de injusticias y desprotecciones hacia las infancias y adolescencias.

¹⁵⁰ La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17, establece el derecho a la protección de la familia en virtud de ser “el elemento natural y fundamental de la sociedad”; Declaración Universal de Derechos Humanos art. 16 7 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 10, 23 y 24; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer art. 5 y 16; Convención sobre los Derechos del Niño art. 7, 9, 10, 18, 21, 30, 37 y 40; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad art. 19 y 23.

¹⁵¹ Si bien la CDN debiera aplicar de igual manera a niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad, en la realidad, los derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad siempre han estado más limitados y han sido más vulnerados que los de sus pares sin discapacidad.

Como parte de su trabajo, el Comité de los Derechos del Niño (Comité CDN, 1994) realiza sus primeras observaciones a México respecto a la situación de las infancias y adolescencias, en donde destaca la situación de violencia y desigualdad que viven niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad en México. Cinco años más tarde, el Comité CDN (1999) realiza nuevas recomendaciones a México, entre las que destacan:

[...] que el Estado Parte siga tomando las disposiciones necesarias para aumentar las soluciones alternativas al internamiento de menores en instituciones (por ejemplo, la adopción dentro del país y los hogares de guarda). [...] también que el Estado Parte refuerce su sistema de vigilancia y evaluación para garantizar el buen desarrollo de los niños que viven en instituciones (pág. 6).

La práctica recurrente del SNDIF era simplemente entregar a las y los menores de edad en situación de desamparo o abandono a los centros de beneficencia pública y privada y daba por hecho que estos cuidarían adecuadamente de ellas y ellos. Sin embargo, el pasar de los años,¹⁵² ha demostrado que, contrario a la finalidad planteada, los CAS se han convertido en lugares abusivos y peligrosos¹⁵³ para el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad, y que además vulneran su derecho a vivir en una familia, de ahí las diversas preocupaciones del Comité CDN. De hecho, en México, existen diversos casos emblemáticos¹⁵⁴ que demuestran y ejemplifican los abusos y los peligros que conllevan los CAS.

Por muchos años, la sociedad y las familias mexicanas obtuvieron apoyo de un ente protector para garantizar algunos de sus derechos más fundamentales: la alimentación y el cuidado de las personas más desprotegidas. A lo largo de la historia, SNDIF ha proveído a las familias mexicanas con un sustento; sin embargo, los tiempos han cambiado, y aunque las necesidades persistan, actualmente hay información que demuestra que el modelo paternalista y asistencialista de este sistema de retirar a las niñas, niños y adolescentes de sus familias y colocarles en un

¹⁵² Para conocer una breve historia de cómo surgen las instituciones residenciales en el mundo véase Sérgio Pinheiro (s/f). “Informe mundial sobre la violencia contra los niños y las niñas”, p. 178 a 180.

¹⁵³ Información que será abordada en apartados posteriores.

¹⁵⁴ Casitas del Sur (2009), La gran Familia o Mamá Rosa (2014), Casa Esperanza (2015), Ciudad de los Niños (2020); por mencionar algunas.

CAS ha quedado obsoleto y es contrario al derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵⁵

El Comité CDN presenta sus nuevas observaciones finales a México en 2006, donde manifiesta su preocupación por “la falta de información (el número, las condiciones de vida y otros factores) sobre los niños que han sido separados de sus padres y viven en instituciones” (pág. 9). Asimismo, señaló que existe un “gran número de niños que viven en instituciones administradas por el sector privado” (pág. 9) y lamentó “la falta de información y de supervisión de esas instituciones por parte del Estado” (pág.9) y que no se dispusiera de datos del número de niñas, niños y adolescentes con discapacidad (pág. 11). En esas observaciones, el Comité CDN recomendó que:

[...] el Estado Parte refuerce las medidas vigentes para impedir la separación de los niños de sus familias y que adopte medidas eficaces para evaluar el número y la situación de los niños que viven en instituciones, incluso en instituciones administradas por el sector privado (pág. 9).

El Comité CDN, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México de julio de 2015, respecto a niñas, niños y adolescentes privados de su entorno familiar, expresó su preocupación:

- a) No haya políticas suficientes de apoyo a las familias en el ejercicio de las responsabilidades de los padres;
- b) Se desconozca el número total de niños privados de un entorno familiar;
- c) Se siga dando prioridad al internamiento en instituciones en lugar del acogimiento familiar;
- d) No se supervisen adecuadamente las instituciones alternativas de cuidado, lo que ha dado lugar a casos escandalosos de malos tratos y descuido de niños, como en las instituciones Casitas del Sur y La Gran Familia (Mamá Rosa) (pág. 11).

En estas observaciones finales, el Comité CDN le recomendó al Estado mexicano, entre otras cosas:

(...) b) **Adopte una estrategia que permita la desinstitucionalización de los niños y establezca un sistema de acogimiento familiar en todos los estados, dando preferencia al cuidado a cargo de familiares,** (...) d) Reúna datos sobre el acogimiento familiar y el internamiento en instituciones y los revise periódicamente, (...) e) Investigue y juzgue a los presuntos responsables de la

¹⁵⁵ A la fecha, existen mayores herramientas que orientan al Estado Mexicano sobre cómo proteger los derechos de las infancias y adolescencias privadas de cuidados familiares.

violencia ejercida contra los niños en las instituciones de cuidado alternativo e indemnice a los niños víctimas de dicha violencia (pág. 11) (énfasis añadido).

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Comité

En lo que respecta a las personas con discapacidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados internacionales sobre derechos humanos protegen a todas las personas. Sin embargo, la realidad es que históricamente, las personas con discapacidad han sido privadas de sus derechos más elementales, por lo que, al considerar esta situación, se pondera la opción de elaborar un instrumento específico que las proteja de manera más amplia y con mayor seguridad. En 2006, se adopta la CDPD; la cual entra en vigor hasta mayo de 2008. En ese año, México la firma y ratifica y queda obligado a cumplir y garantizar su contenido.

La CDPD, tal como se interpreta de la *Observación General No. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*, brinda una mayor protección que la CDN y las Directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, [Niñas y Adolescentes] (2009) para su implementación. Las directrices hablan sobre “una estrategia global de desinstitucionalización, con fines y objetivos precisos, que permitan su progresiva eliminación” (pág. 8). Sin embargo, permiten los centros de acogimiento residencial “pequeños” (pág. 30). Por su parte, la CDPD es enfática en reconocer el derecho de toda niña, niño y adolescente con discapacidad a vivir en una familia, incluido el derecho de las niñas, niños y adolescentes sin discapacidad.

La CDPD contiene elementos valiosos respecto a la figura de la familia. Señala que los Estados parte deberán asegurarse que las niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad no sean separados de sus familias en contra de su voluntad ni sobre la base de la discapacidad. Asimismo, establece que harán todo lo posible “cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar” (art. 23). Es importante mencionar que la CDPD no contempla, bajo ninguna circunstancia, el acogimiento residencial o la institucionalización de niñas, niños y adolescentes.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CDPD) en las observaciones finales sobre el informe inicial de México de 2014, manifestó su preocupación por “la institucionalización de los niños y niñas con discapacidad en el Estado parte, [y] por la prevalencia del paradigma asistencialista para su atención y cuidado” (p. 3). Llamó al Estado mexicano a “[e]stablecer con carácter de urgencia una estrategia de desinstitucionalización de las personas con discapacidad con plazos concretos y seguimiento de sus resultados” (pág. 8). Respecto a los albergues, refugios o cualquier centro de estancia para niñas y niños con discapacidad, es decir, los CAS, el Comité CDPD expresó su preocupación:

[...] la falta de protección de los niños y niñas con discapacidad ante la violencia y el abuso. [...] la ausencia de protocolos para llevar registro, control y supervisión de las condiciones en que operan albergues, refugios o cualquier centro de estancia para niños y niñas con discapacidad (pág. 6).

Asimismo, el Comité CDPD observó que “los niños y niñas con discapacidad en situación de pobreza están más expuestos al abandono y a la institucionalización” (pág. 8), por lo que urgió al Estado mexicano a “sustituir las medidas de institucionalización de todos los niños con discapacidad abandonados, por medidas de acogimiento familiar, asegurando que estas familias reciban el apoyo necesario para su atención y cuidado” (pág. 8).

El Comité CDPD, en las Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de México de 2022,¹⁵⁶ señaló su preocupación respecto a la reiterada institucionalización de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, así como de la falta de datos que faciliten saber cuántas y cuántos viven en CAS (párr. 23). De igual manera, expresó inquietud debido a los “múltiples informes que indican un alto riesgo de muerte de niñas, niños y adolescentes con discapacidad en instituciones” (párr. 29), como resultado de los abusos perpetrados al interior de las instituciones residenciales (párrs. 29 y 41). En particular, el Comité CDPD (2022) recomienda al Estado mexicano:

[t]omar medidas expeditas para terminar con la institucionalización de personas con discapacidad, entre otras cosas, desarrollando e implementando una

¹⁵⁶ Al momento de la elaboración del presente artículo el documento de las Naciones Unidas se encontraba disponible únicamente en inglés, por lo que las citas extraídas del mismo son de traducción propia.

estrategia para la desinstitucionalización de personas con discapacidad, en particular niñas, niños y adolescentes con discapacidad, que incluya plazos específicos, medios de evaluación y un presupuesto adecuado (párr. 51 b).

Declaración conjunta sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad

Respecto a la diferencia en las garantías de protección que brindan la CDN y la CDPD, en un hecho histórico, en marzo de 2022, el Comité CDN y el Comité CDPD publicaron una *Declaración Conjunta sobre los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes con Discapacidad* (en adelante, declaración conjunta), donde se hace especial hincapié en los derechos a la no discriminación; al interés superior de la niñez; al respeto por la opinión de niñas, niños y adolescentes; contra la eliminación de la violencia, el abuso y la explotación; sobre el derecho a la educación inclusiva, y sobre el derecho a la familia (CRC-CRPD Committees, 2022).

En cuanto al derecho a la familia, la declaración conjunta reconoce que las niñas, niños y adolescentes con discapacidad tienen el mismo derecho que las niñas, niños y adolescentes sin discapacidad a vivir y crecer en un ambiente familiar. Concretamente, los comités señalaron:

Los Estados Partes respetarán el derecho a la familia de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Los Comités acuerdan que todas las niñas, niños y adolescentes, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de alegría, amor y comprensión. Ambos Comités están profundamente preocupados por la institucionalización de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y piden a los Estados Partes que pongan fin a la institucionalización por motivos de discapacidad y promuevan el desarrollo de apoyos para las niñas, niños y adolescentes para que vivan en una familia en la comunidad. Los Comités recuerdan que, de conformidad con ambas Convenciones, los Estados Partes tienen la obligación de adoptar estrategias claras y específicas para la desinstitucionalización, con plazos específicos y presupuestos adecuados, a fin de eliminar todas las formas de discriminación y segregación de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad (CRC-CRPD, 2022, pág. 3) (traducción propia).

Con este hecho histórico, y con las recientes recomendaciones del Comité CDPD, se espera que el Estado mexicano emprenda todos los procesos y estrategias necesarias para comenzar, al fin y de una vez por todas, con la desinstitucionalización de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y la garantía y restitución de todos sus derechos fundamentales, incluido su derecho a la familia.

III. Los derechos vulnerados de niñas, niños y adolescentes

El hecho de privar a niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad de un entorno familiar y condenarles a vivir en entornos institucionales es vulnerar una serie de derechos humanos y fundamentales, pues cabe recordar que los derechos son interdependientes. La privación de alguno de ellos perjudica el ejercicio de otros derechos, así, por el contrario, la garantía de uno favorece al resto.

Derecho a la no privación de la libertad

En primer término, es posible decir que, al institucionalizar a niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad en CAS, se vulnera el derecho a no ser privadas y privados de la libertad, de conformidad con los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 37, b) de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el Caso Ramírez Escobar y otros *vs* Guatemala, la Corte IDH (2018) entró al estudio de un caso de separación familiar por motivos de aparente abandono de dos menores de edad y su consecuente adopción internacional. Respecto a la alegada privación de la libertad de la que son sujetos niños, niñas y adolescentes que son separados de sus familias y enviados a CAS, la corte manifestó:

Una privación de libertad se configura cuando una persona, en este caso una niña o niño, no puede o no tiene la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado. De conformidad con dicha definición, el acogimiento residencial de niñas y niños puede constituir una forma de privación de libertad, si las niñas y niños están sujetos a medidas de restricción de su libertad ambulatoria que van más allá de las reglas que impondría una familia para salvaguardar el bienestar de la niña o el niño, como por ejemplo, prohibirles salir de noche.

(...)

la Corte advierte que todo internamiento de una niña o un niño en un centro de acogimiento residencial supone una injerencia del Estado sobre su vida al determinarle un lugar de residencia distinto al habitual. Esto implica un cambio en su vida cotidiana, las personas con las que se relaciona, sus pertenencias, sus hábitos alimenticios, entre otros. Por tanto, este Tribunal considera que este tipo de medidas constituyen, como mínimo, una injerencia en la libertad general protegida en el artículo 7.1, al afectarse radicalmente la forma en que las respectivas niñas o niños conducían su vida (págs. 109 y 110).

El ex relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2015), Juan E. Méndez, ha dicho que la privación de libertad se entiende como:

Toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento de un niño en un establecimiento público o privado del que no se le permita salir por su propia voluntad, por orden de una autoridad judicial, administrativa o de otra índole (A/68/295, párr. 27) (...) También la privación de libertad de niños por particulares o entidades que están facultadas o autorizadas por un Estado para proceder al arresto o la detención (pág. 5).

La ex relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (2019), Catalina Devandas, ha referido que “[l]a práctica de separar a niños con discapacidad de sus familias e internarlos en instituciones o residencias para que reciban tratamiento constituye una privación arbitraria de la libertad que también contraviene el derecho al hogar y a la familia (art. 23)” (pág. 13). Agrega que “[l]a institucionalización es otra forma generalizada de privación de libertad dirigida a las personas con discapacidad. A menudo, la justificación para este tipo de internamiento es la necesidad de recibir “atención especializada” (pág. 5). Asimismo, señala que “[s]iempre que se interne a un niño en un entorno residencial fuera del ámbito familiar ha de considerarse que se le ha internado en una institución y se le han de ofrecer las medidas de protección necesarias para evitar que sea privado de su libertad” (pág. 6).

En los casos de separación familiar, la Corte IDH (2018) considera que es importante e imprescindible que las autoridades consideren los principios de legalidad, idoneidad y necesidad al momento de determinar que procede la separación de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad de su familia de origen. Las leyes nacionales en la materia recogen estos principios, por lo que, en resumen, es necesario que el Estado mexicano observe con cautela los principios antes mencionados y se cerciore de que todos los recursos a su alcance se hayan agotado para evitar la separación familiar.

Derecho a la Familia

Al vulnerarse el derecho a la libertad, también se vulnera el derecho a vivir y crecer en una familia, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 4° y 16; artículos 19 y 23 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;

artículos 9 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás artículos contenidos en tratados internacionales de los que México es parte.

La LGDNNA, las leyes de los estados y de la Ciudad de México sobre los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Ley de Cuidados Alternativos para Niñas, Niños y Adolescentes en el Distrito Federal, y el Estatuto Orgánico del SNDIF, son algunos de los instrumentos legales que contienen obligaciones expresas para determinadas autoridades mexicanas.

El Comité CDN y Comité CDPD han llamado, con carácter urgente, al Estado mexicano para que desinstitucionalice a niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad, y han expuesto los graves abusos que se cometen al interior de los CAS. A nivel nacional, la SCJN (2015) también se ha pronunciado respecto al derecho a la familia y los peligros de la institucionalización. En la tesis aislada, de rubro *Derecho del Niño a la Familia. Su Contenido y Alcances en Relación con los Menores en Situación de Desamparo*, ha sostenido:

(...) los niños tienen el derecho a vivir con su familia, principalmente su familia biológica, por lo que las medidas de protección dispensadas por el Estado deben priorizar el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado del niño o niña. (...) Lo anterior se refuerza ante las numerosas evidencias sobre los impactos negativos que el internamiento de niños y niñas en instituciones residenciales tienen sobre ellos (p. 303).

Por su parte, la Corte IDH (2011) ha señalado en su jurisprudencia:

Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (pág. 38).

Finalmente, Catalina Devandas (2019), ha concluido que “separar a un niño de su familia para internarlo en una institución o residencia por motivos de una deficiencia real o percibida del niño o de sus padres o tutores legales es discriminatorio y, por consiguiente, arbitrario e ilegal” (pág. 13).

Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 4°, integra diversos elementos que contribuyen a gozar una de condición de bienestar y de un desarrollo integral, entre ellos, la protección de la salud; el derecho a un medio ambiente sano; el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua; el derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa; el acceso a la cultura, entre otros. La LGDNNA refiere que el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral implica “vivir en un medio ambiente sano y sustentable, en condiciones que permitan su desarrollo, bienestar, crecimiento saludable y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, ético, cultural y social” (art. 43). Sin embargo, dentro de los CAS, las niñas, niños y adolescentes no gozan de estas condiciones de bienestar y su sano desarrollo integral se ve afectado al ser sujetos a múltiples abusos y negligencias.

La CIDH (2018) ha señalado que las instituciones son inherentemente peligrosas y exponen a las niñas, niños y adolescentes a una situación de violencia estructural (pág. 5). Asimismo, Juan E. Méndez (2015) ha sostenido que existen:

Varios estudios han demostrado que, independientemente de las condiciones en que se encuentren los niños, la detención tiene un impacto profundo y negativo en su salud y desarrollo. Incluso períodos de detención muy cortos pueden socavar el bienestar psicológico y físico del niño y comprometer el desarrollo cognitivo (pág. 7).

El desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad que viven en CAS se ve comprometido y condicionado debido a los factores de riesgo que hay en estos lugares de acogimiento residencial, pues generalmente son lugares sobrepoblados, donde existe un hacinamiento, son antihigiénicos, lugares físicamente inseguros, hay poco personal y las personas a cargo de los cuidados no están profesionalizadas. También son muy comunes los episodios de violencia o de castigo hacia las y los menores de edad.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Véase UNICEF, CIDH y OEA (2013), “Derecho del Niño y la Niña a la Familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a institucionalización en las Américas” y Relaf (2013), “La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe”.

Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal

Los tratados internacionales de los que México es parte protegen a las personas en contra de los abusos y resguardan de manera especial a las niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad. Las niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad privados de cuidados familiares que viven en CAS se enfrentan a situaciones de abuso por parte del personal que labora allí, también afrontan escenarios de violencia entre niñas, niños y adolescentes del mismo CAS.

Los tratos negligentes, el descuido y el abandono emocional también forman parte de la violencia estructural que se da al interior de los CAS. Al respecto, Juan E. Méndez (2015) ha sostenido que “numerosos estudios han documentado que el desarrollo sano de un niño depende de su capacidad para establecer vínculos emocionales con un cuidador de confianza [...] Por desgracia, muchas instituciones no atienden esta necesidad fundamental de generar conexiones” (págs. 12 y 13). En el caso concreto de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, Catalina Devandas (2019), ha sostenido que en las instituciones:

[...] se les encierra rutinariamente, se les obliga a tomar medicación y a menudo corren el riesgo de sufrir torturas, malos tratos y abandono. Han quedado ampliamente demostrados los efectos perjudiciales que tiene para el desarrollo infantil el internamiento de un niño en cualquier institución residencial, tanto en residencias como en instituciones de carácter familiar (pág. 6).

La CIDH y la Corte IDH han señalado que la garantía del derecho a la vida y a la integridad personal de la niña, niño y adolescente, supone que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para evitar el descuido, la desatención o el trato negligente¹⁵⁸ en la atención de sus necesidades físicas y psicológicas (Sérgio Pinheiro, s.f., págs. 187-189).

Las niñas, niños y adolescentes con alguna discapacidad física, mental, sensorial o intelectual son quienes más expuestas y expuestos están a sufrir los graves efectos negativos como consecuencia de la desatención y el trato indolente, por ello existe la responsabilidad del

¹⁵⁸ La *Observación General No.13 (2011) Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia* del Comité de los Derechos del Niño, define el concepto de “descuido o trato negligente” que recoge el artículo 19 de la CDN. *Ver* Comité de Derechos del Niño, *Observación General No. 9, (2006) Los derechos de los niños con discapacidad*.

Estado de extremar las medidas para evitar que se produzca el descuido o el trato negligente.¹⁵⁹

Derecho a la Salud

El artículo 4° de la carta magna se refiere al derecho a la protección de la salud. La salud integra no solo el aspecto físico, sino también el mental y el social (OMS, 1948). El Estado mexicano, al no tener un control sobre el número de CAS y el número de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad privados de cuidados familiares que se encuentran en CAS, no realiza visitas de inspección y monitoreo y confía en las personas responsables de los CAS. Sin embargo, es precisamente esta omisión la que conlleva a desconocer el nivel de salud de cada niña, niño y adolescente con y sin discapacidad que reside en los CAS.

Son numerosos los casos de vulneración al derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad que residen en CAS que se pueden encontrar, pues, por sus características, son lugares que no cuentan con los elementos necesarios para brindar una atención adecuada e individualizada de la población que atiende. Un ejemplo de ello es el caso de Mamá Rosa. En la Recomendación 14VG/2018, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) (2018), se encontraron múltiples casos de enfermedades, infecciones y alimentos en avanzado estado de putrefacción, así como alimentación deficiente y falta de atención médica.

Juan E. Méndez (2015) ha determinado que el abandono emocional orilla a niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad a autoinfligirse daños, “por ejemplo los niños que se golpean la cabeza contra la pared y se meten los dedos en los ojos” (pág. 13). Como parte de la respuesta para detener estos daños, las y “los cuidadores aplican la inmovilización física

¹⁵⁹ El ex experto independiente para el estudio sobre la violencia contra los niños, Paulo Sérgio Pinheiro, en el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, señaló que, en México, “[e]n centros de rehabilitación para niños y niñas con discapacidades mentales, han sido hallados niños postrados en la cama, enflaquecidos por la inanición y deshidratados. Se les suministraba el alimento en botellas, pero los que no podían coger las botellas debido a su discapacidad no recibían alimento alguno. En muchas instituciones para niños y niñas con discapacidades, los niños y niñas no tienen acceso a educación, recreación, rehabilitación u otros programas. A menudo se les deja en sus camas o cunas por largos períodos de tiempo sin estimulación y sin contacto humano. Tal privación provoca grave daño físico, mental y psicológico y en muchos casos la muerte” (pág. 189).

como solución a largo plazo o meten a los niños en jaulas o los atan a la cama, prácticas que se han relacionado con la atrofia muscular y la deformidad del esqueleto” (pág. 13); hechos que denotan una grave vulneración al derecho a la salud.

Derecho a la educación

El derecho a la educación es un derecho universal consagrado en tratados internacionales y en el artículo 3° de la constitución federal. La SCJN (2017) ha señalado que el derecho a la educación es un derecho fundamental con una dimensión tanto individual como social y colectiva, pues es elemento indispensable para la formación de la autonomía personal y para el funcionamiento de una sociedad democrática.

En muchos de los CAS, sobre todo en aquellos que albergan niñas, niños y adolescentes con discapacidad, es muy común que las y los menores de edad no gocen plenamente de este derecho fundamental y básico para su desarrollo integral. Por un lado, hay CAS que construyen sus propios centros educativos al interior de sus instalaciones para evitar el gasto que les conlleva transportar a niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad a diferentes escuelas e institutos diariamente. Por otro lado, uno de los argumentos que generalmente utilizan las personas a cargo de los CAS, en lo que respecta a niñas, niños y adolescentes con discapacidad, es que muchos no pueden asistir a la escuela debido a su condición de salud o su discapacidad, entonces, se les deja fuera de un plan que garantice su derecho a la educación.

El Comité CDN (2009) se ha pronunciado respecto a que la prestación de servicios de educación excluye a las niñas, niños y adolescentes con discapacidad debido a estigmas y prejuicios que han ocasionado su marginación (pág. 4). Asimismo, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por sus siglas en inglés), CIDH y OEA (2013) han señalado:

Los niños, niñas y adolescentes con discapacidad que se encuentran en una institución residencial, si no se les garantiza su derecho a la educación adaptada y a una formación para una vida autónoma dentro de su comunidad, difícilmente podrán realizar su proyecto de vida y abandonar la institución (párr. 638).

Lo anterior supone que es deber del Estado mexicano velar porque el derecho a la educación esté plenamente garantizado para todas las niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad en situación de desamparo o abandono y que han sido enviadas y enviados a CAS. Este análisis implica la necesidad de estudiar a fondo el problema que conlleva que niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad que viven en CAS sean segregadas y segregados en un entorno no apto para ellas y ellos, pues son menores de edad que permanecen en un mismo espacio físico, que solamente interactúan con las mismas personas del CAS, que desconocen lo que hay fuera de este y sin relacionarse con otras personas.

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad contemplado en el artículo 4° constitucional, y recogido en los tratados internacionales de los que México es parte, es un derecho humano que contempla, entre otros aspectos, el derecho a tener un acta de nacimiento, conocer su filiación y su origen. No obstante, hay muchos casos de niñas, niños y adolescentes, sobre todo de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, que no cuentan con un registro de su nacimiento. Hay situaciones donde las niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad que viven en CAS están registrados con los apellidos de la o el fundador del CAS y se desconoce su filiación y origen (Juicio de Amparo 475/2016-VIII, 2016).

La CDN señala que el derecho a la identidad incluye las relaciones familiares, y establece que “[c]uando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (art. 8.2).

Hay un número indeterminado de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad a quienes se les vulnera su derecho a la identidad; situación que conduce a que pueda ser difícil la reintegración familiar debido a que no se han fortalecido las relaciones familiares, ello atenta contra su derecho a la familia. La Corte IDH (2011) también ha realizado diversos estudios respecto al derecho a la identidad y sienta jurisprudencia en el sentido de:

Esta violación sólo cesa cuando la verdad sobre la identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas

de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, el vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes (pág. 40).

Las violaciones hacia los derechos de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad son múltiples y son sistemáticas, por ello es urgente e imprescindible que en México se comiencen a tomar medidas más certeras y concretas para restituirles todos sus derechos vulnerados.

IV. Conclusiones

Se puede decir que la asistencia social en México no ha sufrido muchos cambios, pese a que se ha demostrado que requiere una revisión profunda de sus políticas públicas. Si bien la asistencia social, en lo que respecta a niñez y adolescencias institucionalizadas, nace con un enfoque innovador de ayuda, en poco tiempo se comienzan a ver los peligros de estos espacios residenciales y los efectos a corto, mediano y largo plazo en la vida y desarrollo de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad.

Se señala que la asistencia social tiene como fin lograr que las personas atendidas gocen de una vida plena y productiva. Sin embargo, se desconocen casos en los que se haya cumplido con tal objetivo. Asimismo, las leyes nacionales hablan sobre las políticas de fortalecimiento familiar y sobre la familia como núcleo básico de toda sociedad. No obstante, los esfuerzos que ha empleado el Estado mexicano para lograr su garantía son pocos.

El hecho de que desde sus inicios el Comité de los Derechos del Niño se haya manifestado sobre la importancia de vigilar los espacios residenciales para no permitir vulneraciones de los derechos de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad es un antecedente que permite entender el problema de fondo e imputar, directamente, la responsabilidad del Estado mexicano de las violaciones que se han cometido en esos espacios en contra de miles de niñas, niños y adolescentes durante más de treinta años.

Desde sus primeras recomendaciones, el Comité CDN ya hacía referencia a las desigualdades y discriminaciones que sufren las niñas, niños y adolescentes con discapacidad; hecho que se reafirma con posterioridad y en múltiples ocasiones por el Comité CDPD. Sin embargo, ambos comités abordaban el tema de la separación familiar y la institucionalización desde dos vertientes distintas que parecía que no

tenían características comunes. No obstante, es hasta hace unos meses que, después de largos debates, y dejando atrás algunos desacuerdos iniciales, ambos comités llegan a la conclusión de que necesitan unir fuerzas para lograr, de una vez por todas, el respeto, reconocimiento y garantía de todos los derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad en igualdad de condiciones que las y los demás. La declaración conjunta que realizan estos comités trae consigo un ambiente esperanzador de que, la desinstitucionalización y la garantía del derecho a la familia pueden ser una realidad en los próximos años, siempre y cuando, a nivel interno se presiona al Estado mexicano para cumplir y hacer valer los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes con y sin discapacidad, y restituirles todos sus derechos humanos y fundamentales, así como desarrollar todos los mecanismos y medios para que el fortalecimiento familiar sea una prioridad y establecer una estrategia que incluya plazos y presupuestos necesarios para atender las recomendaciones internacionales y el propio texto constitucional.

V. Referencias bibliográficas

- Asamblea Legislativa del Distrito Federal (2015). *Ley de Cuidados Alternativos para Niñas, Niños y Adolescentes en el Distrito Federal*, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 10 de marzo de 2015.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1928). *Código Civil Federal*, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1984). *Ley General de Salud*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1986). *Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1986, abrogada en el Diario Oficial de la Federación el 02-09-2004.

- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2000). *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, abrogada en el Diario Oficial de la Federación el 04-12-2014.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2004). *Ley de Asistencia Social*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de septiembre de 2004.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2014). *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2019). *Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de diciembre de 2019.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2009). Recomendación 4/2009. Sobre el albergue conocido como “Casitas del Sur”.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2018), Res. 21/2018, Medida cautelar No. 975-17, Niños, niñas y adolescentes del Centro de Reparación Especializada de Administración Directa de Playa Ancha respecto de Chile 15 de marzo de 2018. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2018/21-18MC975-17-CH.pdf>.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH] (2018). Recomendación 14VG/2018 Sobre Violaciones Graves a los Derechos Humanos en agravio de 536 Personas Víctimas de Delito, entre Ellas Niñas, Niños y Adolescentes, en Situación de Extrema Vulnerabilidad, que fueron localizados en una Casa Hogar en Zamora, Michoacán.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH] (2020). Sobre las Violaciones Graves a los Derechos Humanos Cometidas en Agravio de Diversas Personas que se Encontraban Albergadas en las Casas Hogar Administradas por la “Ciudad De Los Niños Salamanca A.C., con la Tolerancia y/o Aquiescencia de personal de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia de los Estados de Guanajuato, Michoacán, Querétaro y de los Municipios de San Francisco Del Rincón y San Luis De La Paz, Guanajuato, así como

- de las Fiscalías Generales de Justicia de los Estados de Aguascalientes y Guanajuato.
- Comité de los Derechos del Niño [Comité CDN] (1994), Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: México, CRC/C/15/Add.13 de 7 de febrero de 1994.
- Comité de los Derechos del Niño [Comité CDN] (1999), Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add.112 de 10 de noviembre de 1999.
- Comité de los Derechos del Niño [Comité CDN] (2006), Observaciones finales, CRC/C/MEX/CO/38 de junio de 2006.
- Comité de los Derechos del Niño [Comité CDN] (2011), Observación General No.13 (2011) Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13 de 18 de abril de 2011.
- Comité de los Derechos del Niño [Comité CDN] (2015), Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México, CRC/C/MEX/CO/4-5 de 3 de julio de 2015.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 9 (2006). Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9 de 27 de febrero de 2007.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [Comité CDPD] (2014), Observaciones finales sobre el informe inicial de México, CRPD/C/MEX/CO/1 de 27 de octubre de 2014.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [Comité CDPD] Observación General No. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, CRPD/C/GC/5 de 27 octubre 2017.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [Comité CDPD] (2022), Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Mexico, CRPD/C/MEX/CO/2-3, 25 March 2022.
- Committee on the Rights of the Child and Committee on the Rights of Children with Disabilities [CRC-CRPD Committees] (2022), “Joint Statement. The rights of children with disabilities”.
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969), aprobada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), adoptada y abierta a la firma y ratificación,

- o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor: 3 de septiembre de 1981.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [CDPD] (2006), aprobada en el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General mediante la resolución A/RES/61/106 de 13 diciembre 2006.
- Convención sobre los Derechos del Niño [CDN] (1989), adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.
- Corte IDH (2011), “Caso Gelman vs. Uruguay”. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_espl.pdf.
- Corte IDH (2018), Caso Ramírez Escobar y otros vs Guatemala. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Devandas, Catalina (2019). “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. Derechos de las personas con discapacidad”. A/HRC/40/54 de 11 de enero de 2019.
<https://undocs.org/es/A/HRC/40/54>.
- Directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de Niños (2009), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/11/L.13 de 15 de junio de 2009.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF], Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] y Organización de los Estados Americanos [OEA] (2013), “Derecho del Niño y la Niña a la Familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas”.
<https://www.relaf.org/biblioteca/UNICEFLaSituaciondeNNAenInstitucionesenLAC.pdf>.
- Gobierno de México (s/f). “Sistema Nacional DIF”. Disponible en:
<https://www.gob.mx/difnacional/que-hacemos>.

- INAI [INAI Mexico]. (14 noviembre de 2018). #SesiónenvivoINAI Es aprobado proyecto de resolución del comisionado @bonnin_carlos que MODIFICA la respuesta de la @CDHDF y se le ordena entregar el expediente CDHDF/IV/122/MHGO/16/D5361, en versión pública, relativo al caso “Casa Hogar Esperanza”. [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/INAI Mexico/status/1062782039185911808>.
- Juicio de Amparo 475/2016-VIII (2016). Sentencia de la Jueza Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato Karla Macías.
- Lorenzo Córdova Vianello, Lorenzo (2011). La reforma constitucional de derechos humanos: una revolución copernicana, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 61(256).
- Méndez, Juan E. (2015). *Informe del Relator Especial en Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, A/HRC/28/68 de 05 de marzo de 2015.
- Organización Mundial de la Salud [OMS] (1948). *Derecho a la Salud*. <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions>.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor: 3 de enero de 1976.
- Pinheiro, Paulo Sérgio (s.f.). *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y las niñas*. https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/world_report_on_violence_against_children_sp.pdf.
- Relaf (2013). *La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9526.pdf>.
- Sotomayor Sánchez, César (s/f). *La Asistencia Social en México durante los últimos 25 años del siglo XX*. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/2/pr/pr13.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2011). Sentencia del expediente Varios 912/2010, SCJN, 14 de julio de 2011. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015). *Derecho del niño a la familia. Su contenido y alcances en relación con los menores en situación de desamparo*, SCJN, Tesis Aislada 1a. CCLVII/2015 (10a.), Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 22, septiembre de 2015, Tomo I, pág. 303, No. 2009862.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2017). *Educación. Es un derecho fundamental indispensable para la formación de la autonomía personal y el funcionamiento de una sociedad democrática, así como para la realización de otros valores constitucionales*, SCJN, Tesis 1a./J. 80/2017 (10a.), Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, octubre de 2017, Tomo I, pág. 187, No. 2015303.

Capítulo XIII

Derechos Humanos y Cine: La imaginación cinematográfica como forma de educación emocional¹⁶⁰

Sumario: *I. Introducción. II. Derechos humanos y cine como objeto de estudio. III. Cine sobre y contra los derechos humanos. IV. Los estudios sobre los derechos humanos y el cine. V. El cine como forma de educación sentimental. VI. El papel del defensor de derechos humanos en el cine. VII. Conclusiones. VIII. Referencias bibliográficas.*

Jesús Ignacio Delgado Rojas¹⁶¹

I. Introducción

Los derechos humanos y el cine son los dos ejes que vertebran este trabajo. La adopción del enfoque cinematográfico para estudiar los derechos humanos parte de una valoración positiva del sentido de esta relación: el cine es una forma de creación artística que también se erige como fuente de conocimiento para el análisis de la historia, de la política, del derecho y de las relaciones humanas en general. Desde su aparición, el cine ha capturado en imágenes, y más tarde también con sonidos, los infinitos momentos y detalles que comprenden la existencia humana, sus episodios históricos y la vida social, ya sea a través de una visión ficcionada o realista de los hechos. La historia de los derechos humanos tampoco ha escapado de ser grabada por el cinematógrafo.

El cine no solo rememora nuestra historia, recoge nuestro presente y vaticina nuestro futuro; sino que, además, él mismo es historia. Las películas se incrustan en el imaginario colectivo de una sociedad y

¹⁶⁰ La realización de este trabajo ha tenido lugar en el marco del *Grupo de Investigación Teorías de la Justicia y Derechos Humanos* (SEJ401) de la Universidad de Sevilla y su Proyecto de Investigación “La cultura jurídica cosmopolita y sus desarrollos contemporáneos: límites y posibilidades en tiempos de crisis”, del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (P20_00980), de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía.

¹⁶¹ Profesor del departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid con máxima calificación Cum Laude, Mención de doctorado Internacional y Mención Especial por unanimidad del Premio Luis Díez del Corral otorgado por el CEPC. Máster de Investigación en Derecho Público y Doble Licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas.

contribuyen a los procesos de cambio y aprendizaje de las personas. Forman parte del acervo cultural de una comunidad de individuos. Y, en ese sentido, participan sellando de manera indeleble los logros civilizatorios que nos honran como seres humanos, pero también inmortalizando aquellos miserables sucesos que no deberían volver a ocurrir.

El cine hace nuestra experiencia humana más intensa, rica y profunda. Transporta al espectador a mundos imaginarios que permiten comprender mejor el mundo real. Su poderoso efecto sobre el ánimo y la conciencia del sujeto hace que, en definitiva, los derechos humanos no sean vistos solo como una construcción teórica, sino como una realidad viva, susceptible siempre de renovarse y ser mejorada.

II. Derechos Humanos y Cine como objeto de estudio

Considero los estudios sobre los derechos humanos y el cine como un objeto propio de estudio que aborda el tratamiento que las películas ofrecen acerca de los derechos humanos. Este enfoque de análisis puede constituir un buen punto de partida para conocer y comprender no solo diversos acontecimientos históricos, sino también las distintas cuestiones morales y políticas que plantean la práctica cotidiana de los derechos humanos, su protección y mecanismos de garantía. O dicho de forma más sintética: el estudio de los derechos humanos y el cine versa sobre la representación audiovisual de los primeros; su imagen fílmica. No se trataría tanto de alcanzar un conocimiento técnico acerca del cine ni de hacer crítica cinematográfica, sino de utilizar el cine como pretexto, como herramienta para observar cómo funcionan los derechos, cómo se ejercen y qué problemas plantea su garantía efectiva.

Resulta bastante evidente que si el cine retrata la vida social y el dato jurídico impregna toda esa vida social, pues “como el aire, está en todas partes”, dijo Nino (1987, pág. 1), toda película, al fin y al cabo, mostrará irremediablemente algún aspecto de ese artificio que los seres humanos hemos inventado para posibilitar la convivencia: los derechos humanos. Este fenómeno y el cine van así de la mano: toda película, al captar la vida, retratará inevitablemente el ejercicio de esos derechos.

Desde ese punto de vista, por tanto, no será difícil encontrar una película en la que los derechos humanos estén implicados de una u otra forma. Pero, cuando hablo del *cine de los derechos humanos*, no me refiero

a cualquier cine, sino a un conjunto de películas donde aquéllos adquieren un papel protagonista en la trama y que están implicados no solo los individuos, sino también la sociedad y el Estado. Si una película solo narra un crimen cometido por un individuo contra otro, no se consideraría como un filme de derechos humanos. Pero, si el crimen lo llevan a cabo funcionarios del Estado, amparados en la llamada razón de Estado, es decir, si es un crimen de Estado, entonces podría incluirse la película dentro de la categoría de derechos humanos. De ahí que este cine sea, en un sentido amplio, cine político.

El concepto de derechos humanos no es un concepto intemporal que haya acompañado a toda la historia de la humanidad, su universalidad es distinta de su existencia en todo tiempo y lugar. Se trata de un concepto histórico del mundo moderno y occidental, pues son una ideología de la modernidad (Peces-Barba, 1995, págs. 115-144), un conjunto de ideas que proclaman que todos los seres humanos, por el hecho de serlo, son titulares de ciertos derechos. Ello no implica, en absoluto, menosprecio a otras tradiciones culturales con planteamientos interesantes acerca de los valores y virtudes o sobre la idea de dignidad humana, pero que no dieron el paso para convertir esas nociones en fundamento del reconocimiento del derecho a tener ciertos derechos básicos. Es preciso distinguir, por tanto, entre precedentes en el reconocimiento de los derechos humanos, en algún caso muy importantes y que son un ambiente propicio donde se desarrollará la idea moderna de los derechos naturales y el origen y desarrollo de los derechos humanos.

Tampoco se puede deducir que la pertenencia de los derechos se limite a los miembros herederos de la modernidad occidental, sino que, a pesar de su génesis histórica, se proclama su universalidad. Quizá la característica de la universalidad sea el rasgo más distintivo de los derechos humanos. Valga aquí la apreciación de Pérez Luño (2000) de que “la exigencia de la universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación” (págs. 39 y 40).

Hubo que esperar a Kant y a las declaraciones de derechos americana y francesa del último cuarto del siglo XVIII para situar el contexto histórico en el que parece generalmente aceptado situar la génesis de la idea de dignidad humana en su sentido moderno. Una

noción que comenzó siendo un concepto religioso y moral para ser más tarde incluido dentro del ámbito jurídico. Desde entonces se interpretará la dignidad humana

[...] no solamente como lo más valioso, lo que no tiene precio, lo que exige un respeto inmediato, sino también como el derecho a tener derechos. Por tanto, respetar la dignidad de los seres humanos equivale a reconocerles ciertos derechos. Si el reconocimiento de los derechos humanos es el medio de garantizar la realización de una vida digna, su falta de reconocimiento significa vivir por debajo de la exigencia de esa vida digna (Fernández García, 2001, pág. 13).

Existen numerosas referencias acerca de cómo los derechos humanos encuentran su fundamento en la idea de dignidad de la persona. En el ámbito latinoamericano esta justificación tendría su origen:

[...] en los lamentables eventos históricos de la primera mitad del siglo XX que destacaron por su documentada vulneración a los derechos más elementales, entre otras razones, porque los regímenes jurídico-políticos vigentes en estos períodos condicionaron el respeto a la dignidad humana a consideraciones de color, raza, condición económica, cultura, etcétera, establecidas en la legislación y no en la idea de que el ser humano es algo valioso y digno de respeto por el solo hecho de serlo (Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller, 2014, pág. 37).

Es bastante claro que, como indicó Norberto Bobbio en *El tiempo de los derechos*, los derechos humanos se han convertido actualmente en “uno de los indicadores principales del progreso histórico” (1991, pág. 14) y que son, en palabras de Liborio Hierro (2016), “el banco de pruebas para una teoría de la justicia” (págs. 21 y sigs.). Existe, entonces, un acuerdo casi unánime en considerar que la idea de derechos humanos demuestra la existencia de un progreso moral de la humanidad, que afecta a la historia de la ética (Camps, 2013, pág. 14).

El concepto de derechos humanos surge en un momento histórico concreto y como consecuencia de un conjunto de hechos documentados de carácter religioso, político, moral, económico y jurídico. Como todo lo humano, es una creación de seres humanos. Y el cine no ha sido ajeno a esa construcción histórica. El cinematógrafo ha capturado ese desarrollo, sus episodios, las conquistas y también las derrotas en materia de derechos humanos. El cine es así, un medio adecuado para pensar el tema de los derechos humanos: la *gran pantalla* tiene un enorme potencial para narrar historias, movilizar a grandes masas de personas e

incluso generar estados de opinión. No solo fomenta el debate y la crítica sobre un determinado problema social, sino que tiene una gran capacidad para explicar cómo es la sociedad y cómo funciona. Como bien expresa Manuel Alcántara (2020), ver películas incorpora procesos de aprendizaje, de socialización y de interpretación individual de lo que se visualiza, según la manera de ver el mundo de cada espectador.

III. Cine sobre y contra los derechos humanos

Si hay un cine sobre los derechos humanos, creo que también tiene sentido aludir a un cine contra los derechos humanos. En efecto, como señala Pérez Luño (2005), hoy día, la crítica cinematográfica incluye también referencias al valor de las películas desde el punto de vista de su postura frente a los derechos humanos (pág. 24). Porque es posible rastrear un cine partidario y otro detractor de estos derechos. El primero es el que promueve los derechos humanos; el segundo, es el que los censura, el que los repudia y viola. El cine sobre los derechos humanos es un cine de denuncia de aquellas situaciones en las que se vulneran los derechos humanos o, dicho en sentido afirmativo, es un alegato a favor de estos, una proclama que resulta justa por la repugnancia que produce su violación.

En cambio, el cine contra los derechos humanos es aquél donde sus personajes desconocen por completo la idea de dignidad humana y el respeto que ella merece. Es posible pensar tanto en las películas de justicieros y de vengadores, típicas del género western, como en los filmes sobre las dictaduras latinoamericanas y las abominables prácticas que llevaron a cabo, propios del cine político. También es cine contra los derechos humanos el cine del fascismo tanto el que se realizó bajo los auspicios de estos regímenes como las cintas que defienden sus valores, evidentemente irracionales y anti-ilustrados. Tristemente, el mejor ejemplo de semejante cinematografía es una obra maestra de la historia del cine, *Triumph des Willenes, El triunfo de la voluntad* (1935, de Leni Riefenstahl).

El cine, además de ser arte o entretenimiento, es un excelente instrumento pedagógico y de crítica social. Es idóneo para transmitir a una gran audiencia el conocimiento acerca de una cuestión y es crítico por no ceñirse a la descripción aséptica de esa realidad: la valora, la recrea de determinada forma y ofrece un punto de vista político-moral sobre lo

filmado. El cine hace, recoge y explica, como ciencia social, la política (San Miguel, 2016). Es un instrumento básico de la educación para transmitir valores y principios, ya sea para defender los fundamentos de una democracia (el denominado *cine comprometido*, por ejemplo, de Costa-Gavras o Ken Loach) o para llamar al adoctrinamiento totalitario (en el caso del *cine propaganda* de Leni Riefenstahl). En ese sentido, el cine aborda las relaciones de poder, las define, las condiciona y las manipula, pero el poder también usa al cine. Es un camino de ida y vuelta: el cine usa la política para consolidar, por ejemplo, los mitos identitarios de una nación (véase *Intolerancia*, de Griffith, 1916); pero también la política ha sabido utilizar el cine para publicitar sus soflamas (como ocurrió en la Unión Soviética, así como en la Italia fascista con la creación de Cinecittà 1937 y en la Alemania nazi). Pero también el proyecto de Franklin D. Roosevelt contó con el relato cinematográfico para impulsar el New Deal.

Igualmente, en América Latina se produce, en torno a la mitad del pasado siglo, esa misma reflexividad. En el caso mexicano se desarrolla un potente aparato cuya producción sirvió para potenciar identidades nacionales, como ocurrió con la figura del charro mexicano; en Argentina, algo similar se produce con la irrupción del peronismo y la sanción de la ley de protección del cine en 1947. Los directores, actores y actrices de cada cine, de cada industria, de cada época y región, y la lectura que de ellos hoy se hace en clave de la relación entre los derechos humanos y el cine, son fácilmente reconocibles y tienen nombres propios. En definitiva, no todo cine versa sobre los derechos humanos, pero toda película inevitablemente narra hechos que tienen relevancia para los derechos humanos. El cine no ha podido dejar de tratar cuestiones relativas a los derechos humanos, dado que hoy día se les tiene por el criterio moral y jurídico último de enjuiciamiento de la realidad.

Esta simbiosis entre la reivindicación política de los derechos humanos y el cine no es casual. Es un “curioso idilio”, como remarca Shlomo Sand al comienzo del primer capítulo “Las masas, el soberano y la democracia” de su magnífica obra *El siglo XX en pantalla. Cien años a través del cine*. Es posible afirmar con él, sin riesgo a equivocarme:

[...] la democracia moderna y el cine nacieron al mismo tiempo. Ambos fenómenos surgieron a finales del siglo XIX con la aparición del concepto de masas, y fueron aumentando su influencia política y cultural conforme crecía su protagonismo a lo largo del siglo XX (2004, pág. 23).

IV. Los estudios sobre los derechos humanos y el cine

Desde hace algunas décadas se ha mostrado un interés cada vez mayor en el uso del cine para el estudio del derecho, especialmente para la formación en derechos humanos tanto por parte de teóricos del derecho como por profesores de las distintas disciplinas de derecho positivo, profesionales, abogados y juristas en general. Y es que la cuestión de la justicia es uno de los grandes argumentos de la historia del cine, ha sido representada con mucha frecuencia en la pantalla (Greenfield y Osborn, 1999, pág. 37). El tema de la justicia, el de las relaciones entre el derecho y la moral y, en particular, el de los derechos humanos –como apuntara hace años Francisco Laporta (1993, pág. 7)– no es un tema más de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está. Y el cine, desde luego, ha situado entre sus tópicos más recurrentes este tema central de la filosofía del derecho:

El tema de la justicia es el de los derechos humanos, y también se puede decir que éstos constituyen argumentos típicamente cinematográficos, hasta el punto de que podríamos tomar la Declaración Universal de 1948 e ir uno por uno, analizando la imagen fílmica de todos los derechos humanos. Realmente, por cada artículo de la Declaración se pueden encontrar bastantes películas que tratan del derecho que sea (Rivaya, 2021, pág. 96).

En España los estudios sobre derechos humanos y cine han logrado cierto éxito y arraigo en el siglo XXI. Las investigaciones en torno a los derechos humanos, la política y el cine ya tenían bastante presencia en las universidades americanas, hasta el punto de que existían distintos movimientos, denominados *Politics and Cinema* o *Law and Film Movement*, que se centraban en el análisis del mundo jurídico-político en el marco cinematográfico. Es decir que, cuando se empezó en España a trabajar estos temas, en Estados Unidos ya existía un cuerpo de exploraciones y ensayos suficientemente amplio sobre la recepción que el cine dispensaba al fenómeno jurídico. Lo mismo podría decirse en torno a los estudios de cine y literatura.

Las primeras aproximaciones entre los derechos humanos y el cine tuvieron un perfil principalmente didáctico: las películas se empezaron a utilizar en las aulas de las facultades de derecho como herramientas complementarias de la explicación del temario de los programas docentes. Desde luego, muchas películas (o determinados diálogos o

escenas) presentan un gran potencial pedagógico para mostrar y explicar al alumnado un preciso concepto, problema o institución jurídica; o para plantear un determinado debate o tomar conciencia de una realidad social proveniente de un contexto desconocido o lejano. Pues el cine permite conocer situaciones que, si no fuera a través de una pantalla, el espectador no tendría manera de acceder a ellas:

Un buen uso del cine en esta dirección ha puesto de manifiesto su gran eficacia, al tratarse de un medio caracterizado por su mayor atractivo inicial para los estudiantes por su naturaleza audiovisual, por su inmediatez y su frescura, debido sobre todo a su apelación a factores emocionales y no sólo puramente intelectuales, a la hora de transmitir contenidos jurídicos. De este modo, se ha podido comprobar fehacientemente la enorme utilidad que las películas de temática jurídica pueden tener para que los alumnos entiendan mejor lo que se les pretende enseñar (Gómez García, 2017, pág. 17).

De esta manera, frente al modelo pedagógico tradicional, basado en lecciones magistrales, donde los docentes explican un temario y los discentes copian apuntes mecánicamente, el uso del cine requiere un papel más activo por ambas partes. Profesor y alumno se ven estimulados a emplear más destrezas psicoemocionales para obtener el máximo rendimiento del proceso de enseñanza (el profesor) y aprendizaje (el alumno). Esta incitación emocional despierta la curiosidad del alumno y ejercita su creatividad para imaginar soluciones a un caso conflictivo, ensayar propuestas, comprobar errores, adiestrar su lógica al razonar y exponer argumentos de forma convincente. Algo más de todo esto señalaré más adelante acerca del cine como forma de educación emocional del jurista.

Aunque una cosa es que el cine se incorpore a la formación del jurista y otra muy distinta es que trate de sustituir al estudio de textos. De ser *homo sapiens* hemos pasado a ser *homo videns* –en la feliz expresión de Sartori (1999)– caracterizados por una “cultura escrita que está siendo destronada por la imagen” (pág. XV), con el efecto perverso de que lo audiovisual “produce imágenes y anula los conceptos, y de este modo se atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella toda nuestra capacidad de entendimiento” (pág. 23). El razonamiento abstracto que se obtiene de la palabra es el que otorga inteligibilidad del mundo que nos rodea y, con base en ello, los distintos saberes se han transmitido tradicionalmente por la palabra oral o escrita. De este modo, es recomendable que toda formación –también la jurídica– siga siendo

eminentemente bibliográfica, para así operar mediante procesos mentales de abstracción y hallar soluciones prácticas concretas a partir de deducciones de premisas generales y abstractas. Pero ello no es óbice para que el cine pueda resultar un perfecto aliado para una formación más integral y humanística de los futuros abogados.

En España, el desarrollo de los estudios de derechos humanos y cine tiene algunos orígenes bien concretos y conocidos. Los profesores Javier de Lucas y Fernando Flores dirigen la colección de Cine y Derecho en la editorial Tirant lo Blanch, que, desde 2003, publica libros sobre la materia. El profesor asturiano Benjamín Rivaya (2021) es autor de varias monografías, comenta a profundidad películas jurídicas y políticas. Ricardo García Manrique y Mario Ruiz Sanz (2009) han escrito también valiosos libros sobre cine desde una perspectiva iusfilosófica. Es también destacable la obra del magistrado emérito del Tribunal Constitucional Rafael De Mendizábal (2021), *Cine y Derecho. Togas en la gran pantalla*, o los análisis de Pablo Iglesias Turrión (2013) en *Maquiavelo frente a la gran pantalla. Cine y política*, o el imprescindible *El golpe de Estado de Júpiter contra Saturno. Derecho y poder en el cine* de Enrique San Miguel Pérez (2017).

En América Latina, también se acredita un notable ascenso de los análisis en torno a los derechos humanos a través del cine para conocer, recrear y comprender los problemas de la región. En México, son muy meritorios los esfuerzos del profesor José Ramón Narváez (2012), al reivindicar el uso del cine para conocer el derecho (con su curso *Democracia en pantalla* en la Escuela Judicial Electoral). En Colombia, me parecen muy valiosos los libros del profesor Martín Agudelo Ramírez (2014 y 2016) sobre cine y derechos humanos y las iniciativas como la del podcast *El Derecho por fuera del Derecho*, encabezada por Jorge González Jácome y Nicolás Parra Herrera, creadores de un provechoso material divulgativo que evidencia la riqueza que encierran las películas para abordar la práctica jurídica. No puedo dejar de referirme a otros interesantes análisis de problemas políticos de la región a través del cine, como el tratamiento ya clásico en Alianza Editorial de Alberto Elena y Marina Díaz (1999) *Tierra en trance: el cine latinoamericano en 100 películas*, o los libros más recientes de Carlos Balagué (2011) *El cine latinoamericano: las grandes películas*, de Copertari y Sitnisky (2015) *El estado de las cosas: cine latinoamericano en el nuevo milenio*, el del profesor de la Universidad Oberta de Catalunya Eduardo Guillot (2020) *Un lugar en el mundo. El cine*

latinoamericano del Siglo XXI en 50 películas, o, por último, el de Schoroeder (2020) *Una historia comparada del cine latinoamericano*.

En cuanto a los temas y problemas filmados por la industria latinoamericana, y como cada cine es hijo de su tiempo, el cine de Colombia está muy influido por el postconflicto, la justicia transicional, los estragos del narcotráfico y, sobre todo –y este es un rasgo compartido con el cine mexicano– por los derechos sociales: por citar algunas de las más afamadas, podría señalar las colombianas *La estrategia del caracol*, sobre el derecho a la vivienda, y *Mariposas verdes*, sobre el derecho a la educación y el acoso escolar, o la mexicana *Roma*, último Óscar de la Academia a la Mejor Película de Habla no Inglesa en Iberoamérica, que aborda magistralmente los problemas que plantea el trabajo doméstico, la pobreza, el indigenismo, la situación de la infancia y, muy especialmente, la perspectiva de género (temas que aúna Cuarón y que son buena manifestación también de los estándares por los que discurre actualmente la jurisprudencia de la Corte IDH). Aunque la preocupación por los derechos sociales en el cine no es nueva: que se lo digan a *Los Olvidados* de Buñuel. Pero el cine por excelencia político –sobre todo en su versión de cine contra los derechos humanos– ha sido el de Argentina y Chile, con el retrato de sus respectivas dictaduras de Videla y Pinochet. Aquí la lista sería inabarcable, pero no me resisto a citar al menos las argentinas *La historia oficial* (primer Óscar para una película latinoamericana en 1985), *La noche de los lápices*, cruel imagen para explicar la tortura y la represión de los sistemas políticos dictatoriales, o *El secreto de sus ojos*, también ganadora de la estatuilla en 2003, donde aborda temas de justicia transicional. En Chile, la película *No* de Pablo Larraín narra la victoria del “no” en el plebiscito para la reelección de Pinochet; *Machuca* cuenta los últimos meses del gobierno de Allende antes del golpe, cuando se adopta la política pública de reunir en los colegios a niños y niñas de distintos estratos socioeconómicos, y *Desaparecido* que, aunque del director no latinoamericano Costa-Gavras, relata la valiente búsqueda de un padre de su hijo desaparecido por el Estado golpista.

Tampoco se puede desconocer el enorme cambio registrado en el siglo XXI en la forma de consumir cine, que pasa del formato de grandes salas al uso individual mediante plataformas en línea bajo demanda, con el consiguiente impacto creciente de series y documentales de temática política. Por citar algunas –y por seguir en Latinoamérica– son muy

pertinentes para el estudio de los derechos humanos la mexicana *Ingovernable* o la brasileña *El mecanismo*. No cabe duda que, en tiempos de desafección hacia nuestros representantes políticos y hacia las instituciones gubernamentales, la política en las series muestra una revitalización más allá de la moda y reactiva el interés por la relación entre cine y política (Trenzado, Alcántara y Mariani, 2018, pág. 22).

Creo que el gran mérito de los estudios sobre derechos humanos y cine consiste en romper con una visión compartimentada de la realidad, en hacer ver que la política es un engranaje, cuyas piezas encajan en un todo más amplio social y que no se pueden hacer lecturas reduccionistas de un especialista en una materia. El cine nos acerca a esa complejidad, enseña a integrar todas las piezas, a ponerlas en relación unas con otras, a calibrar consecuencias y a medir las responsabilidades derivadas de deshonestos actos jurídicos y políticos.

V. El cine como forma de educación sentimental

También se puede considerar un tipo de conexión que tiene que ver con el papel que puede jugar el cine como forma de educación sentimental, y que tiene estrecha relación con las profesiones jurídico-políticas y con la deontología. Al momento de presentar valores y tradiciones, enmarcar problemas o crear subjetividades políticas, los formatos de cultura popular son óptimos: activan repertorios interpretativos en una audiencia que construye su identidad –cada vez más– mediante la interacción con relatos de ficción (Trenzado, Alcántara y Mariani, 2018, pág. 21).

No cabe duda de que la lectura de ciertas obras literarias puede suscitar en el lector (en el jurista) emociones y pasiones que, a su vez, pueden contribuir a generar hábitos, virtudes, como la imaginación, la compasión o el sentimiento de justicia que, con toda razón, suelen considerarse como elementos imprescindibles para la formación del abogado. Esta es precisamente la tesis central de Martha Nussbaum en *Justicia poética*: las emociones constituyen un elemento esencial del buen razonamiento práctico. Y, dentro de las emociones, la simpatía o la compasión juegan un papel de particular importancia. La comprensión literaria promueve hábitos mentales que conducen a la igualdad social en la medida en que contribuyen al derribo de los estereotipos en que se basa el odio colectivo:

Es muy valioso extender esta comprensión literaria buscando experiencias literarias donde nos identifiquemos compasivamente con miembros individuales de grupos marginados u oprimidos de nuestra sociedad, aprendiendo por un tiempo a ver el mundo a través de sus ojos y reflexionando como espectadores sobre el sentido de lo que hemos visto (Nussbaum, 1997, pág. 130).

Nussbaum parte de la noción aristotélica de la buena razón práctica (que atiende para dirimir los conflictos jurídicos no solo al uso de reglas, sino también a la historia, circunstancias y valores en los que el caso se enmarca) y subraya la necesidad de que la compasión –como las emociones en general– esté informada por la razón. De ahí la relevancia que concede Nussbaum a la figura del “espectador imparcial” de Adam Smith, esto es, alguien con imaginación para ponerse en el lugar de los otros, pero que no participa en los hechos, puesto que es, sobre todo, un espectador. Piensen, por ejemplo, en el espectador que se sienta en su butaca en una proyección de cine, que llega a interesarse por los participantes del filme como un amigo preocupado. Entre sus facultades morales más importantes está la capacidad de imaginar claramente en qué consiste ser cada una de las personas cuya situación él imagina. Para el autor de la *Teoría de los sentimientos morales*:

El espectador deberá, ante todo, procurar, hasta donde le sea posible, colocarse en la situación del otro y hacer suyas todas las más insignificantes circunstancias aflictivas de las que probablemente ocurren al paciente. Deberá adoptar en su totalidad el caso de su compañero en todos sus más minuciosos incidentes, y esforzarse por traducir lo más fielmente posible ese cambio de situación imaginario en que su simpatía se funda (Smith, 2004, págs. 28-29).

La literatura y el cine son buenos instrumentos para desarrollar esa capacidad de imaginar otras vidas. Nussbaum pone incluso tres ejemplos de sentencias recientes de Estados Unidos, dos de las cuales pondrían de manifiesto lo que serían las virtudes de lo que ella llama un “juez literario”, y la otra, la falta de esa virtud. No cabe entrar aquí en detalles, pero se trata de casos en los que están involucrados, respectivamente, el derecho de un recluso a que se respete su intimidad, el de una mujer a no sufrir acoso laboral y el de un homosexual a realizar en privado cualquier tipo de práctica sexual. Lo que viene a decir Nussbaum es que la “imaginación literaria” (ser capaz de ponerse en el lugar de un recluso, de una mujer acosada o de un homosexual) permite a los jueces tener una mejor comprensión de la totalidad de los hechos (1997, pág. 159).

Y es que el derecho es narración. Así lo vio también Ronald Dworkin en su famosa metáfora de la “novela en cadena”: donde un juez tiene que continuar con su sentencia el relato jurisprudencial anterior interpretándolo a su mejor luz, creando un nuevo capítulo de esa novela que mantenga la coherencia con todo el relato precedente:

Un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible. (...).

El objetivo de cada novelista es crear una sola novela a partir del material que le han dado, lo que él agregue y (hasta donde pueda controlarlo) lo que querrán o podrán agregar sus sucesores. Debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes. Esto requiere un juicio de su parte, o una serie de juicios generales a medida que escribe y vuelve a escribir. Debe tener una visión de la novela que está formando, alguna teoría acerca de sus personajes, argumento, género, tema y objetivo para poder decidir qué poner a continuación y que lo que escriba no parezca una nueva novela (2012, pág. 167).

Así, el derecho es concebido como un relato interminable. Y esa narración puede ser elaborada de forma escrita o en imágenes. Por eso, como señalaba al comienzo, los estudios sobre derecho y cine ponen en valor la imagen filmica del derecho: el derecho narrado en la pantalla. El derecho no solo se lee, sino también se ve.

Para Lynn Hunt (2009, pág. 39), en *La invención de los derechos humanos*, la lectura de novelas crea un sentido de igualdad (necesario para comprender que todos sin excepción somos poseedores de derechos humanos) y afianza la empatía (saber que cualquier otro posee esos mismos derechos que yo) mediante la participación apasionada en la narración. Al leer (o al ver una película) sentimos emociones más allá de las barreras tradicionales de lo que hay a nuestro alrededor: conocemos otras circunstancias que nos son extrañas y lejanas y aprendemos a ver a los demás –a los que no conocemos personalmente– como seres iguales a nosotros mismos.

Recupero esto porque el cine ha servido para el modelo de jurista, es decir, el cine apunta qué virtudes conviene tener a quien quiera dedicarse, entre otras profesiones, a la abogacía o a la defensa de los derechos humanos. Existen, pues, ejemplos tanto de “abogados novelados” y “jueces literarios” como de “abogados fílmicos”. Es el punto de vista también propuesto por Shlomo Sand:

Los centenares de millares de representaciones que las masas han ‘visionado’ desde que naciera el cine, primero en la gran pantalla y posteriormente en la pequeña, han ido modelando con el paso de los años una parte de su conciencia y su sensibilidad históricas (2004, pág. 18).

VI. El papel del defensor de derechos humanos en el cine

Me permitirán que tome como ejemplo la película *Víctima*, estrenada en 1961, dirigida por Basil Dearden y protagonizada por Dirk Bogarde (me he ocupado del análisis de esta película por extenso, desde la óptica que aquí interesa, en Delgado Rojas [2020]). Explicaré brevemente su trama: El protagonista de la historia es Melville Farr (Dirk Bogarde), un abogado de prestigio y con una carrera profesional exitosa, casado y perteneciente a la alta clase de la sociedad londinense. La comodidad y tranquilidad de su vida se verán de pronto interrumpidas cuando tiene que hacer frente a un trágico conflicto personal. Farr guarda un terrible secreto: es homosexual. Lleva una doble vida que debe permanecer oculta, pues, si se revelase, su estabilidad familiar y laboral saltaría por los aires. Su secreto saldrá a la luz cuando, tras indagar sobre el suicidio de un antiguo amante, descubre que muchos hombres en la misma posición que él (ingleses, casados y prestigiosos profesionales) se ven diariamente obligados a acceder a chantajes y extorsiones con tal de que no se destape la inmoralidad que cometen en su intimidad sentimental. Farr decidirá hacer frente a los chantajistas para demostrar la injusticia de la ley. Él me servirá como esa imagen del buen “abogado fílmico”.

Farr es una persona razonable. Cuando conoce de un conflicto, se siente comprometido con su resolución. Detrás de su apaciguada personalidad hay una herida, un resentimiento, y una feroz determinación de actuar según sus convicciones. Le parece errado que la homosexualidad sea castigada, que los gais no puedan acudir a la policía para denunciar un chantaje, que predomine la hipocresía en la sociedad. Farr es un hombre respetable, un profesional de prestigio y con una carrera profesional exitosa. Es un buen vecino que conoce y se preocupa por todos (va visitando a otros chantajeados), es amable y servicial. El buen abogado, parece que viene a decirnos Basil Dearden, el director de la cinta, tiene que ser una persona íntegra e integrada en su comunidad.

El modelo de jurista que transmite *Víctima* no es solamente el de un abogado competente y hábil. Indudablemente el jurista ha de conocer la ley, pero ese saber técnico no basta. El buen abogado conoce las

normas, pero también sabe cómo aplicarlas. Y ello no es solo una cuestión de pericia profesional, sino también de moralidad. La educación emocional a la que antes aludía. *Víctima* muestra que ser un buen jurista es un asunto que entronca con cuestiones de lealtad hacia el orden jurídico y hacia la comunidad en la que el abogado despliega su tarea.

Quizá quien ha pasado a la historia del cine como el paradigma del buen abogado ha sido Atticus Finch, interpretado magistralmente por Gregory Peck en *Matar a un ruiseñor* (1962, un año después del estreno de *Víctima*). Este filme, que adapta la novela homónima de Harper Lee, narra la historia, en una población sureña estadounidense, de un abogado que defiende a un hombre negro acusado de haber violado a una mujer blanca. Aunque la sociedad racista haya dictado su condena sin pruebas ni juicio, Atticus, el ciudadano más respetable de la ciudad, asumirá como abogado el caso. Su compasiva y valiente defensa de un inocente le granjeará la enemistad y oposición de sus vecinos, pero le otorga el respeto y la admiración de sus dos hijos, huérfanos de madre. En esta película, entre otras escenas destacables, resulta bien ilustrativo el momento en que Atticus le enseña a su hija lo que significa “comprender” a alguien:

Atticus: Si consigues aprender una sola cosa, te llevarás mucho mejor con todos tus semejantes: nunca llegarás a comprender a una persona hasta que no veas las cosas desde su punto de vista.

Scout: ¿Cómo?

Atticus: Hasta que no logres meterte en su piel y sentirte cómodamente.

Scout: Pero si continúo yendo a la escuela, no podremos leer juntos.

Atticus: Scout, ¿sabes lo que significa transigir?

Scout: ¿No hacer caso de la ley?

Atticus: No. Es un acuerdo al que se llega por consentimiento mutuo.

Creo que el visionado de *Matar a un ruiseñor* puede ofrecer al jurista un concepto claro de lo que significa el valor de la tolerancia, que supone *comprender* –más allá de *soportar*– los pensamientos y formas de vida diferentes, poniéndonos en el lugar de otros. La tolerancia está en la base del primero de los derechos humanos que aparecen en la historia, que es el derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, con el tiempo y, gracias a

la aportación de las ideas liberales e ilustradas, la tolerancia se extiende a las convicciones e ideas en general, conformando el campo de la libertad de pensamiento y expresión (Peces-Barba y Fernández, 1998).

También resulta excelente la interpretación que hizo Tom Hanks como el abogado Andrew Beckett, en *Philadelphia*, cuando es despedido por su empresa al descubrir que ha sido diagnosticado con VIH. Hanks, junto al abogado que le defenderá ante su compañía, Denzel Washington, deberán luchar contra los prejuicios que tiene la sociedad sobre dicha infección.

Son tres abogados modélicos: Atticus, Farr y Beckett. Nótese que ninguno de los tres representa a algún sector mayoritario de la sociedad ni son ejemplos de posturas hegemónicas. Son siempre defensores y representantes de las minorías, llegan incluso a encarnar algún tipo de moral crítica (la de la igualdad, la de la no discriminación) frente a la imperante y asfixiante moral social mayoritaria (la racista y esclavista en el caso de Atticus; y la homófoba en el de Farr y Beckett). Como bien ha apuntado Benjamín Rivaya (2021):

El modelo de jurista no se caracteriza por aplicar fría y mecánicamente la ley. Evidentemente el jurista ha de conocer la ley, pero ese conocimiento no es suficiente por sí solo. El buen uso de las normas jurídicas no es únicamente una cuestión técnica sino también moral. Según el cine clásico norteamericano, es imposible ser un buen jurista, aplicar bien el Derecho, sin ser fiel a sus normas, principios y valores; si no existe un compromiso moral con el orden jurídico y con la sociedad (pág. 93).

Hablo, en definitiva, de las virtudes que, como la prudencia, la templanza o la inteligencia práctica aristotélica, han guiado la tarea del buen jurista y del defensor de derechos humanos: el suficiente y sólido conocimiento del derecho vigente, la capacidad argumentativa, la perspicacia y altura de miras, o la humanidad, la valentía, la compasión y, siempre, el sentido de la justicia. Creo que de todo ello hay algo en los personajes del cine de lo que podemos aprender.

VII. Conclusiones

El cine constituye, por su relevancia y desarrollo, un medio privilegiado para mostrar la realidad de los derechos humanos en nuestras sociedades. La cinematografía ayuda de manera formidable en la capital tarea que nos concierne como juristas de la defensa y mejor garantía de

los derechos humanos. El cine contribuye a formular, tantas veces como películas se lo plantean, la idea de derechos humanos en el plano teórico y normativo y, sobre todo, nos hace tomar conciencia de su problemática, de su concreción efectiva y del estado de sus garantías concretas. La preocupación por la justicia en nuestros ordenamientos jurídicos y la realización de los derechos humanos constituyen temas fundamentales de la filosofía del derecho de nuestro tiempo. Y el cine no ha sido ajeno a esa centralidad, concede a los argumentos en torno a la justicia un papel protagonista en muchas películas. Con razón dijo Miguel Ángel Presno (2006) que la “lista de películas en las que el guion pivota sobre un derecho fundamental es tan larga, al menos, como la de Schindler” (pág. 47).

El cine, por su largo alcance como producto cultural de masas, puede también cumplir, además de su función de entretenimiento, una misión de crítica y transformación social. El cine de los derechos humanos es, en gran medida, un cine de denuncia, que carga contra las injusticias y se compromete con las minorías. No es un cine estabilizador del *statu quo*, no desea mantener o consolidar determinadas proclamas políticas, sino que se revela contra la realidad injusta y ansía reformarla. Como indicó Ian Charles Jarvie, el cine no solo ha de conformarse con ser un mero transmisor de los valores del sistema, sino que debe servir también de instrumento de crítica social (Jarvie, 1979). De hecho, no es extraño que el cine represente sociedades en las que la aplicación del derecho provoca resultados ofensivos y las autoridades cometen tropelías en el ejercicio de sus funciones y, por supuesto, hay cineastas que se han dedicado a denunciar con su cámara todas esas situaciones (como Ken Loach, Costa-Gavras o Miguel Littín). Y, del mismo modo, he resaltado personajes que, como defensores de los derechos humanos, luchan contra las injusticias y se comprometen con las diferencias sociales (como Farr, Atticus o Beckett).

He señalado que el empleo del cine de temática jurídica para la enseñanza y fomento de los derechos humanos brinda sugerentes posibilidades para diagnosticar problemas y plantear soluciones y debates. No obstante, todo esto hay que considerarlo sin perder de vista que el estudio del derecho es, y debe seguir siendo, fundamentalmente literario y que, en ningún caso, el cine debe sustituir a la bibliografía, aunque, en determinados aspectos, puede hacer el proceso de aprendizaje más abierto, interactivo, dinámico y estimulante. La

importancia de las emociones para analizar e investigar la historia de los derechos humanos a través del cine hace de este una herramienta con gran potencial y valor para una formación jurídica holística.

VIII. Referencias bibliográficas

- Agudelo Ramírez M. (2014). *Cine y derechos humanos: una aventura fílmica*. Medellín: UNAULA.
- Agudelo Ramírez M. (2016). *Cine y conflicto armado en Colombia*. Medellín: UNAULA.
- Alcántara M. (2020). Cine y política. En *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI* (pág. 143-146), ed. Benigno Pendás y pról. Miguel Herrero de Miñón. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y Boletín Oficial del Estado.
- Balagué C. (2011). *El cine latinoamericano: las grandes películas*. Barcelona: JC Clementine.
- Bobbio N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís. Madrid: Sistema.
- Camps V. (2013). *Breve historia de la ética*. Barcelona: RBA.
- Copertari G. y Sitnisky C. (eds.) (2015). *El estado de las cosas: cine latinoamericano en el nuevo milenio*. Madrid: Iberoamericana (Nexos y Diferencias. Estudios de la Cultura de América Latina, 41).
- De Mendizábal R. (2021). *Cine y Derecho. Togas en la gran pantalla*. Madrid: Berenice.
- Delgado Rojas J.I. (2020). *Víctima y el derecho a la no discriminación por diversidad afectivo-sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Dworkin R. (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Elena A. y Díaz López. (1999). *Tierra en trance. El cine latinoamericano en 100 películas*. Madrid: Alianza Editorial.
- Fernández García E. (2001). *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid: Dykinson.
- Ferrer Mac-Gregor E. y Pelayo Möller C.M. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, coords. Christian Steiner y Patricia Uribe, pról. Ruddy José Flores Monterrey, prefacio Diego García-Sayán y present. Dean Spielmann. Colombia: Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.
- García Manrique R. y Ruiz Sanz M. (eds.) (2009). *El Derecho en el cine español contemporáneo*. Valencia. Tirant lo Blanch.

- Guillot Hevia E. (2020). *Un lugar en el mundo. El cine latinoamericano del Siglo XXI en 50 películas*. Cataluña: Universitat Oberta de Catalunya.
- Gómez García J.A. (2017). Consideraciones metodológicas sobre Derecho y Cine. En *Los Derechos Humanos en el cine español* (págs. 15-25), ed. J.A. Gómez García. Madrid: Dykinson.
- Greenfield S. y Osborn G. (1999). Film, Law and the Delivery of Justice: The Case of Judge Dreed and the Disappearing Courtroom, *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, 6(2), 35-45.
- Hierro L. (2016). *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Madrid: Marcial Pons.
- Hunt L. (2009). *La invención de los derechos humanos*. Barcelona: Tusquets.
- Iglesias Turrión P. (2013). *Maquiavelo frente a la gran pantalla. Cine y política*. Madrid: Akal.
- Jarvie I.C. (1979). *El cine como crítica social*. México: Ediciones Prisma.
- Laporta F. (1993). *Entre el Derecho y la moral*. México: Fontamara.
- Narváez Hernández J.R. (2012). *El cine como manifestación cultural del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nino C.S. (1987). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Nussbaum M. (1997). *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*. Trad. de Carlos Gardini. Barcelona: Andrés Bello.
- Peces-Barba G. (1995). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III y BOE.
- Peces-Barba G. y Fernández E. (1998). *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad. Tomo I: s. XVI y XVII*. Madrid: Dykinson.
- Pérez Luño A.E. (2000). La universalidad de los derechos humanos. En *Diccionario crítico de los derechos humanos*, coords. R. Soriano, C. Alarcón y J. Mora. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.
- Pérez Luño A.E. (2005). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Presno M.A. y Rivaya B. (eds.) (2006). *Una introducción cinematográfica al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rivaya B. (2021). *Derecho y cine en 100 películas*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- San Miguel Pérez E. (2016). *El golpe de Estado de Júpiter contra Saturno. Derecho y poder en el cine*. Madrid: Dykinson.
- Sand S. (2004). *El siglo XX en pantalla. Cien años a través del cine*. Barcelona: Crítica.

- Sartori G. (1999). *Homo videns*. Italia: Laterza.
- Smith A. (2004). *Teoría de los sentimientos morales*. Trad. de Edmundo O’Gorman. México: Fondo de Cultura Económica.
- Trenzado M., Alcántara M. y Mariani S. (2018). El renovado interés por la relación entre cine y política: un marco interpretativo. En *La política es de cine* (págs. 13-23), coords. M. Alcántara y S. Mariani. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Capítulo XIV

Instituciones nacionales de derechos humanos. Actualidad, entorno y vulnerabilidades

Sumario: *I. Introducción. II. Marco jurídico. III. Entorno y actualidad de las instituciones nacionales de derechos humanos. IV. Vulnerabilidades y ataques a cargo de las instituciones nacionales de derechos humanos. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas. VII. Acrónimos y siglas.*

Sergio Manuel Rivera Camacho¹⁶²

I. Introducción

La relevancia de la defensa de los principios fundamentales no solo se ha visto materializada dentro de diversos instrumentos internacionales y algunas legislaciones domésticas de los Estados, también el TEDH¹⁶³ y la Corte IDH han considerado trascendente el trabajo de las defensoras¹⁶⁴ de los derechos humanos para el desarrollo democrático de la sociedad, al señalar, por un lado, que su trabajo es “fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho” (Corte IDH, 2014a, párr. 128), y, por otro, que consecuencia de ello es que se han emitido diversos instrumentos internacionales en materia de defensoras de derechos humanos, tales como las Resoluciones 1891 y 2225 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2012 y 2018 respectivamente, donde se reconoce la importancia del trabajo de las defensoras de los derechos humanos y la necesidad de una protección especial como obligación de los Estados miembros del Consejo de Europa (TEDH, 2019a, párrs. 88-92 y 208).

Existen diversas figuras que pueden revestir el carácter de defensora de derechos humanos, desde sujetos colectivos hasta personas

¹⁶² Investigador en formación en el Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) y en el Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (PRADPI), Universidad de Alcalá. Correo electrónico: manuel.rivera@edu.uah.es

¹⁶³ Ver apartado VII para las siglas y acrónimos correspondientes.

¹⁶⁴ Con la única intención de no repetir los géneros, se señala aquí una sola vez para que quede claro que, en adelante, cuando se hable de “las defensoras” me refiero a cualquier género sin exclusión alguna.

físicas; sin embargo, en este caso hablaré de las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH), en su condición de defensoras de los principios fundamentales.

Es preciso señalar que la conceptualización de la figura de “defensora de los derechos humanos” puede llegar a ser confusa y provocar imprecisiones respecto a la identificación de quién se puede entender como tal; en consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) emitió diversos criterios que ayudan a dar claridad al respecto (párr. 139), ahí determinó que la categoría de defensora de derechos humanos nada tiene que ver con su autodenominación, sino con los actos que realiza, es decir, respecto de aquellas actividades de vigilancia, denuncia y educación que efectúan las defensoras de forma pacífica.

Diversos organismos internacionales¹⁶⁵ han reconocido que las INDH pueden considerarse defensoras de los derechos humanos (ACNUDH, 2004, pág. 7), siempre y cuando estén constituidas como órganos públicos independientes y cumplan con los Principios de París (Asamblea General, 1993) y los Principios de Venecia (Comisión Europea para la Democracia a Través del Derecho, 2019), pacíficamente (Consejo de Derechos Humanos, 2013, pág. 23).

Es un hecho notorio¹⁶⁶ que actualmente las defensoras de los derechos humanos se enfrentan a diversas agresiones por parte de actores estatales y no estatales (Consejo de Derechos Humanos, 2020). Si las defensoras de principios fundamentales, debido a la labor que desempeñan, se encuentran en escenarios de constante riesgo, acoso

¹⁶⁵ Las Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de los derechos humanos también han definido la figura de los defensores y defensoras de Derechos Humanos como “personas, grupos e instituciones de la sociedad que promueven y protegen los Derechos Humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos” (Consejo de Europa, 2008, pág.3; CIDH, 2011, párr. 19; Comisión de Derechos Humanos, 2006, pág. 77).

¹⁶⁶ Por hechos notorios deben entenderse, en general, aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo y, desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que, al ser notorio, la ley exime de su prueba, por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento (SCJN, 2018).

judicial y represalias (TEDH, 2016, párrs. 103-104 y 150) y constituyen grupos necesitados de protección específica (Corte IDH, 2008, párr. 72 y 84), es relevante la siguiente conclusión: el trabajo que efectúan las INDH, respecto a la defensa de los derechos humanos, les convierte a estas y al personal que las integran en defensoras beneficiarias de protección especial.

Existe un acuerdo regional y universal respecto al papel fundamental que las defensoras juegan en la consolidación del Estado de derecho y el fortalecimiento de la democracia. En consecuencia, al tomar como punto de partida dicho consenso, en este trabajo me referiré a la labor relacionada con la defensa de los derechos humanos efectuada por las INDH, en particular, respecto a las intervenciones más frecuentes que condicionan su trabajo y conocer si los Estados cumplen con la obligación de protegerlos.

El objetivo es sintetizar un acercamiento a la actualidad en la que trabajan las INDH en Latinoamérica, los ataques y sus vulnerabilidades. Para ello, analizaré brevemente el marco jurídico y el contexto relacionado con la labor que desarrollan las INDH como defensoras de derechos humanos; posteriormente, describiré los ataques que han soportado en los últimos años para, finalmente, aportar al conocimiento del entorno en el que trabajan las INDH, de manera que se puedan identificar sus vulnerabilidades y se abone a su evolución congruente con su naturaleza jurídica.

II. Marco jurídico

A continuación, se compendian las reflexiones que se han hecho en los correspondientes sistemas de protección de derechos humanos respecto al derecho de las personas y grupos de defensa de derechos humanos. Una vez identificada a la INDH y a sus integrantes como defensoras de principios fundamentales, se señalarán brevemente los puntos relevantes de la normativa vigente que les corresponde (desde *soft law*, tratados internacionales hasta diversas sentencias de la Corte IDH y el TEDH).

El deber de proteger y garantizar el trabajo de la defensa de los derechos humanos es entendido como una obligación moral de los Estados desde 1998, ello cuando se formalizó el derecho a resguardar dichos principios mediante la *Declaración de las Naciones Unidas 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 (Asamblea General, 1998).¹⁶⁷

Asimismo, el reconocimiento gradual del derecho a resguardar principios fundamentales, que comenzó con la declaración, ha permeado en los distintos sistemas regionales:¹⁶⁸ interamericano,¹⁶⁹ europeo¹⁷⁰) y africano (Unidad Africana, 1999) y ha llegado hasta el primer instrumento internacional vinculante de protección para las defensoras de derechos humanos en el mundo: Acuerdo de Escazú (Cepal, 2018).¹⁷¹

¹⁶⁷ Es importante distinguir la declaración de su contenido, pues esta no constituye un documento vinculatorio *per se*; sin embargo, su contenido es considerado obligatorio porque se encuentra recogido en ordenamientos internacionales que sí son vinculantes (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011, págs. 30-32; Corte IDH, 2018a, párr. 58; Asamblea General, 2019, párrs. 25-30; ACNUDH, 2004, pág. 22).

¹⁶⁸ Otras regiones como Noruega, Canadá, Finlandia, los Países Bajos, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos de América también han formulado sus propias directrices que reconocen y promueven el trabajo de la defensa de los Derechos Humanos (Consejo de Derechos Humanos, 2020, págs. 81-82).

¹⁶⁹ Derivado del aumento considerable y sistemático de las denuncias recibidas relacionadas con ataques a los defensores de derechos humanos, por un lado, la CIDH, durante el 141° periodo de sesiones, celebrado en marzo de 2011, creó una relatoría sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos, y por otro, la Comisión de Derechos Humanos, mediante la Resolución 2000/61, decidió instar al secretario general la creación de un mandato especial para la protección de los defensores de derechos humanos.

¹⁷⁰ Por ejemplo: Parlamento Europeo, *Políticas de la UE en favor de los defensores de los derechos humanos*, 2009/2199/(INI) de 2010; Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE, *Directrices sobre la Protección de los Defensores de los derechos humanos, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa*, de 2014; Consejo de Europa, *Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de los derechos humanos y la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa de las acciones para mejorar la protección a defensores de derechos humanos y promover sus actividades*, de 2008; Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, *Principios sobre la protección y la promoción de la Institución del defensor del pueblo (“Los Principios de Venecia”)*, de 2019; Asamblea Parlamentaria, Resolución 2225 sobre la protección de los defensores de los derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa, de 2018 y la Resolución 1891, sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa, de 2012.

Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE, 2014; Parlamento Europeo, 201

¹⁷¹ Contempla en su artículo 9 las siguientes obligaciones a cargo de los Estados: garantizar un entorno propicio para el trabajo de la defensa de los derechos humanos; tomar las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de las defensoras de los derechos humanos, y tomar medidas para prevenir, investigar y sancionar ataques que las defensoras de los derechos humanos puedan

En consecuencia, el creciente reconocimiento del trabajo de la defensa de los derechos humanos, así como la figura de la defensora y sus correspondientes vulnerabilidades, sirvieron para que tanto la Corte IDH, como el TEDH, apoyados en el reconocimiento del derecho a resguardar principios fundamentales que se infería de estos instrumentos internacionales, emitieran diversas sentencias relacionadas con las generalidades que envuelve el trabajo en defensa de los derechos humanos, las características de las defensoras, los ataques y la vulnerabilidad que desencadena su labor:

i) Criterio determinante para identificar a una defensora de derechos humanos: La corte analizó los componentes que determinan la categoría de la defensora de derechos humanos. Concluyó que la calidad de defensora no se define en función de cómo se autodenomina la INDH, sino en la identificación de la acción que realiza, es decir, la corte consideró que la calidad de defensora de principios fundamentales se refiere a las actividades de vigilancia, denuncia y educación que efectúan las INDH de forma pacífica, incluso si dichas actividades se ejercen de forma intermitente u ocasional, por lo que determinó que la calidad de defensora de derechos humanos no constituye necesariamente una condición permanente (Corte IDH, 2013, párr. 122).

ii) Obligación reforzada que tienen los Estados de investigar las afectaciones a los derechos de las defensoras de derechos humanos): La Corte IDH (2018b) analizó la labor que realizan las defensoras de derechos humanos y concluyó que esta puede colocarles en una situación especial de vulnerabilidad frente a lo cual el Estado debe adoptar o reforzar todas las medidas especiales y razonables para garantizar sus derechos (párr. 175).

Por su parte, el TEDH (2019a) recuerda que es fundamental identificar los ataques a cargo de las defensorías para que la protección se dé con carácter prioritario, pues la población defensora de principios fundamentales constituye un colectivo especialmente vulnerable (párr. 226).

iii) Deber de los Estados de facilitar los medios necesarios para que las defensorías realicen libremente sus actividades: La Corte IDH (2006)

sufrir. Argentina, Bolivia, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá y Uruguay han firmado y ratificado dicho acuerdo, mientras que Brasil, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Perú y República Dominicana únicamente lo han firmado.

estableció desde el año 2006 las bases y antecedentes que sostienen la obligación de los Estados de facilitar los medios necesarios para que las defensoras de derechos humanos realicen libremente sus actividades (párr. 77); cuestión que fue nuevamente recordada por la Corte en 2012 (2012a, párrs. 179-180), para 2019 sintetizar que, si bien es cierto que proteger a las defensoras cuando son objeto de amenazas y atentados en contra de su vida e integridad es una obligación por parte del Estado, no menos cierto es que, también lo es abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra y se combata la impunidad (Corte IDH, 2019, párr. 145).

Por su parte, el TEDH (2019a) se apoyó en los informes del relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de dichas instancias (Asamblea General, 2017) para puntualizar aquellos principales obstáculos que el trabajo de resguardo de los derechos humanos padece: estigmatización y criminalización del trabajo de las defensoras de derechos humanos (párr. 80).

iv) Contenido e importancia de la labor de las defensoras para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho: La Corte IDH ha reconocido en este sentido, la importancia del papel que cumplen las defensoras de derechos humanos, y destacó su labor como fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho (Corte IDH, 2012a, párr. 124). Cabe señalar que, este reconocimiento se advierte desde el 2008 (Corte IDH, 2008) en donde, además de reconocer la importancia del trabajo de las defensoras, la Corte desarrolló el contenido y los alcances del derecho a resguardar principios fundamentales y recordó que la obligación de garantizar el respeto de la labor de las personas que los defienden encuentra su fundamento en los artículos 1.1 y 2 de la convención. Además, señaló que la declaración no establece derechos distintos a los que están reconocidos por la OEA, así como en diversos instrumentos internacionales (párr. 87).

Por su parte, el TEDH (2019b) recordó que el papel que cumplen las defensoras de derechos humanos es fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho; asimismo, cuestionó la impunidad y activó los mecanismos que mantienen vivos los sistemas democráticos, a fin de aportar a la democracia y a la paz en las sociedades (párrs. 74-76, 231 y 216).

v) El hostigamiento, asesinato y amenazas a cargo de las defensoras de derechos humanos como efecto amedrentador: La Corte IDH (2018a) desatacó que resulta indudable que el temor causado en virtud de actos en contra de la vida de personas defensoras de derechos humanos causa también un efecto amedrentador sobre las otras personas que se dedican a la defensa de los derechos humanos y acentúa la impunidad (párr. 69).

Por su parte, El TEDH (2019b) concluyó que los ataques en contra del trabajo en defensa de los derechos humanos tienen un efecto disuasorio sobre el trabajo en protección de estas prerrogativas primordiales (párr. 223-224, 230 y 232).

Ahora bien, en seguimiento a la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH, podemos afirmar que debe valorarse el marco contextual de vulneración de los derechos de las defensoras para entender los alcances que tienen todas aquellas agresiones que padecen las defensoras de principios fundamentales, en particular respecto del efecto intimidante e inhibitorio para el trabajo de la defensa de los Derechos Humanos como lo puede ser el efecto desaliento (Corte IDH, 2014b, párr. 376) o *chilling effect* (TEDH, 2014, párr. 95).

vi) La criminalización de los defensores de derechos humanos: La Corte IDH (2012b) analizó el impacto desproporcionado o con efectos discriminatorios indirectos que, muchas veces, las leyes penales de los países se aplican con motivo de obstaculizar el trabajo de las defensoras de derechos humanos; asimismo, examinó el denominado “contexto” de “aplicación selectiva” de “leyes antiterroristas” y la “criminalización de la protesta social” en perjuicio de aquellas personas que trabajan en la defensa de los derechos fundamentales que el Estado reconoce (párr. 189).

Por su parte, el TEDH ha señalado desde la década pasada la constante criminalización de las defensoras de derechos humanos (2016, párrs. 103-113, 150 y 161); asimismo, en 2019 insistió en la preocupante criminalización del trabajo en defensa de los derechos humanos y detalló que el enfoque punitivo para criminalizar a las defensoras incluye varios de los siguientes elementos: la aplicación de cargos por motivos políticos (incitación al odio, desórdenes masivos y traición); recurrir a acusaciones inventadas (posesión de drogas y armas, vandalismo y malversación de fondos) y el uso de cargos especiales (actividad comercial ilegal, evasión de impuestos y abuso de poder) (TEDH, 2019b, párrs. 223-224 y 230-232).

vii) Requisitos mínimos que deben cumplir los mecanismos de protección y protocolos de investigación para casos de situaciones de riesgo, amenazas y agresiones de defensoras y defensores de derechos humano: La Corte IDH, desde la primera década del S. XXI (2006), analizó los mecanismos de protección y protocolos de investigación para casos de situaciones de riesgo, amenazas y agresiones de defensores de principios fundamentales (párr. 77) y propuso los requerimientos mínimos que han de cumplir dichos mecanismos para garantizar efectivamente los derechos humanos de las personas defensoras, tomando en cuenta, al menos, los siguientes requisitos (Corte IDH, 2017, párr. 223):

- a) la participación de defensores de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil y expertos en la elaboración de las normas que puedan regular un programa de protección al colectivo en cuestión, en lo cual sería particularmente relevante la participación de la oficina del ombudsperson de Nicaragua (procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos), en el marco de sus competencias y de los programas que actualmente esté desarrollando;
- b) el programa de protección debe abordar de forma integral e interinstitucional la problemática de acuerdo con el riesgo de cada situación y adoptar medidas de atención inmediata frente a denuncias de defensores y defensoras;
- c) la creación de un modelo de análisis de riesgo que permita determinar adecuadamente el riesgo y las necesidades de protección de cada defensor o grupo;
- d) la creación de un sistema de gestión de la información sobre la situación de prevención y protección de los defensores de derechos humanos;
- e) la promoción de una cultura de legitimación y protección de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, y
- f) la dotación de los recursos humanos y financieros suficientes que responda a las necesidades reales de protección de las defensoras y los defensores de derechos humanos.

Es verdad que la vinculatoriedad de las sentencias emitidas tanto por el TEDH como por la Corte IDH dependen del reconocimiento que

hagan los Estados de sus respectivas competencias; sin embargo, lo cierto es que lo resuelto por los máximos intérpretes en materia de derechos humanos de las regiones correspondientes debe tomarse con especial atención, pues determina la línea evolutiva que los principios fundamentales adoptan conforme se incorporan a las nuevas realidades jurídicas y sociales de un contexto determinado.

En conclusión, la INDH, como defensora de los derechos humanos, encuentra una doble legitimación para su defensa, por un lado, la legitimación interna, o de forma, que se ve materializada por el proceso legislativo del cual emanó la institución y, por otro, la legitimación externa (o de fondo), que se ve materializada cuando las INDH realizan actividades de vigilancia, denuncia y educación en materia de derechos humanos de forma pacífica, y cumplen con los parámetros establecidos por los citados principios de París y de Venecia.

III. Entorno y actualidad de las instituciones nacionales de derechos humanos

El entorno en el que han tenido que desempeñar su trabajo las INDH, así como los ataques que recibe por el solo hecho de cumplir con sus funciones, ha desencadenado que la Comisión de Venecia adoptara en 2019 los principios sobre la protección y la promoción de la INDH, donde expresó una seria preocupación por el hecho de que las INDH estén a veces bajo diferentes formas de ataques y amenazas, como la coerción física o psicológica, acciones jurídicas que amenazan su inmunidad, la supresión como represalia, los recortes presupuestarios y la limitación de su mandato (Comisión Europea para la Democracia a Través del Derecho, 2019, pág. 1).

La ACNUDH ha confirmado recientemente la preocupación que en su momento tuvo la Comisión de Venecia (Asamblea General, 2015) debido a que, en los últimos dos años, ha recibido un número creciente de denuncias por parte de casi una docena de INDH de la región de Latinoamérica y el Caribe, donde se detalla el acoso y las amenazas realizadas por los gobiernos, parlamentarios, funcionarios, grupos de autodefensa y otros, simplemente por hacer su labor y cumplir con su mandato.

Estas denuncias incluyen amenazas o acoso contra las INDH o su personal en países como Bolivia, Chile, Haití y El Salvador, e intentos de

destitución de titulares en Guatemala y México (en este caso, a nivel estatal). Además, alertó sobre las declaraciones públicas que intentan desacreditar la labor de la INDH en Ecuador y Uruguay, así como el levantamiento de la inmunidad del personal de la INDH y los recortes presupuestarios en Perú. Por último, señaló con preocupación que, durante una década, no se haya nombrado a un defensor del pueblo en Argentina (ACNUDH, 2021).

Las alarmas que la ACNUDH advirtió en 2021 constituyen apenas una parte de los ataques que han soportado las INDH durante los últimos años: asesinatos de integrantes y exintegrantes de INDH en México y Colombia; amenazas a titulares de las INDH en Ecuador y el Salvador; agravios e intimidaciones que gobiernos y parlamentos realizan en contra de titulares de INDH en Bolivia, Costa Rica, Guatemala y Perú, y sentencias de órganos jurisdiccionales que desconocen la naturaleza, autonomía e independencia de la INDH en Uruguay (Rivera Camacho, 2021, págs. 11-13).

Diversos organismos internacionales, como la Federación Iberoamericana del Ombudsman, a través de los diversos pronunciamientos realizados durante los últimos años¹⁷²; el Instituto Iberoamericano del Ombudsman a través de su comunicado donde deplora los ataques a cuatro instituciones del ombudsman en la región

¹⁷² Por ejemplo los pronunciamientos: 4/2020 del Consejo Rector de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, en apoyo de la Defensora de los Habitantes de Costa Rica; 9/2019, Sobre la situación de los Derechos Humanos y de las presiones a los Ombudsperson en Iberoamérica; 8/2019, Pronunciamiento del Consejo Rector de la FIO sobre la crítica situación que atraviesa el Estado Plurinacional de Bolivia; 5/2019, Pronunciamiento del Consejo Rector de la FIO respecto a los ataques a la persona del Defensor del Pueblo de Panamá por parte de la Comisión de la Mujer, la Niñez, la Juventud y la Familia de la Asamblea Nacional de Panamá; 3/2019, Pronunciamiento del Consejo Rector de la FIO, en apoyo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tras las descalificaciones que ha recibido por parte del Gobierno mexicano; 1/2019, Pronunciamiento del Consejo Rector de la FIO respecto a las amenazas sufridas por la Defensora del Pueblo (e f) de Ecuador ante los hechos ocurridos en Ibarra; 3/2018, Pronunciamiento del Consejo Rector de la FIO respecto al ataque sufrido por la Defensoría del Pueblo de Colombia en su sede regional Pacífico; 2/2018, Pronunciamiento del Consejo Rector de la FIO respecto a la situación de violencia en Nicaragua; 1/2018, Pronunciamiento del Consejo Rector de la FIO respecto a la destitución del Defensor del Pueblo de la República del Ecuador; 04/2017, Pronunciamiento del Consejo Rector de la FIO respecto al trágico asesinato del Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Baja California Sur (México), licenciado Silvestre de la Toba Camacho y de su hijo Fernando de la Toba Lucero.

américa latina¹⁷³ y la Red de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Continente Americano¹⁷⁴, también han emitido diversos informes y documentos que alarman sobre la situación que actualmente están viviendo las INDH.

El papel fundamental que desempeñan las INDH choca con las condiciones de vulnerabilidad en las que trabajan dentro de la mayoría de los países de Latinoamérica. Hoy, son sujetos frágiles, cuyo futuro es incierto, y las encargadas de velar por su protección, en muchas ocasiones, son las responsables del hostigamiento (Asamblea General, 2012, párrs. 30, 40, 62, 67 y 83). Por lo anterior, es relevante distinguir las vulnerabilidades que se constituyen a cargo de las INDH, tanto en su aspecto institucional como individual, para identificar y sistematizar los riesgos que se afrontan al momento de defender derechos humanos.

Cabe señalar la preocupante cantidad de medidas que tienen como efecto reducir y obstaculizar los espacios para el resguardo de los derechos humanos. Una legislación que reconozca el derecho a defender principios fundamentales sirve como medio para poner de manifiesto la importancia y validez del trabajo de las INDH. En ese sentido, la firma y ratificación por parte de los Estado del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (CEPAL, 2018), ha marcado un trascendental avance respecto del reconocimiento de las obligaciones de los Estados en materia de garantía del derecho a proteger dichas prerrogativas.

Dentro del Acuerdo de Escazú destaca la obligación de los Estados de garantizar un entorno seguro y propicio para el resguardo de los principios fundamentales,¹⁷⁵ el deber de adoptar las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de las defensoras y defensores de derechos humanos en asuntos ambientales, y la obligación de tomar las medidas apropiadas, efectivas

¹⁷³ Disponible en: <https://www.theioi.org/ioi-news/current-news/iio-manifiesta-apoyo-hacia-cuatro-defensores-del-pueblo-en-america-latina>.

¹⁷⁴ Por ejemplo las Declaraciones realizadas durante el 2020: Declaración conjunta de la FIO y RINDHCA, sobre los ataques a la defensora del pueblo de Bolivia y la Declaración ante los ataques al procurador de los Derechos Humanos de Guatemala. <https://www.rindhca.org/institucional/declaraciones-pronunciamientos>.

¹⁷⁵ Respecto a la obligación por parte del Estado de garantizar un entorno seguro y propicio para el trabajo en defensa de los derechos humanos, ver también el caso Escaleras Mejía y otros contra Honduras (Corte IDH, 2018a).

y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores y defensoras de dichas prerrogativas en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en dicho acuerdo (artículo 9).

En conclusión, es fundamental hacer un llamado a los Estados para asegurar un entorno seguro y propicio para el desarrollo del trabajo en defensa de los derechos humanos, así como a remover cualquier obstáculo legal o de facto que impida el reconocimiento y el libre ejercicio del derecho a proteger principios fundamentales.

IV. Vulnerabilidades y ataques a cargo de las instituciones nacionales de derechos humanos

Los ejemplos vistos en el apartado anterior ayudan a situar los problemas más frecuentes que las INDH padecen actualmente. Es necesario considerar que estos ataques y hostigamientos no solo deben entenderse como aquellos que recaen sobre la institucionalidad y naturaleza de la correspondiente INDH (y que eliminan sus facultades, reduciendo su presupuesto, quitándole autonomía, etcétera), sino también cuando estas acometidas se realizan a cargo de las personas que integran las INDH, pues se traducen en entorpecimientos para el trabajo de la defensa de derechos humanos de la INDH.

Las vulnerabilidades que la INDH padece y lo evidenciado con las denuncias presentadas a la ACNUDH en mayo de 2021 no constituyen eventos aislados o novedosos, desde 2006 la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas comenzó a registrar los problemas relacionados con la asignación de recursos, la independencia, la autonomía y las diversas violaciones de los derechos humanos del personal que integra las INDH en diversos países, esto último se comprende en un doble aspecto, por un lado, como una afectación individual a la vida e integridad de la persona y, por otro, como un ataque a la INDH (Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2006, párrs. 76-78).

Cabe señalar que, durante los procesos especiales de Naciones Unidas que suponen revisiones periódicas del historial de derechos humanos (Examen Periódico Universal), diversos Estados de Latinoamérica han recibido recomendaciones relacionadas con el

trabajo de la defensa de los derechos humanos en sus respectivos territorios:¹⁷⁶

- i) Los tres ciclos del EPU de Naciones Unidas de Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Perú y República Dominicana, cuentan con recomendaciones a cargo de los Estados que están relacionadas con la protección de los defensores de derechos humanos, el reconocimiento de su labor, la garantía de un entorno propicio en donde puedan ejercerlo y la investigación de los ataques sufridos a su cargo.
- ii) Los resultados del último EPU de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Uruguay y Venezuela, otorgaron diversas recomendaciones dirigidas a los Estados relacionadas con poner fin a los ataques e intimidación contra los defensores de los derechos humanos, el reconocimiento de su labor y la garantía de un entorno propicio en donde puedan ejercer su labor. Finalmente, en el último ciclo del EPU de Naciones Unidas de Panamá y Paraguay se emitieron recomendaciones a su cargo, relacionadas con la adopción de medidas para el adecuado funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y la asignación de los recursos suficientes.

Cabe destacar aquellos denominadores en común que se repiten constantemente respecto de las recomendaciones que se les hacen a los Estados en relación con el fortalecimiento y los ataques que reciben sus respectivas INDH.

En primer lugar, la falta de presupuesto e independencia económica de las INDH es uno de los problemas que se repiten año tras año en los informes anuales de las instituciones, así como en las recomendaciones internacionales que diversos organismos les hacen a los Estados para que cumplan con su obligación de garantizar el derecho a defender derechos humanos. Las INDH de Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú,

¹⁷⁶ El EPU es un proceso que incluye un examen de los expedientes de Derechos Humanos de los Estados Miembros de las Naciones Unidas; proceso que ofrece a cada Estado la oportunidad de declarar qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los Derechos Humanos en el país y para cumplir con sus obligaciones en la materia, así como recibir recomendaciones al respecto.

<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>.

República Dominicana y Uruguay, han destacado con preocupación los problemas presupuestarios que padecen y cómo estos se han convertido en herramientas de presión que condicionan su autonomía e independencia de órganos públicos.

En segundo lugar, la politización, desacreditación y las campañas de difamación pública en contra de las INDH y el personal que las integran (que incluso terminan en intentos de destitución o reducción de funciones del titular de las INDH) son algunos mecanismos que frecuentemente se utilizan con motivo de obstaculizar el trabajo en defensa de los derechos humanos (Rivera Camacho, 2021, págs. 21-137). Por su parte, en Brasil y Costa Rica se realizaron manifestaciones públicas difamatorias e intentos de utilizar medidas disciplinarias como mecanismo de intimidación para socavar la labor que las instituciones realizaban en la protección de los principios fundamentales; por otro lado, la Defensoría del Pueblo de El Salvador y la Institución Nacional de Derechos Humanos de Uruguay manifestaron que han tenido que soportar durante los últimos años diversos señalamientos que desconocen sus atribuciones y autonomía y que estigmatizan el resguardo de dichas prerrogativas; por último, el defensor del pueblo de Perú, Walter Gutiérrez Camacho, fue denunciado en 2018 por Maritza García y Bienvenido Ramírez, entonces congresistas, por presuntamente haber cometido infracción constitucional y excederse de sus funciones al pronunciarse sobre el indulto concedido por el expresidente Pedro Pablo Kuczynski a Alberto Fujimori.

En tercer lugar, aquellos ataques hacia la institución y su personal; por ejemplo, en las instalaciones de la INDH de Bolivia se realizaron agresiones en contra del inmueble y de los servidores públicos, expandiéndose dichas agresiones a las delegaciones departamentales de Cochabamba y La Paz (Rivera Camacho, 2021, págs. 21-33); asimismo, la institución de Guatemala señaló que algunos de sus integrantes han sido víctimas de agresiones físicas cuando han participado en observancia de los derechos humanos en manifestaciones. Cabe señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 2017, otorgó medidas cautelares a favor del procurador de los derechos humanos de Guatemala y su familia (CIDH, 2017); en la misma línea, durante 2021, la Defensoría del Pueblo de Perú fue amenazada por el entonces candidato Pedro Castillo con ser desactivada debido a que se llevaba mucho dinero (Rivera Camacho, 2021, págs. 77-87).

En cuarto lugar, el desconocimiento de la naturaleza jurídica de las INDH es un problema estructural que no les permite desarrollar integralmente su trabajo. Después de décadas de estar en funcionamiento a lo largo de todo el continente americano, la función de la INDH parece que no termina de quedar clara. Actualmente sigue viéndose como un agente incómodo, cuya única función es cuestionar y revisar a la autoridad; sin embargo, si bien, en parte su función consiste en resguardar, promover y proteger los derechos humanos, esta se desarrolla colaborativamente con las propias instituciones del Estado y no como contrarios. Muestra de lo anterior es el procedimiento que tuvo lugar en Uruguay, donde fue impugnada una recomendación emitida por la INDH del país y el órgano administrador de justicia no solo dio trámite a la demanda, sino que concedió la razón al demandante y declaró la inconstitucionalidad de los artículos que regulaban la inimpugnabilidad de las recomendaciones que emite la INDH de Uruguay (Rivera Camacho, 2021, págs. 107-137).

En quinto lugar, están los obstáculos normativos y políticos que rodean los procesos de selección y designación del personal y de la titularidad de las INDH, así como reglas poco claras para su elección, cese e interinato. En Argentina, por ejemplo, el mayor problema que padece la institución es la falta de designación de defensor del pueblo y de adjuntos por parte del Congreso de la Nación y de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, omisión que obedece a falta de voluntad política. Cuestión que la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, señaló con preocupación el año pasado (ACNUDH, 2021).

Por último, existen también ataques que se traducen en proyectos de ley o reformas que buscan modificar o eliminar facultades y atribuciones de la institución y su personal, tal es el caso de la Defensoría del Pueblo de Perú y el proyecto de reforma de ley que busca eliminar la inmunidad del defensor del pueblo (Rivera Camacho, 2021, 77-87). Es importante señalar que el titular de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala ha sido víctima de 14 solicitudes de antejuicio en su contra que los tribunales correspondientes han desestimado (Rivera Camacho, 2021, págs. 41-76).

Con base en lo expuesto, es posible integrar aquellas características singulares y comunes que existen respecto de las preocupaciones y recomendaciones advertidas en los últimos años para desprender de ahí

las vulnerabilidades a las que se pueden ver sometidas la INDH y que se propone integrar de la siguiente manera: ataques a su independencia, eficiencia y legitimidad; problemas con la interpretación de su mandato y su ejecución; dificultades con la composición, selección, nombramiento, inmunidad y seguridad de los miembros y el personal, y contratiempos con la disponibilidad de recursos que compromete su autonomía e independencia (Consejo de Derechos Humanos, 2013).

V. Conclusiones

El acoso al trabajo de la defensa de los derechos humanos se ha incrementado en los últimos años. Ello ha impactado a todas las defensorías, entre ellas, a las INDH y su personal. Los ataques a las INDH han quedado evidenciados; sin embargo, la pregunta a contestar sería ¿por qué incomoda la defensa de los principios fundamentales? No es fácil responderla, existe una multiplicidad de factores que rodean la materialización de la efectividad de los derechos humanos, pues parten del desconocimiento de estos, pasan por las diversas interpretaciones que de ellos se pueden hacer y terminan con la forma en la que se deben resolver los conflictos cuando aquellos colisionan, por ejemplo, mediante la ponderación.¹⁷⁷

Si se entiende que muchas veces incomoda todo aquello que no se conoce, que no comprende o que no se alcanza a entender y que aún no ha quedado clara la naturaleza y los alcances de los derechos humanos, es lógico derivar que el trabajo relacionado con su resguardo también tenga complicaciones para materializarse, es decir, todavía no se entiende lo que son los principios fundamentales como para entender qué es el derecho a defenderlos y, más complejo aún, quiénes pueden entenderse como defensoras.

De lo anterior se desprende la trascendencia de figuras como las INDH de los países, pues su trabajo justamente tiene relación tanto con la promoción de los derechos humanos (muchas de las INDH cuentan con áreas especializadas en materia de capacitación e investigación en derechos humanos), trabajo que es fundamental para hacer llegar a la

¹⁷⁷ Mediante la “ley de la ponderación” se busca garantizar efectivamente los derechos humanos, pues, según Alexy, esta ley determina que “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (2008).

sociedad y al propio gobierno (desde una de las instituciones que lo componen) la naturaleza y evolución de los principios fundamentales, así como con su defensa y protección (ello mediante diversas herramientas tales como: medidas cautelares, quejas, recomendaciones, pronunciamientos, etcétera).

El fortalecimiento de las funciones, facultades e independencia de la INDH que son indispensables para realizar efectivamente su mandato de promoción y protección de los derechos humanos es fundamental tanto para su reconocimiento y el derecho a defenderlos, así como para su legitimidad.

Es evidente que una INDH sin autonomía e independencia difícilmente llegaría a ser más allá de una simulación institucional. Por ello, es fundamental su despolitización e independencia para que su trabajo no dependa de los intereses políticos de la administración en turno, que tenga un camino propio que acompañe el trabajo de las demás instituciones del Estado, pero sin comprometer su autonomía, donde su colaboración permee en todas las instancias de gobierno y se llegue a comprender efectivamente la naturaleza jurídica de la institución y esta se vea como colaboradora y no simplemente como señaladora o auditora de la gestión pública.

Hay mucho camino por recorrer para que la independencia y autonomía efectiva de las INDH se materialice en las legislaciones internas de los países o, en su caso, se reconozca a través de tratados internacionales vinculantes; sin embargo, una de las herramientas que pueden hacer valer las INDH para garantizar su autonomía presupuestaria y política es justamente una que conocen muy bien: el carácter no vinculante de sus resoluciones.

Así como las resoluciones de las INDH poseen un gran peso político, pero carecen de poder vinculante, se debe trabajar para que la autonomía presupuestaria y política de la INDH se garantice por vía política, entre tanto se formalice en los ordenamientos correspondientes, es decir, que el costo político de que la institución no cuente con dicha autonomía sea lo suficientemente relevante para que la petrificación presupuestaria y la progresividad de sus funciones y facultades en materia de la defensa de los derechos humanos se dé de *facto*. Ello se puede lograr con la organización y efectividad de las distintas redes internacionales de INDH; la colaboración y el trabajo en la evolución de

las formas en las que se garantice la naturaleza jurídica de las INDH será fundamental para su consolidación o, en su caso, su desnaturalización.

En conclusión, las INDH constituyen instituciones en evolución que tienen que desarrollarse según los cambios que exigen las nuevas realidades de los contextos en donde trabajan. La integridad de la institución (que incluso se ve socavada con cada hostigamiento o ataque que reciben las personas físicas que la integran) es atacada en distintas partes del mundo y es fundamental señalar sus vulnerabilidades para garantizar que se evite adoptar cualquier acción que tenga por resultado la supresión de las INDH, su desnaturalización, el debilitamiento de su funcionamiento efectivo o, incluso, la simulación institucional.

VI. Referencias bibliográficas

- Alexy, R., (2008). Teoría de la argumentación jurídica, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, colección *El Derecho y la Justicia*, 2a. ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Asamblea Parlamentaria (2018). *Resolución 2225 (2018) sobre la protección de los defensores de los derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa*, Consejo de Europa.
- Asamblea Parlamentaria (2012). *Resolución 1891 (2012) sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa*, Consejo de Europa.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018). *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe: Acuerdo de Escazú*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *CIDH otorga medida cautelar a favor del Procurador de Derechos Humanos de Guatemala*. Comunicado de Prensa, No. 174/17.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos*.
- Comisión de Derechos Humanos. (2006). *Promoción y protección de los Derechos Humanos: defensores de los Derechos Humanos. Informe presentado por la Sra. Hina Jilani, Representante Especial del secretario general sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos*. Consejo Económico y Social, E/CN.4/2006/95.

- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2011). *Informe especial sobre el derecho humano a defender Derechos Humanos en la Ciudad de México*, Ciudad de México.
- Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (2019). *Principios sobre la protección y la promoción de la Institución del defensor del pueblo (Los Principios de Venecia)*. Consejo de Europa, 118° sesión plenaria.
- Consejo de Europa (2008a). *Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de los derechos humanos*.
- Consejo de Europa (2008b). *Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa de las acciones para mejorar la protección a defensores de derechos humanos y promover sus actividades*, CM(2008)5-add.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2009). *Caso Karwas Fernández contra Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C Núm. 196.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2018a). *Caso Escaleras Mejía y otros contra Honduras*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C Núm. 361.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2018b). *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil*. Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2018.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2017). *Caso Acosta y otros contra Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Serie C Núm. 334
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2014a). *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros contra Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C Núm. 283.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2014b). *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) contra Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 279.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2013). *Caso Luna López contra Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de octubre de 2013, Serie C Núm. 269.

- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2012a). *Caso Castillo González contra Venezuela*, Fondo, Sentencia de 27 de noviembre de 2012, Serie C Núm. 255.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2012b). *Caso Uzcátegui y otros contra Venezuela*, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C Núm. 249.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2008). *Caso Valle Jaramillo y otros contra Colombia*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C Núm. 192.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2006). *Caso Nogueira de Carvalho y otro contra Brasil*, Excepciones Preliminares y Fondo, Sentencia de 28 de noviembre de 2006, Serie C Núm. 161.
- Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE (2014). *Directrices sobre la Protección de los Defensores de los derechos humanos*. Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.
- Organización de las Naciones Unidas: Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2021). *Bachelet alarmada por los intentos de socavar las instituciones nacionales de derechos humanos en América Latina y el Caribe*.
- Organización de las Naciones Unidas: Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004). *Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos Humanos, Folleto Informativo 29*.
- Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General (2019). *Situación de los defensores de los derechos humanos, Naciones Unidas, A/74/159*.
- Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General (2017). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a Azerbaiyán, Naciones Unidas, A/HRC/34/52/Add.3*.
- Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General (2015). *Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Informe del secretario general, Naciones Unidas, A/70/347*.
- Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General (2012). *Situación de los defensores de los derechos humanos, Naciones Unidas, A/67/292*.

- Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General (1998). *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*, Naciones Unidas, 53/144.
- Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General (1993). *Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (“Los Principios de París”)*, Naciones Unidas, 48/134.
- Organización de las Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos (2020). *Última advertencia: los defensores de los Derechos Humanos, víctimas de amenazas de muerte y asesinatos. Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los Derechos Humanos, Mary Lawlor*, Asamblea General, Naciones Unidas, A/HRC/46/35.
- Organización de las Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos (2013). *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Margaret Sekaggya*, Asamblea General, A/HRC/22/47.
- Parlamento Europeo (2010). *Políticas de la UE en favor de los defensores de los derechos humanos*, 2009/2199/(INI).
- Rivera Camacho, S. M. (2021). *Vulnerabilidad del Ombudsman: ataques a las Instituciones Nacionales Defensoras de los Derechos Humanos en Latinoamérica*. Programa regional de apoyo a las defensorías de Iberoamérica. Universidad de Alcalá. Documento de Trabajo 33-2021.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018). Hechos notorios: conceptos general y jurídico. Décima Época, Registro 42698, Plenos de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 51.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019a). *Caso Aliyev contra Azerbaiyán*, Sentencia de 4 de febrero de 2019, 68762/14 y 71200/14.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019b). *Caso Kavala contra Turquía*, Sentencia de 10 de diciembre de 2019, 28749/18.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016). *Caso Rasul Jafarov contra Azerbaiyán*, Sentencia de 17 de marzo de 2016, 69981/14.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). *Caso Taranenko contra Rusia*, Sentencia de 13 de octubre de 2014, 19554/05.

VII. Acrónimos y siglas

ACNUDH = Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Acuerdo de Escazú = Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe

CIDH = Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH = Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Declaración = 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

EPU = Examen Periódico Universal

FIO = Federación Iberoamericana del Ombudsman

INDH = Institución/es Nacional/es de Derechos Humanos

OEA = Organización de Estados Americanos

RINDHCA = Red de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos del Continente Americano

SCJN = Suprema Corte de Justicia de la Nación

TEDH = Tribunal Europeo de Derechos Humanos.