

Derechos Fundamentales a Debate

CEDHJ
Comisión Estatal
de Derechos Humanos
Jalisco



**Instituto de
Derechos Humanos
Francisco Tenamastli**
"AXCAN QUEMA, TEHUATL NEHUAT"

Derechos Fundamentales a Debate, año 2021, núm. 15, enero-abril, es una publicación cuatrimestral editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos, sita en, Pedro Moreno 1616, Col. Americana, Guadalajara, Jalisco, CP 44160, Tels. (33) 36691100 y 36691101,

Las opiniones vertidas en su contenido son responsabilidad exclusiva de los autores y no reflejan la postura de los editores.

Que prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.

Índice

| | |
|--|----|
| Presentación | 4 |
| José de Jesús Chávez Cervantes | |
| El Control Judicial Constitucional, su aplicación y alcances durante la Pandemia | 7 |
| Angelo Alejandro Urzua Prieto | |
| Del Precedente Judicial a la Deliberación Democrática. Caso Concubinato | 20 |
| Samuel Martínez Pérez | |
| Justicia Transicional ante la Guerra contra el Narcotráfico: Discusiones y Aportaciones desde la experiencia Latinoamericana | 36 |
| Rafael Amézquita Castellanos | |
| El rol dinámico e integrador del Ombudsperson en la consolidación del respeto a los Derechos Humanos y los nuevos paradigmas de cultura de paz | 54 |
| Dante Jaime Haro Reyes Francisco Antonio Ramírez Frausto | |
| Discurso de odio, necesidad de control y recursos efectivos | 74 |
| Karina Alejandra Hernández Ponce | |
| El derecho de la familia de personas contagiadas con COVID-19 a recibir información durante la pandemia en México | 94 |
| Alma Jéssica Velázquez Gallardo | |

Presentación

José de Jesús Chávez Cervantes
Director de la revista

El debate de los derechos humanos es, y será, uno de los más apasionantes que durante gran parte de la historia de la humanidad seguirá generando polémica, así como diversos estudios que nos permita seguir disfrutando del desarrollo de la investigación científica.

Justamente, en esta ocasión, la revista especializada Derechos Fundamentales a Debate, que es editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, a través del Instituto de Derechos Humanos “Francisco Tenamxtili”, se honra en presentar la edición número 15, que se encuentra arropada por la escritura de varias plumas sumamente interesantes lo que hace satisfactorio escribir esta breve presentación. Además, es importante mencionar que, en este número, se encuentran hospedados tres ensayos que son fruto del segundo concurso de ensayo que la defensoría jalisciense convocó a la comunidad académica estudiantil.

El artículo intitulado “El Control Judicial Constitucional, su aplicación y alcances durante la Pandemia”, el autor Urzua Prieto, relata la importancia de los derechos humanos dentro de un sistema jurídico, donde preferentemente los derechos deben estar en la Constitución. Al respecto, enfatiza la importancia del Control de Constitucionalidad como método de defensa que permite salvaguardar los derechos humanos que durante la pandemia puedan ser vulnerados. El autor, a través de estudio del caso español, analiza la jurisprudencia al plan de vacunación y por el uso de cubrebocas. El estudio, es aleccionador puesto que se delimitan las bondades del control de constitucionalidad en cuanto a medio de defensa constitucional para la protección de la Constitución y evidentemente de su contenido. Urzúa Prieto, es el ganador del primer lugar del concurso de ensayo de esta defensoría, sirva pues para reconocer su esfuerzo e ímpetu.

Martínez Pérez, segundo lugar del concurso de ensayo, escribe el artículo “Del Precedente del Judicial a la Deliberación Democrática. Caso concubinato”, donde a través de un estudio de caso, se analiza la resolución ADR 3727/2018, resuelta por la primera sala de nuestro máximo tribunal constitucional mexicano, en el que se visibilizan inconsistencias en términos de desigualdad en función del estado civil. Al respecto, se reconoce la existencia de discriminación en razón de mujeres unidas en relaciones de hecho con un hombre casado, lo que conlleva a un obstáculo irrazonable en torno a limitar de estar libre en matrimonio y con ello acceder a los derechos que devienen de la figura del concubinato.

El ganador del tercer lugar del concurso de ensayo, Amézquita Castellanos, intitula su trabajo “Justicia Transicional ante la Guerra contra el Narcotráfico: Discusiones y Aportaciones desde la Experiencia en Latinoamérica”, el autor, señala que la justicia transicional es una herramienta que permita la superación de conflictos donde evidentemente, el Estado y sus instituciones han sido rebasadas por los grupos criminales. Sin duda alguna, el trabajo de Amézquita, busca ser una herramienta académica, en el que se discuten posibles soluciones a un problema que se agudiza en nuestro país mexicano, que es precisamente, la violencia sistemática que propicia el narcotráfico. En todo caso, la propuesta radica en transitar a un estadio de paz, un ideal, que seguramente anhela toda sociedad.

Haro Jiménez y Ramírez Frausto, son autores del trabajo “El rol dinámico e integrador del ombudsman en la consolidación del respeto a los derechos humanos y los nuevos paradigmas de cultura de paz”. En el documento se argumenta que a partir de que los derechos humanos representan el punto de partida donde convergen nuevos paradigmas y esquemas de la vida social, que además son un elemento sustancial para la elaboración de políticas públicas y parte medular para la creación y armonización del sistema jurídico. Lo que significa, que son una herramienta insoslayable para la consagración de la dignidad humana entendida esta como valor supremo intrínseco de todo ser humano. De igual forma, se arguye que, a partir de la reforma de 2011, el reconocimiento y la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos se han fortalecido a efecto del resguardo de los derechos y se enfatiza la figura del ombudsperson como parte medular del propio Estado Constitucional.

“Discurso de odio, necesidad de control y recursos efectivos”, es el título del documento elaborado por Hernández Ponce, quien aborda con exactitud un tema que está cobrando especial relevancia en la actualidad, pues como se puede constatar en el texto, el uso del lenguaje ha sido fundamental para que las personas que se encuentran en una posición de poder, generan una serie de locuciones estereotipadas que suelen ser agresivas a ciertos sectores de la población, reproduciendo o alentando conductas violentas en la sociedad. Sin duda, es un tema que deberá regularse y en todo caso, limitarse. En definitiva, el estudio de Hernández Ponce, es actual, pertinente y de gran valía para el discurso tolerante y solidario de los derechos humanos.

Velázquez Gallardo, en su trabajo “El derecho de la familia de personas contagiadas con COVID-19 a recibir información durante la pandemia en México”, es de suma trascendencia el tema que aquí se analiza, pues es por demás sabido, que toda persona tiene el derecho a recibir información de su estado de salud, así como el de sus familiares. En este sentido, la pandemia, ha recrudecido la falta de garantía de bastantes derechos, donde en efecto, el derecho a la información en temas de salud, ha sido uno de los especialmente vulnerados y de esto se da cuenta en el artículo de Velázquez Gallardo. Lo anterior, sin duda,

es inadmisibles cuando está en juego precisamente el vínculo necesario que existe entre los derechos humanos y el Estado Constitucional.

En definitiva, la Comisión Estatal de Derechos Humanos, a través del Instituto de Derechos Humanos “Francisco Tenamaxtli”, agradece a las personas que han hecho posible esta edición número 15 de la revista Derechos Fundamentales a Debate. Al Comité Nacional e Internacional y a todo el equipo de la revista, se agradece su amabilidad y gentileza para hacer realidad este nuevo número que, sin lugar a dudas, ha enriquecido el debate y la pasión por los derechos humanos. En hora buena también, a todas las personas jóvenes que participaron en el segundo concurso de ensayo de la defensoría jalisciense, donde podremos disfrutar en próximas ediciones, diversos temas que se publicaran en esta revista especializada en derechos humanos.

Disfruten su lectura.

El Control Judicial Constitucional, su aplicación y alcances durante la Pandemia

The Constitutional Judicial Control, it's Application and Scopes during the Pandemic

Angelo Alejandro Urzua Prieto¹

Sumario. I. Introducción. II Los Derechos Humanos y la Constitución. III. Control Constitucional. VI La Imparcialidad en la Justicia Constitucional. V. Conclusiones. VI Referencias Bibliográficas

Fecha de recepción: 26 de febrero de 2021

Fecha de aceptación: 19 de abril de 2021

Resumen

En este ensayo se resalta la importancia de los derechos humanos y de su reconocimiento dentro de la constitución. Se da cuenta del control judicial constitucional y su uso como método de defensa, así como su aplicación para salvaguardar los derechos violentados durante la pandemia por COVID-19. En primer lugar, se observará el reconocimiento de los derechos humanos en la carta magna. Asimismo, se estudian dos resoluciones sobre el control constitucional en la pandemia: una sobre el plan de vacunación y una segunda emitida por el tribunal constitucional español promovida por el uso de cubrebocas. La lectura de las resoluciones mencionadas permite comprender el uso del control judicial constitucional y su alcance, además de evidenciar las lagunas que puede llegar a tener y buscar alternativas para la protección de derechos.

Abstract:

In this essay the relevance of human rights and its acknowledgement within the constitution is highlighted. It explores constitutional judicial control and it's use as a defense method, as well as its application to protect the violate rights during the COVID-19 pandemic. First, the recognition of human rights in the constitution will be observed. Likewise, two resolutions regarding constitutional control in the pandemic are studied: one on the vaccination plan and a second issued by the Spanish constitutional court promoted by the use of face masks. Reading the previously mentioned resolutions allows us to understand the use of constitutional judicial control and its scope, in addition to evidence of the gaps that it may have and look for alternatives for the protection of rights.

1. Ganador del 1º lugar del Segundo Concurso Estatal de Ensayo "El paradigma de los derechos humanos en el siglo XXI" de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. Correo electrónico: angelo.urzua@outlook.es

Palabras clave: Control judicial constitucional, derechos humanos, constitución, pandemia.

Keywords: *Constitutional judicial control, human rights, constitution, pandemic.*

I. Introducción

La constitución federal ha evolucionado con el paso de los años; asimismo, se han realizado cambios en ella para garantizar los derechos fundamentales de todas las personas. Se ha visto a través de la historia como, desde su promulgación en 1917, ya podría decirse que era una constitución adelantada a su época sobre las del resto de América Latina, además de que sirvió como ejemplo en los países europeos para que por fin reconocieran derechos de suma importancia como los derechos del trabajador. Sin embargo, también es un hecho que tener derechos reconocidos dentro de una constitución no es suficiente para que sean respetados, por ello, se han buscado distintas formas y medios de defensa para proteger aquellos que están dentro de la carta magna. Uno de estos medios de defensa es el control constitucional, que ha sido creado con el objetivo de garantizar los derechos de todas las personas. Estos medios de defensa facilitan la protección y el cumplimiento de los derechos fundamentales a través de distintos órganos.

Actualmente, con la pandemia por COVID-19, muchos de los derechos humanos reconocidos dentro de la constitución se han visto gravemente vulnerados y, con ello, muchas personas han buscado los medios de defensa existentes para hacer valer sus derechos de alguna u otra forma. Uno de estos ha sido acudir a la autoridad jurisdiccional federal para que, por medio del amparo, se ordene su cumplimiento.

Un claro ejemplo de los derechos humanos que más se han visto afectados es el derecho a la salud, pues, a causa del virus, la capacidad hospitalaria se ha rebasado en la mayor parte de las entidades federativas, ello ha obligado a las autoridades a no cumplir correctamente con los servicios de salud. Con ello se han interpuesto múltiples amparos en contra de la falta de diversos órganos administrativos por no proveer de manera correcta distintos servicios públicos y, en consecuencia, las autoridades jurisdiccionales han dictado resoluciones que, si bien es cierto que tienen como objetivo la protección de los derechos, también pueden poner en riesgo las facultades discrecionales de los otros poderes que han buscado distintas formas y medidas para controlar la pandemia. Con ello se plantean las siguientes preguntas: ¿Hasta dónde puede llegar el alcance de los jueces gracias las facultades que goza? ¿Es realmente eficiente el control judicial de constitucionalidad?

Abordaré el tema del alcance que tiene el control judicial constitucional y cómo se ha llevado a la práctica en la pandemia del SARS-CoV-2, ya que como lo he mencionado, a raíz de ésta distintos órganos jurisdiccionales han dictado una

serie de resoluciones con el objetivo de garantizar derechos fundamentales que han sido violentados desde el inicio de la pandemia aquí mencionada.

II. Los Derechos Humanos y la Constitución

En el mundo, los derechos humanos fueron reconocidos hasta 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Hoy en día, existen organismos nacionales e internacionales que buscan garantizar los derechos humanos. Un claro ejemplo de ello son las Naciones Unidas, cuyo objetivo principal es mantener la paz y la seguridad entre los distintos Estados que forman parte de esta organización; asimismo, existen órganos cuya finalidad es la garantía de un derecho fundamental específico, como la Organización Mundial de la Salud, que busca alcanzar una mejora en el derecho a la salud alrededor de todo el mundo. En el caso de México, los derechos humanos se reconocieron en 1990, año en el que fue creada la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la cual tiene por objeto principal la protección y divulgación de los derechos humanos en todo el país.

Si bien es cierto que en la mayoría de los Estados democráticos los derechos humanos están reconocidos dentro de su legislación; sin embargo, ello no es suficiente para que sean respetados y llevados a la práctica, debido a ello han tenido que ser implementados ciertos mecanismos de defensa, creados con el objetivo de salvaguardar estos derechos, como el control judicial constitucional, esto es una facultad otorgada a los órganos jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos del justiciable en los procedimientos llevados a cabo en la vía jurisdiccional federal.

La palabra “constitución” puede llegar a tener muchos significados; sin embargo, se puede decir de manera simple, y como una concepción corriente, que una constitución es un conjunto de normas donde se encuentra el orden del poder político y que tiene como objetivo regular la relación que existe entre la ciudadanía y el Estado, de esta manera limita el alcance del poder que tienen las autoridades. En el caso de la constitución mexicana, los derechos humanos no estaban reconocidos sino hasta el 11 de junio de 2011, en la publicación del Diario Oficial de la Federación, donde se señalaba que los derechos humanos debían ser elevados a rango constitucional y considerar cada uno de los derechos existentes en los tratados internacionales que han sido celebrados por el Estado mexicano, por ello, el 2 de octubre de 2012, se publicó la iniciativa en la que se buscaba elevar a rango constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, donde el artículo 133 de la constitución dice a letra:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los

Estados. En materia de derechos humanos, se favorecerá en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Hoy en día, al ser reconocidos los tratados mencionados, los titulares de los órganos jurisdiccionales tienen la posibilidad de tomar en cuenta no solo los derechos fundamentales que se encuentran plasmados en la constitución federal, sino también los tratados internacionales de los que forma parte el Estado mexicano, de esta manera se tiene un mayor alcance para la protección de los derechos humanos de todos. Por ello, los órganos jurisdiccionales tienen la oportunidad de resolver con un margen mayor del que se tenía antes, mediante el uso también de los tratados de los que México forma parte.

III. El control Constitucional

México, como la mayoría de los Estados democráticos, ha implementado dentro de su estructura jurídica el control constitucional como medio de defensa para la protección de los derechos de todas las personas que se encuentren dentro del territorio. Gracias a ello, muchas personas han recurrido al amparo de la justicia federal para hacer valer sus derechos. Ello, en cierto modo, es un gran avance para los derechos humanos, pues se ha conseguido que se hagan valer en mayor medida. El control constitucional puede ser ejercido por distintos órganos y puede ser aplicado a través del amparo, las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio para la protección de los derechos político-electorales y el juicio de revisión constitucional, tramitados por la vía jurisdiccional federal. Miguel Covian Andrade, lo define como “Los medios de defensa de la constitución, estructurados normativamente por ella, cuya finalidad es la anulación o la abrogación de los actos de gobierno contrarios a la ley fundamental y la destrucción de sus efectos jurídicos”. (Archivos Jurídicas: UNAM)

Podría decirse de manera simple que el control constitucional es el medio por el cual la constitución faculta a distintos órganos para la protección de los derechos fundamentales que se encuentran dentro de esta. Sin embargo, en este caso, me enfocaré específicamente en el control judicial constitucional, que es el ejercido por los órganos judiciales federales, como lo son los juzgados de distrito y los tribunales colegiados.

De lo anterior se desprende que los órganos judiciales pueden tomar ciertas posturas en sus resoluciones sin importar que estén en contra de las decisiones tomadas por los órganos administrativos, con la justificación de que se violenta un derecho humano. Cabe recordar que, gracias a la facultad discrecional, es que las distintas autoridades administrativas pueden tomar decisiones “libremente”. El *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* define la discrecionalidad como:

La Potestad atribuida a los órganos administrativos por las leyes sin predeterminedar por completo el contenido u orientación que han de tener sus decisiones, por lo que el titular de

las potestades o competencias queda habilitado para elegir dentro de las diversas opciones decisorias que se le presentan.

Por lo que, si bien el control judicial constitucional es un medio de defensa para la protección de derechos, la discrecionalidad es una facultad otorgada a las autoridades administrativas para la toma de decisiones. De lo anterior es notorio que, en caso de que una autoridad administrativa y un órgano jurisdiccional no concuerden, existiría un choque entre ambos, este sería uno de los conflictos causados por el control constitucional. Es cierto que en ocasiones el Ejecutivo tomar decisiones de arbitrio y que con frecuencia existen violaciones de derechos, ello obliga a que los órganos jurisdiccionales actúen para proteger los derechos humanos.

Sin embargo, el hecho de que el control judicial de constitucionalidad tenga como objetivo garantizar el cumplimiento de los derechos humanos no quiere decir que sea una medida perfecta, pues, en muchas ocasiones, este puede llegar a afectar en cierta forma la competencia de los otros poderes, incluso puede romper el sistema de pesos y contrapesos debido a que al, facultar al órgano jurisdiccional para que resuelva según su criterio, puede intervenir en la facultad discrecional del poder Ejecutivo o Legislativo.

Se han dictado políticas públicas para buscar poner en orden la emergencia sanitaria, como se ha visto en la pandemia. Estas políticas restringen de una u otra forma derechos y libertades individuales. A pesar de que el objetivo principal de los medios de defensa constitucionales es proteger los derechos reconocidos en la carta magna, hay situaciones como la actual, donde forzosamente la autoridad tiene que tomar medidas parcialmente represivas para salvaguardar derechos que ocupan un lugar mayor, como el de la vida o la salud.

Se ha tenido que ponderar entre principios y derechos fundamentales para que prevalezca uno sobre el otro, pues, en situaciones como la que se vive actualmente, es una labor del Estado garantizar una seguridad dentro de un principio de colectividad, ya que caería en un absurdo que, en una emergencia como esta, se considere la afectación de una mayoría por la de una pequeña minoría.

Si bien es cierto que el Ejecutivo federal en ningún momento se pronunció a favor de una suspensión de garantías, muchos de los gobernadores de las distintas entidades federativas se vieron obligados a restringir las libertades debido a la mala gestión de la emergencia sanitaria.

Jean Claude Tron Petit divide en dos los tipos de derechos fundamentales, por un lado, los derechos fundamentales de abstención, donde el particular busca que la autoridad respete y no impida o prive del goce de algún derecho. Por otro lado, están los derechos fundamentales de protección o de defensa, donde se le pide al Estado que, además de abstenerse de realizar conductas o comportamientos lesivos, tiene que realizar algo a favor de la sociedad, como el

derecho a la salud, en este caso, pues se vio seriamente afectado debido a que, en muchos de los estados, la capacidad de los hospitales fue sobrepasada. Con esto se volvió recurrente escuchar noticias en las que la ciudadanía acudía al amparo de la justicia federal para que se le proveyera, por ejemplo, de medicamentos, lo cual, puede ser algo positivo, pues quiere decir que el sistema jurisdiccional, de alguna u otra forma, funciona. Es importante resaltar y preguntarse ¿hasta dónde puede volverse absoluto un derecho fundamental y hasta dónde puede involucrarse el órgano jurisdiccional en el tema de las políticas públicas?

Para explicar lo planteado, me gustaría exponer, como primer ejemplo, la demanda de amparo número 62/2021, llevada ante el Juzgado 8 de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito en contra de Secretaria de Salud de la Ciudad de México y de titulares de los centros de salud. En ella, la quejosa señala como acto reclamado la negativa del titular del centro de salud para aplicarle la vacuna contra el SARS-CoV-2, sin embargo, no hace referencia al documento emitido por las autoridades: *Política nacional de vacunación contra el virus SARS-CoV-2, para la prevención del COVID-19 en México documento rector*, por ello, la autoridad jurisdiccional le previene para que manifieste si desea señalar como acto reclamado la emisión del documento. Posteriormente, el juez de distrito le otorgó la suspensión de oficio y de plano, a fin de que las autoridades responsables promovieran un programa de vacunación contra COVID-19 basado en el documento *Orientaciones para la planificación de la introducción de la vacuna contra la COVID-19*, elaborado por la Organización Panamericana de la Salud, y, conforme a dicho programa, se le aplique la vacuna en el momento que corresponda.

La quejosa interpuso un recurso de queja en contra del auto,² bajo el argumento de que cuando se instrumente un nuevo plan de vacunación habrán transcurrido meses; además, al ser una persona mayor de sesenta años y padecer enfermedad crónica, se le debería ordenar a las autoridades el vacunarla, pues la política nacional de vacunación en contra del virus señala que es parte de los grupos priorizados; asimismo, se expone que no se salvaguarda el derecho a la salud ni a la vida de la quejosa. El recurso de queja fue dirigido al Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, quien resolvió según el documento mencionado, pues, en dicho texto, se menciona la poca disponibilidad que hay de vacunas en el mundo, por ello, conceder la suspensión en contra de la negativa de proveer de la vacuna a la parte quejosa de forma inmediata, desatendería cada una de las etapas que se encuentran en escrito y con esto se vulneraría el interés colectivo del artículo 128, fracción II, de la Ley de Amparo, además de ello, el colegiado se fundamenta en el artículo 129 de dicha Ley, que señala que se sigue un perjuicio al interés social cuando se “impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave o el peligro de invasión de enfermedades exóticas del país”, y que, en el acto reclamado, se busca impedir o modificar el plan de vacunación emitido por el gobierno, además de que es una medida utilizada para combatir una epidemia y, por lo tanto, de carácter grave.

2. Nota: Resolución emitida por un tribunal para pronunciarse sobre las peticiones de las partes dentro de un procedimiento judicial.

Esta resolución es un claro ejemplo de la aplicación y uso del control judicial constitucional en la pandemia. El juzgador ordena a las autoridades responsables la emisión de un nuevo plan de vacunación, cuando ya existe uno y está en vigencia. Por ello, el juzgador no solamente evita una violación de derechos u ordena el cumplimiento de un derecho fundamental, sino que llega a dictaminar la implementación de nuevas políticas públicas cuando no se encuentra dentro de sus facultades.

El plan de vacunación es en sí mismo emitido a causa de la facultad discrecional con la que cuenta el poder Ejecutivo. El artículo 39 constitucional señala de manera clara que la soberanía nacional reside en el pueblo, pues “todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este cuerpo” (CPEUM. Artículo 39. 1917.), por ello el pueblo tiene el derecho inalienable de modificar la forma de gobierno. En suma, la ciudadanía debe acatar las medidas decretadas por los gobernantes, pues han sido elegidos de manera democrática, por lo que las órdenes decretadas por los mandatarios deben ser seguidas siempre y cuando estén dentro de un marco constitucional. Con ello se resalta la facultad discrecional que tiene el poder Ejecutivo en la toma de decisiones, como en el caso de la pandemia, donde se aplica un plan de vacunación basado estrictamente en evidencias científicas para garantizar un adecuado y objetivo cumplimiento.

Habría que reiterar que no está dentro de las facultades del poder Judicial emitir políticas públicas. Es justamente en este punto donde hay una invasión entre un poder y otro, el titular del órgano jurisdiccional no tiene la capacidad para establecer una política y mucho menos de esta medida. Es cierto que los juzgadores pueden ocurrir siempre a la ayuda de peritos expertos para la toma de decisiones en resoluciones que implican un amplio conocimiento en temas científicos; sin embargo, dictar ordenamientos para una política pública del grado de una pandemia podría llegar a tomarse en un sentido arbitrario y posiblemente poco efectiva, ello traería consigo resultados terribles.

Al igual que el caso anterior, una resolución parecida a la dictada por el Tribunal Colegiado es la que el Tribunal Supremo español resolvió en la sentencia 140/2020 y número de resolución 1569/2020. En dicho procedimiento, el solicitante señala:

«[...] se ordene dicte sentencia por la que se reconozca la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos Artículo 15 de la Constitución : Derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución Española) en relación con el artículo 9 , 10 y 43 de la Constitución Española, Derecho a la libertad individual (artículo 17 de la Constitución Española)Derecho al honor y a la propia imagen (artículo 18 de la Constitución Española).Derecho a la libre circulación (artículo 19 de la Constitución Española). y el Derecho de reunión (artículo 21 de la Constitución Española), en perjuicio de mi representado.»

Como es posible ver, argumentaba que sus derechos fundamentales se veían afectados debido a las medidas dictadas por el Ministro de Sanidad en la orden SND/422/2020, del 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicada el 20 de mayo de 2020. Existe, claramente, una violación de sus derechos fundamentales, de acuerdo con los artículos de la Constitución española; asimismo, y como se desprende en el capítulo de la sentencia de fundamentos de derecho, el solicitante alega que meses después de haberse declarado el estado de alarma, y tras haber superado el pico de sobremortalidad por el brote, aún no se ha explicado a la población por qué se evita que la población se contagie para obtener inmunidad individual y de grupo, al contrario, se obliga a la población a distanciarse y a usar mascarillas sin prescripción médica individualizada, y argumenta que no es necesario su uso obligatorio, para ello, de acuerdo con lo señalado en dicha sentencia, anexa dos documentos, de uno se desprende que, a partir de cierta fecha, la sobremortalidad desaparecería. Mientras que un segundo documento indica que los hospitales privados tienen miles de camas sin utilizar, el gobierno podía hacer uso de estas debido al estado de alarma; además, menciona la falta de carácter vinculatorio que tienen las decisiones de la OMS en los derechos españoles. Finalmente, el Tribunal Supremo Español se declaró incompetente debido a que las medidas tomadas por el ministro de Sanidad tienen carácter de ley; sin embargo, lo importante es la fundamentación que utiliza el tribunal en la resolución que desestima y declara inadmisibile el recurso presentado por el ciudadano porque, como bien lo señala la sentencia en su capítulo de fallo: la salud de los ciudadanos es un elemento esencial del interés general que deben atender los poderes públicos. (1569/2020. Resolución. Tribunal Supremo - Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.)

En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el COVID-19, donde es evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, ello según el derecho a la vida de la mayoría. Cabe aclarar que el Tribunal Supremo en ningún momento plantea una negativa de los derechos fundamentales del quejoso, sino que argumenta el interés superior que tiene la mayoría de la población para el uso de mascarillas y evitar la propagación del virus.

En la siguiente tesis es posible ver que la Suprema Corte de Justicia de la Nación busca recalcar el límite de la discrecionalidad para evitar controversias entre los distintos poderes:

La discrecionalidad es una facultad atribuida a los órganos administrativos por las leyes, sin predeterminar por completo el contenido u orientación que han de tener sus decisiones, por lo que el titular de las potestades o competencias queda habilitado para elegir, dentro de las diversas opciones decisorias que se le presentan, el medio más pertinente, valioso y eficiente para alcanzar el fin, con los mejores criterios de razonabilidad. **Sin embargo, no debe entenderse como una potestad ilimitada o absoluta que permita realizar u omitir actos caprichosos que, a final de cuentas, se traducen en arbitrariedad, pues la actividad administrativa por ningún motivo puede quedar fuera o por encima del orden jurídico, en particular cuando la decisión requiere el entendimiento de conceptos que impliquen un conocimiento especializado;** lo anterior, máxime que cuando haya deberes, ya sea expresos

o categóricos, implícitos o indirectos, si se encuentran en juego derechos fundamentales, la discrecionalidad tiene límites y está sujeta a rendición de cuentas, esto es, al control judicial, incluso en temas especializados, debiendo allegarse los tribunales de la asesoría y saberes necesarios para decidir y asegurar la mejor protección posible.³

Uno de los problemas principalmente planteados por juristas sobre el control judicial constitucional es que las decisiones tomadas por este pueden llegar a carecer de carácter democrático. Emilio Rabasa describía al poder Judicial como un poder “nulo”, señalaba que el:

Departamento judicial nunca es poder, porque nunca la Administración de Justicia es dependiente de la voluntad de la nación, porque en sus resoluciones no se toman en cuenta ni el deseo ni el bien públicos... los tribunales no resuelven lo que quieren en nombre del pueblo, sino lo que deben en nombre de la ley... (Rabasa, 2016: pág. 188)

Las decisiones del poder Judicial nunca tienden a ser tomadas en un sentido democrático, pues no es el pueblo el que decide. Se podría decir que los jueces son democráticos al tomar decisiones acordes a la constitución, pues, al estar reconocidos los derechos fundamentales de toda persona dentro de la carta magna, existe un respeto a la soberanía popular al resolver conforme esta. Por otro lado, Carlos Santiago Nino (2017) argumenta en consideración de que las constituciones actuales han sido creadas por una élite en específico, como en Estados Unidos y Argentina, donde sólo una pequeña fracción de la población ha participado en el proceso constitucional de estos países. Esto no quiere decir que las constituciones necesiten de un cambio radical o remplazo, sino que, como lo propone Santiago Nino, se busque una mayor participación popular para que la democracia prevalezca (Nino, 2017: pág. 210); sin embargo, y como el mismo autor lo menciona, la decisión de una mayoría democrática no es siempre la decisión mejor tomada. Hay que considerar que el objetivo de una constitución es proteger los derechos fundamentales de una nación. La perspectiva totalmente contraria la encontramos con Luigi Ferrajoli, quien argumenta que la legitimidad de las constituciones no consiste en el hecho de ser queridas por todos, sino que buscan garantizar los derechos de todos. (Ferrajoli, 2018: pág. 28)

IV. La Imparcialidad en la Justicia Constitucional

Es importante saber llevar al constitucionalismo hacia el terreno procesal, en este caso es el abarcado por el control judicial constitucional. Uno de los principios generales del derecho es el de la imparcialidad de los encargados de impartir justicia. Un modelo de justicia ideal sería aquel en el que los jueces actúan según la racionalidad y al dejar de lado sus preferencias ideológicas. Es realmente difícil imaginar que los titulares de los órganos jurisdiccionales, si bien no tienen intereses políticos, tienen ideales a los que tienden a inclinarse o mantenerse firmes, con ellos disponen la última palabra de sus resoluciones.

Rawls divide la justicia procesal en dos: justicia procesal perfecta y justicia procesal imperfecta. (Rawls, 2014: pág. 90). Usa el ejemplo de un pastel que debe

3. Tesis: I.4o.A.196 A (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 80, noviembre de 2020, Tomo III, página 1985. Registro digital: 2022360.

dividirse en una cantidad determinada de personas, por lo que, el método más justo e igualitario para él sería que una persona divida el pastel y tome la última parte, permitiendo a los demás que escojan antes. Rawls quiere ilustrar su ejemplo de la justicia procesal perfecta como un procedimiento fijo que debe de seguirse y que da con el resultado deseado. (Rawls, 2014: pág. 90) La justicia imperfecta es definida como un juicio común y corriente, puesto no importa que se lleven a cabo todos los pasos de un procedimiento judicial al pie de la letra tal y según un tipo de proceso, pues siempre existe un margen de error donde un culpable puede resultar absuelto y una persona inocente pueda resultar culpable.

La justicia procesal en la praxis tiene como objetivo implícito el fallar lo menos posible; sin embargo, no existe garantía alguna de que haya un cumplimiento firme de lo que es realmente justo. El modelo de justicia imperfecta que Rawls señala roza con la imagen nihilista sobre la justicia que tiene el pensamiento nietzscheano, donde se plantea que, entre mayor poder y autoconciencia de una comunidad, el derecho (en específico el penal) tiende a suavizarse. (Nietzsche, s.f.: pág. 93) Por otro lado, lo más parecido al modelo de justicia procesal perfecta que Rawls indica sería el de la mediación, pues buscaría poner fin a un conflicto de una manera pacífica y su principal objetivo es restaurar el conflicto con la voluntad de ambas partes y, con ello, no habría un gran margen de error, ya que la decisión sería tomada por las mismas partes que conforman el proceso.

Un modelo perfecto está lejos de verse fielmente implementado en el sistema de justicia mexicano, a pesar de que el amparo puede llegar a ser un medio de defensa bondadoso para los derechos humanos, no cualquiera tiene el alcance económico para contratar a un abogado que domine esta materia. Por otro lado, las asociaciones civiles que se encargan de promover amparos de manera gratuita en apoyo de las personas de bajos recursos generalmente obedecen intereses políticos y no a un ideal moral superior para el cumplimiento de los derechos humanos. Con ello se da apertura a un mal uso de las medidas de defensa de los derechos humanos, como el control constitucional judicial, pues muchas asociaciones son apoyadas por funcionarios de un alto rango y podría llegar a hacerse de un mal uso para satisfacer intereses políticos. Si lo anterior fuere fielmente cierto, la imparcialidad no existiría en un sistema de justicia como el existente.

V. Conclusiones

El derecho está en un constante cambio y se adapta continuamente a las necesidades de la sociedad. Cada día se está más apegado al ius naturalismo y se aleja, en mayor medida, del ius positivismo, que brinda a juzgadores pocas opciones al momento de resolver. Así como el control judicial puede en ocasiones invadir la competencia de otro poder, el derecho ha evolucionado al grado de desprenderse de un positivismo, un claro ejemplo de esto es el de la reforma que se avecina para el poder Judicial de la federación, donde se verá implementada

la jurisprudencia por precedentes y con esto todas las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrán que ser tomadas en cuenta por todos los tribunales, (Poder Judicial de la Federación) donde no únicamente se facilite la labor de los juzgadores, sino que también se garantice, en una mayor medida, los derechos de las personas que acudan al amparo de la justicia federal.

Hay que considerar que, en el caso de la aplicación de los derechos humanos, es la comunidad misma la que lidia cotidianamente con sus problemas y carencias. Algo tan importante como los derechos humanos debe de mantener siempre una conexión directa con el proceso democrático. Es algo bastante común en México el paternalismo entre los funcionarios de los órganos jurisdiccionales con abogados o, simplemente, mantener una estrecha relación con funcionarios públicos que faciliten el sentido favorable en distintas resoluciones, tal y como lo he planteado con el uso de distintas asociaciones civiles con fines políticos. La solución puede verse en el ejemplo que propone Santiago Nino sobre los tribunales constitucionales europeos (Nino, 2017: pág.292), donde los miembros de dichos órganos son cambiados de manera periódica, además de ser elegidos por un cuerpo representativo de la soberanía popular. En México, si bien no existe un tribunal constitucional, se podrían intercalar periódicamente los titulares de los órganos jurisdiccionales para evitar las relaciones con distintos funcionarios y abogados. Es importante buscar el mayor grado de participación por parte de la ciudadanía para la solución de conflictos que existen dentro de la sociedad.

Desde la posición apegada al deliveritarismo de Gargarella, la ciudadanía es la que tendría que poner en discusión los conflictos que existen dentro de una sociedad, temas como la despenalización del aborto, pues es la comunidad la que conoce al pie de la letra sus problemas y necesidades; asimismo, y a propio juicio del jurista, los Juzgados populares toman decisiones más moderadas que los jueces mismos. (Gargarella, 2021).

Concuerdo con Gargarella en el aspecto de la importancia de la opinión en las decisiones de políticas públicas y protección de los derechos humanos, pues es muy importante conocer los requerimientos de la población para que pueda existir una mejora.

Puede haber decisiones que tengan un tinte positivo y que suenan maravillosas; sin embargo, puede ser que al llevarse a la práctica traigan consigo problemas y crisis. Ello sin mencionar el populismo que podría ser aplicado por parte de funcionarios públicos para atraer el voto popular. Un ejemplo claro es el de la resolución citada en el capítulo III de este ensayo, pues el juez claramente toma una decisión que puede parecer conveniente en el momento y para una causa a corto plazo; no obstante, ordenar la creación de una nueva política pública en plena pandemia, como el plan de vacunación, que es de suma importancia, puede traer graves contratiempos. Además de que el plan de vacunación es creado con

medios técnicos y científicos, algo de lo que el juzgador carece al momento de dictar una resolución, de esta manera se caería en un absurdo, si un solo individuo impusiera la garantía o no garantía de un derecho humano tan importante como lo es la salud. Con esto no quiero decir que una mayoría pueda decidir sobre los derechos humanos de una persona, sino que, al contrario, debe de prevalecer una regulación en ambas situaciones para garantizar el cumplimiento de los derechos.

Es importante buscar distintas formas para que la ciudadanía participe en la emisión de políticas. Medios de defensa, como el control constitucional, pueden tener como objetivo el cumplimiento de los derechos humanos; sin embargo, existe un margen de error bastante grande y, desde cualquier perspectiva, las decisiones tomadas por los órganos judiciales siempre serán antidemocráticas por el simple y sencillo hecho de que no existe la soberanía popular en la elección de funcionarios judiciales. No quiero decir con lo anterior que los funcionarios judiciales deban ser elegidos mediante una elección popular, sino que los poderes deberían trabajar en mayor connivencia para evitar conflictos y garantizar una soberanía popular en las decisiones tomadas por los poderes.

VI. Referencias

AMTJAEUM (2020, 24 junio). Conferencia Magistral: *Control judicial de la discrecionalidad en épocas de emergencia* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=QF4AE88N5pc>

Nueva Ley de Amparo. Chávez, Castillo, R. (2013), Editorial Porrúa.

Covian, Andrade, M. (n.d.), El Control de la Constitucionalidad. Fundamentos Teóricos y Sistemas de Control. Ciudad de México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3180/9.pdf> [2 de febrero del año 2021].

Diario Oficial de la Federación. (2011, 10 junio). DOF - Diario Oficial de la Federación. SEGOB. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana, & Asociación de Academias de la Lengua Española. (s. f.). Discrecionalidad. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Recuperado 2 de febrero de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/discrecionalidad>.

Constitucionalismo más allá del Estado por Ferrajoli, L. (2018a). Editorial Trotta, S.A.

Gaceta Parlamentaria. (2012, 2 octubre). Iniciativa. *Gaceta Parlamentaria*,

Cámara de Diputados.<http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/62/2012/oct/20121002-II/Iniciativa-5.html>

Gobierno de México. (2021, 11 enero). “POLÍTICA NACIONAL DE VACUNACIÓN CONTRA EL VIRUS SARS-CoV-2, PARA LA PREVENCIÓN DEL COVID-19 EN MÉXICO.”. <https://coronavirus.gob.mx/>. https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/01/PolVx_COVID_-11Ene2021.pdf

Instituto Nacional de Perinatología. (2020, 24 abril). LINEAMIENTO TÉCNICO ABORDAJE DEL PACIENTE CON INFECCIÓN POR COVID-19 EN EL PERIODO PERINATAL. Gobierno de México. <https://www.gob.mx/salud/inper/articulos/lineamiento-tecnico-abordaje-del-paciente-con-infeccion-por-covid-19-en-el-periodo-perinatal?idiom=es>

Naciones Unidas. (2015). Declaración Universal de los Derechos Humanos (Y. Ait Kaci, Ed.). https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Nietzsche, F. (s. f.). Genealogía de la moral. EDIMAT LIBROS, S. A.

La Constitución de la democracia deliberativa (1.a ed.). Nino, S. C. (2017). Gedisa Mexicana.

Poder Judicial de la Federación. (2020, 12 febrero). Reforma Judicial con y para el Poder Judicial. www.scjn.gob.mx. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_usos_multiples/documento/2020-02/Proyecto%20de%20Reforma%20Judicial_1%20%283%29.pdf

La Constitución y la dictadura. Rabasa, E. (2016a). Editorial Porrúa.

Teoría de la Justicia Rawls, J. (2014). Fondo de Cultura Económica.

Senado de la República, Garita Alonso, D. A., Mena Álvarez, M. J., Montaña Ramírez, M. L. M., López García, D. M., & Urtuzuastegui Carrillo, M. R. P. (2018). Medios de Control Constitucional. Senado de la República. https://www.senado.gob.mx/64/pdfs/documentos_apoyo/64-65/LXIV/Medios_de_Control_Constitucional.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021, 19 febrero). Cátedra de Derechos Humanos [Vídeo]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=8gFpc7kQE_Y&feature=youtu.be

Tesis: I.4o.A.196 A (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 80, noviembre de 2020, Tomo III, página 1985. Registro digital: 2022360.

Del Precedente de Judicial a la Deliberación Democrática. Caso Concubinatos.

From the Judicial Precedent to the Democratic Deliberation. Concubinage Case.

Samuel Martínez Pérez¹

Sumario. I. Identificación del Problema. II. Del Derecho Fundamental a la Igualdad y Prohibición de Discriminación en Función del Género. III. Del Derecho Humano a la Protección de la Familia a la Luz del Principio de Progresividad. IV. Examen de Proporcionalidad de la Restricción al Reconocimiento del Concubinatos. V. Comentarios Finales y Conclusiones. VI. Referencias Bibliográficas.

Fecha de recepción: 27 de febrero del 2021

Fecha de aceptación: 19 de abril del 2021

Resumen

El precedente judicial que deriva del ejercicio de la función constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituye uno de los ápices más relevantes de la deliberación democrática en cumplimiento con las obligaciones de promoción de la cultura de los derechos fundamentales. La resolución del ADR 3727/2018, dictaminado por la Primera Sala del Máximo Tribunal del país, visibiliza un problema de desigualdad en función de estado civil, ignorado por los tribunales de legalidad, los órganos de protección de los derechos humanos y las demás organizaciones de la sociedad civil. En ella, se reconoce la existencia de discriminación en perjuicio de las mujeres unidas en relaciones de hecho con un hombre casado y como un obstáculo irrazonable la limitación de “estar libre de matrimonio” para acceder a los derechos que engendra el concubinatos.

Abstract:

The judicial precedent that derives from the exercise of the constitutional function of the Supreme Court of Justice of the Nation, constitutes one of the most relevant aspects of democratic deliberation in compliance with the obligations to promote the culture of fundamental rights. The resolution of the direct guarantee trial review 3727/2018, resolved by the First Chamber of the Highest Court of the country, makes visible a problem of inequality based on gender ignored by the courts of legality, the organs of protection of Human Rights and the other civil society organizations. In it, the existence of discrimination to the detriment of

1. Ganador del 2º lugar del Segundo Concurso Estatal de Ensayo “El paradigma de los derechos humanos en el siglo XXI” de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. Correo electrónico: samuelcucsh6@gmail.com

women united in de facto relationships with a married man is recognized and as an unreasonable obstacle the limitation of “being free from marriage” to access the rights generated by concubinage.

Palabras clave: Igualdad, matrimonio, proporcionalidad, concubinato.

Keywords: Equality, marriage, proportionality, concubinage.

I. Identificación del Problema

La reciente incorporación al régimen jurídico mexicano del paradigma de los derechos humanos en sustitución del sistema del Estado paternalista el 11 de junio del 2011, indiscutiblemente, gira alrededor de dos piedras angulares como mandatos primigenios de optimización. Por un lado, el reconocimiento, respeto y garantía de la noción fundamental de la dignidad humana como elemento connatural de la existencia, esto es, la capacidad que tienen todas las personas sin importar condición de ninguna naturaleza para dar una ley moral a ellas mismas (Valls, Ramón, 2015), y cuyas restricciones legislativas deben descansar en un plano de racionalidad e idoneidad, según diversos fenómenos sociales. Derivado del principio de dignidad humana, se ha dotado de tal relevancia al principio de igualdad y prohibición de la discriminación que en el panorama actual son fuentes catalizadoras de la “razón de legislar” del órgano legislativo y la fuente decisoria de los tribunales.

La discusión pública sobre la trascendencia de los matices del principio de igualdad no siempre se encuentra en la esfera pública democrática, en el debate parlamentario, en los medios de comunicación o en la agenda política del partido en turno, pues sobran los ejemplos en los que, desde el plano de la justicia constitucional, se ha orientado al país a la deliberación social de temas especialmente invisibilizados. Un claro ejemplo se dio en la sentencia del amparo en revisión 237/2014 de la Primera Sala del Máximo Tribunal, también conocido como “caso marihuana”,² donde se permitió la idea de reconocer que las restricciones no son solo de índole legislativa, sino también como parte de una doctrina social de educación conservadora, se involucran de forma irracional en la esfera de decisión individual de la persona y, a raíz de aquello, se orientó a toda una nación al debate público y socialmente útil en el reconocimiento democrático de los derechos humanos de personas con creencias, gustos, aficiones y preferencias fuera de lo ordinario.

Este ensayo tiene como base la sentencia del amparo en revisión 3727/2018, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, proyectada por el ministro Gutiérrez Ortiz Mena (2020), donde se reconoce que históricamente se ha discriminado en función del estado civil a las personas concubinas por considerarlas como “mujeres de segunda clase” (párrafos 32 y 46), esta situación es aún más compleja cuando, a raíz de una relación de hecho,

2. En dicha sentencia, la Primera Sala del Máximo Tribunal estableció que las políticas públicas constituyen una medida alternativa que las autoridades deben llevar a cabo para disminuir la restricción de las leyes a derechos fundamentales.

una de las personas oculta, ignora o soslaya que su pareja sentimental tuvo un matrimonio del cual no se disolvió ni liquidó la sociedad que los unía y que, como consecuencia, no puede acceder a los derechos sucesorios y alimentarios que sí tendría de reconocérsele el concubinato. No basta que exista una sentencia que reconozca un problema que ha sido invisible en perjuicio de las mujeres para sentar las bases de la discusión parlamentaria, también lo es, por supuesto, entender la trascendencia de dicho fenómeno y sus efectos en la sociedad contemporánea y que este reconocimiento no únicamente implica un caso aislado, sino un patrón de discriminación.

Finalmente, para identificar dichos patrones de “violencia”, donde se sitúa la patrimonial en perjuicio de las mujeres a las que no se les reconoce el derecho alimentario y sucesorio del concubinato por tener una relación de hecho que incumple con el requisito de “estar solteros”, se necesita atender a datos oficiales donde destaca que, según el Estudio de Incidencia de Violencia Contra las Mujeres en el Estado de Jalisco (Endireh, 2011), 4.9 por ciento de las mujeres de áreas urbanas de Jalisco sufre de violencia económica, en zonas rurales 5.5 por ciento y, con base en dichos indicadores, es claro que en proporción al aumento de la edad de las mujeres, disminuyen los tipos de violencia sexual, física y emocional, lo cierto es que en mujeres de cincuenta y seis años o más, la violencia patrimonial aumenta hasta 6.1 por ciento (Sisehm, 2019, P. 127). La violencia que sufren porcentajes mínimos de mujeres “concubinas”, a quienes me referiré como tal, y que; sin embargo, no cumplen con el requisito establecido por el artículo 778,³ párrafo segundo, de la Codificación Civil Sustantiva para Jalisco, tiene que ver con una violencia a la que le denominaré “patrimonial indirecta”. Lo anterior tiene su justificación precisamente en el estudio señalado en el párrafo anterior, donde se explica que el reconocimiento de la violencia de género posee un efecto sutilmente innovador que tiene como génesis las conductas estereotípicas de las que son objeto las mujeres por parte de sus parejas en particular y la colectividad en general, debido al estigma social (INEGI, 2011).

Como causa de dicha condición de marginación familiar en perjuicio de las mujeres, se registró desde 2000 y hasta 2019 un descenso de matrimonios de 28.62 por ciento y un aumento de divorcios en más de 300 por ciento en la misma época, (IEEG, 2020). También se observa que, pese a que los matrimonios van a la baja de forma considerable, para 2017 se contabilizaba que más de 54 por ciento de personas de más de doce años están unidos bajo algún vínculo de matrimonio, concubinato o unión libre (IEEG, 2020), lo cual asume un rol protagónico en este ensayo, pues, si bien es cierto que los matrimonios cada año van en detrimento, también lo es que las personas continúan uniéndose en relaciones de hecho año con año, donde se consolidan diferentes fuentes de constitución familiar entre las que indefectiblemente se encuentra el significativo aumento del concubinato.

Según estudios del Instituto de Información Estadística y Geográfica del Estado de Jalisco (IEEG, 2020), en sus cuadros 1 y 2 de fecundidad, únicamente

3. Art. 778.- Para los efectos de este artículo, se entiende por concubinato el estado por el cual un hombre y una mujer solteros viven como si fueran cónyuges, durante cinco años o más. Se considera también concubinato cuando transcurridos tres años de iniciada esa unión, hubieren procreado entre sí algún hijo.

en Guadalajara se estima que existe un total de 232, 038 mujeres solteras de doce años o más, de ellas 40, 052 tienen al menos un hijo, aunado a que existen también 10, 806 mujeres, en Guadalajara que únicamente están casados por la vía religiosa (IEEG, 2020), los que, al tenor de las leyes, también son mujeres que pudieran encontrarse en los supuestos del presente ensayo.

II. Del Derecho Fundamental a la Igualdad y Prohibición de Discriminación en Función del Género

El principio de igualdad y el indivisible derecho humano a la prohibición de la discriminación, de entre otras, en función del género y estado civil, son dos condiciones absolutamente inseparables de la persona humana, inherentes, absolutas e imprescriptibles. Aquellos surgen de la premisa filosófica naturalista de la dignidad humana que no está condicionada o bien, no debería, a la constitucionalización de dichos preceptos, sino que el reconocimiento constitucional sirva para reconocer su dimensión de imponderabilidad (Cadena Alcalá, Jesús. 2020). Aunque si bien es cierto, por un lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el ADR 173/2012 (SCJN, 2012), estableció que no existían derechos fundamentales absolutos y que ellos podían ser limitados de conformidad con la propia Constitución (párr. 126), lo cierto es que el propio artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece que las restricciones que pudieran imponerse a los derechos fundamentales deberán responder a una cuestión de interés general, de tal forma que sea incompatible pensar que la permisión temporal de tales conductas pueda constituir un beneficio colectivo, pues contrario a ello, la discriminación es un problema de orden legítimo, cuya sola existencia acarrea un agravio a todas las personas de un solo estrato.

A) Del Principio de Igualdad

El debate público en torno a las concepciones que la ley debe darle a la igualdad en el dispositivo normativo, así como en la esfera moral de una sociedad democrática, divergen en cuanto a su origen y, en consecuencia, en su tratamiento sociológico y jurídico. Este último es trascendente en el esquema iuspositivista mexicano. Dados los cambios permanentes que experimenta cualquier sociedad, y como dicotomía de ella, todo ordenamiento legal, la actualidad presenta una interpretación distinta del principio de igualdad, el cual, desde una perspectiva garantista, no tiene que ver con la semejanza de capacidades, méritos o cualidades de los seres humanos, sino que este se ha instituido como verdadero derecho humano. No obstante, el derecho humano a la igualdad -ya no solo un deber moral- sino una obligación legal, no es por decreto una realidad fáctica, sino que, como todo mandato de optimización iusfundamental, es un “deber ser” (Facio, 2008), que, como reacción a tratos indignos en perjuicio de personas por alguna cuestión de diversidad humana, especialmente vulnerables, se ha perpetuado a lo largo de la historia.

En la constitución, la fórmula garantista del principio de igualdad se extrae fundamentalmente de los artículos 1° y 4°, el primero expresa que “todas las personas gozarán de los derechos humanos” (CPEUM, 2020), el cual es la fase conceptual del derecho en cuestión, es decir, su preconcepción y, simultáneamente, su fin último.

B) Igualdad en Función del Género

El segundo de los artículos mencionados establece una cuestión especialmente compleja debido a su interpretación constitucional, convencional y jurisprudencial, pues no solo establece una disposición en abstracto, sino una verdadera obligación de garantía para el Estado mexicano, esto es que “La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia” (CPEUM, 2021). La cual, en un ejercicio de escrutinio estricto, se ha logrado establecer que debe entenderse como todas aquellas conductas orientadas a “cuestionar los hechos”, desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visibilizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género.

Aun cuando la doctrina de la perspectiva de género ha sido adoptada por una inmensa cantidad de autoridades en el tratamiento de las mujeres víctimas de violencia, lo cierto es que con dichas acepciones surgen también nuevas interrogantes de carácter jurídico y sociocultural, como las que tienen que ver con “el cuidado de la familia” y la diferencia marcada en la sociedad sobre el trato que se le da a las mujeres casadas a diferencia de las concubinas y de estas con quienes viven en unión libre. Así lo establece el jurista Joel Chirino (2018), pues manifiesta que “si bien es cierto que la tendencia de las reformas en materia de concubinato tiene como fin proteger a la parte débil de esa relación como es la concubina, dichas protecciones no requieren de esa tendencia de equiparación sin que con ello se afecte al matrimonio” (pp. 28).

Lo cual, bajo la perspectiva del de la voz, irroga un pensamiento socialmente discriminador, y de violencia de la comunidad y que encuentra su descripción en el artículo 16 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, es decir, el acto individual o colectivo que transgrede derechos fundamentales de las mujeres y propician su denigración, discriminación, marginación o exclusión en el ámbito público; sin embargo, el hecho de que se normalice la discriminación colectiva en función del estado civil indiscutiblemente transgrede a la esfera personal de la dignidad humana de las mujeres que se encuentran en los supuestos de concubinato declarado, expectativa de concubinato, unión libre y, lo especialmente importante para este escrito, el “concubinato” donde el concubinario está casado.

Si bien es cierto el artículo 778 del sustantivo del Estado establece que:

“se entiende por concubinato el estado por el cual un hombre y una mujer solteros viven como si fueran cónyuges, durante cinco años o más. Se considera también concubinato cuando transcurridos tres años de iniciada esa unión, hubieren procreado entre sí algún

hijo“.

Ello implica un requisito que constituye una restricción de los derechos humanos de igualdad, prohibición de la discriminación en función de estado civil, protección de la familia, cualquiera que sea su denominación y, desde luego, el de la progresividad, cuya idoneidad, proporcionalidad y pertinencia son los que deben ponerse a debate en la esfera pública y el espacio abierto de participación colectiva.

En conclusión, y tal como se señaló en la sentencia base de este ensayo, existe discriminación en función de estado civil basado en una categoría sospechosa, pues la estigmatización de la norma ha incidido en un panorama de desvalorización moral en contra de las mujeres, esto es, las cónyuges como mujeres integrantes de la familia del primer nivel, concubinas del segundo nivel y, por último, la incriminación de las personas que viven en unión libre.

En efecto, con exclusión de las relaciones de unión libre, los vínculos de concubinato son relaciones de hecho en las que: como discriminatoriamente refiere el Código Civil Estatal “viven como si fueran cónyuges” distinción particularmente útil para visibilizar la inconstitucionalidad de dicho precepto, pues el hecho de vivir bajo las mismas características que la institución jurídica del matrimonio con la única exclusión de la declaración civil de ninguna forma resta el valor que es innato de la mujer en cualquiera de los supuestos en que pueda encontrarse y la especial protección que merecen las relaciones de pareja donde se pondera la solidaridad y el respeto mutuo.

El artículo versa sobre la confrontación de derechos desde una perspectiva enteramente real en la que se prefiere a la mujer casada que a quien sostuvo la última relación de hecho con el varón, en el entendido claro de que, en ambos casos, con independencia del estado civil, se conformó una familia y esta debe ser protegida por el Estado en condiciones de igualdad, sin privilegiar a la mujer casada, en particular por los derechos alimenticios y sucesorios. Lo expuesto no son solo afirmaciones vacías, sino que su fundamento recae en una razón teleológica del artículo 38, fracción II, de la LGAMVLV,⁴ pues establece que una de las formas de atender, prevenir, sancionar y erradicar la violencia en función de género tiene que ver con transformar los modelos socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo programas y acciones de educación formales y no formales. Mientras que el diverso, 17, fracción I, de dicha ley establece que el Estado mexicano está obligado a la reeducación libre de estereotipos y la información de alerta sobre el estado de riesgo que enfrentan las mujeres en una sociedad desigual y discriminatoria.

4. Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

III. Del Derecho Humano a la Protección de la Familia a la Luz del Principio de Progresividad.

El derecho de protección a la familia garantizado por el artículo 4 constitucional, es solo una de las tantas abyecciones que establecen parámetros en materia de interpretaciones extensivas del concepto de familia. Por un lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia del 24 de febrero del 2012, del Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile se posicionó en el sentido que, el reconocimiento de la vida familiar irradia una obligación negativa a los Estados Parte de “protección” lo cual, a su vez, conduce que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse bajo la óptica de una injerencia arbitraria contra la vida privada (Corte IDH, 2012,). En consecuencia, el resultado conforme a la Convención al analizar el reconocimiento de una familia que debe imperar en el marco de un estado de derecho es aquel que considera la existencia de la convivencia, el contacto frecuente y la cercanía personal y afectiva (párr. 177).

Así lo estableció también, mediante una técnica evolutiva diversa en materia de protección de la familia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Schalk y Kopf vs Austria, en el sentido de que una pareja de personas que conviven en una sociedad de hecho, merece el mismo reconocimiento que las formas de conformación familiar tradicionales (T.E.D.H, 2010), sin perjuicio de estereotipos de género, estado civil, religión u algún otro similar (párr. 30). Interpretaciones ambas que, en opinión del que suscribe, son compatibles con el principio de progresividad, es decir, establecen criterios que ponderan un reconocimiento superior del principio de realidad social e imperativa de circunstancias de hecho sobre formalismos legales y que, no obstante, parecen no ser homogéneas con las condiciones establecidas por el legislador común de Jalisco en el reconocimiento del concubinato.

A) La protección Internacional de la Familia

El artículo 17 de la Convención Americana Sobre Derechos 21 Humanos, reconoce la importancia de la familia como el elemento natural y fundamental de cualquier sociedad Dicho precepto no incluye una definición homogénea de lo que deba entenderse por el concepto de familia, donde, según refiere atinadamente la jurista Ana Elena Badilla (1996), donde la ley no distingue, no cabe distinguir (pp. 109). En materia de tratados internacionales no es tan claro sentar las bases sobre el concepto de familia que, conforme al artículo 4º, debe ser constitucionalmente protegido, y se deja completamente a salvo el derecho de legislar a las naciones sobre regulaciones particulares, lo anterior sin detrimento de lo establecido en la convención. Es así como el legislador común de Jalisco tampoco definió, mediante bases sólidas, cuáles son los elementos mínimos indispensables exigidos por el orden jurídico para el legal reconocimiento de la familia sin que sea obstáculo que el artículo 259 de la codificación civil estatal, en su fracción VII, establezca que la familia constituye el medio natural para el desarrollo de las interrelaciones de responsabilidad y solidaridad humana.

B) Protección Constitucional de la Familia

En una interpretación judicial, la Primera Sala estableció que el reconocimiento del concubinato en el sistema jurídico mexicano también descansa en el derecho fundamental a la protección constitucional de la familia, pues, en su momento, el legislador buscó regular las relaciones de hecho que gozaban de la característica de ser estables y continuadas y que, en uso de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, decidieron no sujetarse al régimen matrimonial y que, aún sin ella, dicha unión de hecho constituye una familia en el más amplio sentido, lo cual incluye evitar injusticias o desprotección sobre aquellas personas que, si bien conforman una familia, no lo hacen de forma tradicional y que merecen la misma protección jurídica que el matrimonio.

En la sentencia del ADR 3727/2018, con base en el antecedente del relativo 597/2014, proveniente de la Primera Sala, se reconoció que tanto el concubinato como el matrimonio, son fuentes fundadoras de la familia, ello, aunado al desarrollo del concepto del libre desarrollo de la personalidad, las ha reconocido como instituciones verdaderamente equiparables, al entrañar la voluntad libre y personal de dos personas de unirse en una relación como parte de un proyecto de vida.⁵ En efecto, de la propia redacción del párrafo 43 de la sentencia, la norma y su estigmatización social establecen una distinción basada en una categoría sospechosa que resulta discriminatoria y, por su parte, una violación de los derechos fundamentales de igualdad, protección de la familia, libre desarrollo de la personalidad, así como los derechos alimentarios y sucesorios que surgen del reconocimiento del concubinato.

Además de los argumentos que expone la Sala del Máximo Tribunal, la intención de dos personas de unir sus vidas en una relación de hecho, constituye una decisión que se funda en el libre desarrollo de la personalidad de las partes y la decisión de los contrayentes, voluntad que indudablemente debe prevalecer aun ante la ausencia de alguno de los concubinarios por fallecimiento, pues los derechos sucesorios tienen como finalidad no dejar en situación de desprotección a los familiares del difunto, a sus hijos, a sus padres y, en general, a las personas con quien el autor de la sucesión haya decidido compartir su proyecto de vida.

Finalmente, debe acotarse que la protección constitucional de la familia es un derecho social de la persona, ello no implica indefectiblemente que las uniones familiares no tengan derechos de carácter colectivo como institución jurídica o antropológica de cualquier sociedad (Chávez, 1984), de los que, por mencionar algunos, destaco el “derecho al ser”, es decir, el derecho de las familias a existir de forma que el Estado facilite las modalidades de acceso para el reconocimiento de las distintas formas de conformación, pues resulta por demás explorado que el matrimonio dejó de ser la única y principal fuente fundadora de familia, de ahí que las exigencias en materia de reconocimiento familiar vinculan al Estado a la adopción de medidas con las que las diversos tipos de composición familiar sean visibilizados.

5.

C) Escrutinio de Progresividad del Derecho de Protección Familiar

El amparo en revisión 3727/2018 fue objeto de la técnica interpretativa del escrutinio judicial estricto⁶ de la Primera Sala del máximo tribunal, al resolver sobre una restricción al derecho del libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho libre y personal a seleccionar el proyecto de vida de las personas. Ello no es un impedimento para que el debate democrático, y ante sala de las controversias de carácter constitucional sometidas a la potestad jurisdiccional federal, sea también objeto de escrutinio en el debate parlamentario y protegido, tutelado, garantizado y fomentado mediante las organizaciones protectoras de los derechos humanos, ello la luz de los principios que constriñen los derechos humanos, en particular el de progresividad y prohibición de regresividad.

Para la alta comisión protectora de los derechos fundamentales de la nación, el principio de progresividad implica “un proceso gradual para el pleno cumplimiento de los derechos” (CNDH, 2016) y lo que se reafirma por Abramovich (2002), cuando sostiene la dicotomía que irradia dicho principio desde la óptica de gradualidad y progreso (pp. 58). La primera trata de un proceso de tracto sucesivo y sistemático que no se detiene ni se logra de un momento a otro o por generación espontánea, sino que conlleva un procedimiento de reeducación y deconstrucción de las estructuras que puedan incidir potencialmente en el disfrute de los derechos. Además, el progreso patentiza la mejora.

En concreto, el principio constitucional de protección a la familia se trata de un derecho que podría categorizarse como una norma progresiva, es decir, que no se trate de una norma de exigibilidad inmediata porque requiere un tratamiento de mejora sucesiva y paulatina. Sin embargo, procurar el derecho del reconocimiento de concubinato sin establecer el requisito de “estar soltero” no solo implica el goce de aquella prerrogativa, sino que directamente repercute en el principio fundamental de igualdad, derecho que no puede definirse como norma no ejecutable, pues lo cierto es que el derecho a la igualdad es un derecho difuso y, si bien, no es absoluto, sí es de ejecución inmediata. En tal contexto, de conformidad con el artículo 133 constitucional, todas las autoridades, aun las no jurisdiccionales, tienen la obligación de arreglarse a la constitución, incluso frente a leyes que en apariencia sean contrarias a la ley suprema y el respeto a la igualdad en función del estado civil en relación con el derecho de protección constitucional a la familia debe ser una obligación autoejecutable y que se materialice en un solo acto o bien, de la forma más rápida posible, pues se advierte de la simple lectura de la ley tildada de violatoria de la igualdad formal, el artículo 778 del código civil es restrictivo en el reconocimiento del valor en un plano de equiparación y equivalencia entre el concubinato y el matrimonio sin establecer valores intrínsecos a la conformación tradicional de la familia, pues lo cierto es que, en la nueva realidad, el cambio y progreso social obligan a reconocer en un plano de igualdad a las familias que surgen de relaciones de hecho.

6. En la sentencia de amparo en revisión 3727/2018, la Primera Sala estableció que cuando una Ley establece una distinción basada en una categoría sospechosa, el Juzgador está obligado a realizar un escrutinio estricto a la luz de aquel principio.

IV. Examen de Proporcionalidad de la Restricción al Reconocimiento del Concubinato

El principio de proporcionalidad es una técnica interpretativa que tiene como fin supervisar la correcta puesta en práctica de los derechos fundamentales y que, en la práctica forense se le ha acuñado el término del “límite de límites” (Carbonell, 2006), indica que los derechos no siempre son absolutos y existirá la forma de limitar su pleno goce. Tal situación no puede dejarse simplemente al arbitrio de las autoridades, con independencia de su naturaleza material u orgánica, sino que dichas limitaciones deben descansar en un plano de proporcionalidad, ello implica la racionalidad, idoneidad y pertinencia.⁷

Este ensayo tiene como fin establecer la importancia de someter a la deliberación democrática y debate público el concepto legal y reconocimiento de los derechos de las mujeres, sucesorios y alimentarios, aun cuando la persona con la que se vivió se mantuviera casada. Lo cierto es que dicha deliberación ha derivado del criterio judicial, es por ello que debe examinarse la pertinencia de dichos parámetros para establecer si la Ley en cuestión supera o no el examen de proporcionalidad, el cual es una herramienta de la que se valen los juzgadores, pero también debe ser utilizada por los legisladores en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que el examen de proporcionalidad debe hacerse consistir en tres etapas metodológicas;

A) Primera Etapa del Test de Proporcionalidad

La Primera Sala estableció que, en un primer acercamiento, el juzgador debe identificar si “la medida legislativa persigue una **finalidad constitucionalmente válida**” (SCJN, 2016). En ese contexto, se aduce que la medida legislativa consistente en el artículo 778 del código civil de Jalisco, en particular la palabra “solteros” incumple con el fin constitucionalmente imperioso, pues la sentencia del ADR 3727/2018 estableció que el concubinato es un instrumento jurídico de reconocimiento de las relaciones de hecho sobre la base del derecho al libre desarrollo de la personalidad, al constituir una familia de forma distinta a la tradicional, para que así se obtenga el pleno reconocimiento del derecho de protección a la familia que consagra el artículo 4º constitucional a favor de los contrayentes. La medida cuestionada carece de proporcionalidad porque su fin no es constitucionalmente válido. Esto es, establecer protección familiar única o preponderantemente a las familias derivadas del matrimonio, lo cual excluye, si bien, no en su totalidad, pero sí de forma considerable a las familias que no se encuentran en ese supuesto, al constituir una distinción en función de estado civil, ello restringe el principio de igualdad y, por lo tanto, no pueda aducirse válidamente que persiga un fin imperioso.

7. En su libro “el principio de proporcionalidad”, Carbonell refiere que la idoneidad de la medida objeto del enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada implica que la actuación que afecte un derecho constitucional ha de mostrarse consistente con la finalidad con la cual se establece.

El derecho humano a la igualdad no solo se patentiza de forma compleja en el ámbito de las relaciones humanas, sino que la esencia de la igualdad en su carácter sustantivo remite al legislador a establecer un grado lineal de igualdad en la ley, es decir, dentro de ella, de manera que no exista lugar a discriminación alguna con su interpretación. De ahí que el solo hecho de que la norma establezca una distinción en función de estado civil para el reconocimiento del concubinato y sus derechos en relación con la mujer casada y no prevea de forma específica el vínculo jurídico que se genera en estas condiciones, dilucida su inconstitucionalidad.

B) Segunda Etapa del Test de Proporcionalidad

El segundo acercamiento de la evaluación de proporcionalidad tiene que ver con la idoneidad de la medida legislativa (SCJN, 2016). Esta condición implica que, una vez que se verificó si la norma persigue un fin constitucionalmente válido, dispone de una interrogante, esto es, cuestionar si de alguna manera, la configuración de la norma alcanza, en algún grado, los fines perseguidos por el legislador. Bajo ese contexto, la sentencia del ADR 3727/2018, el Máximo Tribunal consideró ocioso analizar a fondo si se cumplía o no el requisito de la idoneidad, pues dicho escrutinio otorgó, desde su primera etapa, la inconstitucionalidad de la Ley.

Sin embargo, para mayor claridad, debo mencionar que la ley en cuestión, como un esquema de estigmatización y categorización de las relaciones de pareja, en relación con los derechos que pueden estas adquirir como segunda y tercera categoría, tampoco es la vía idónea para alcanzar un fin “presuntamente válido” con la acotación puntual de que el fin es “presuntamente” porque, al no superar la primera etapa del test, evidentemente no tiene un fin inminentemente válido y de ahí que no pueda afirmarse que la norma de forma remota alcance el objetivo perseguido por el legislador. Por ello, no existe vínculo racional entre la intervención del derecho o bien, la limitación del goce del derecho de igualdad, protección a la familia y libre desarrollo de la personalidad de la “concubinaria”, debido a que la norma implica la negación a un derecho que deriva del uso connatural de las personas de su prerrogativa de libre proyecto de vida y constitución familiar, por ello que de ninguna forma la ley en estudio supera la segunda de las etapas del examen de proporcionalidad.

C) Tercera Etapa del Test de Proporcionalidad

Finalmente, el último de los exámenes por los que debe atravesar la norma para considerar que ha superado un test de proporcionalidad tiene que ver con el examen de la necesidad de la medida legislativa (SCJN, 2016). En ese contexto, la particularidad de la tercera etapa tiene que ver con que la norma en cuestión no limite, de manera innecesaria y desproporcionada, dicho derecho fundamental, esto es, la necesidad de la medida. En el caso que se plantea a debate público, es absolutamente cuestionable la limitación del derecho de la persona afectada por la restricción para el reconocimiento del concubinato, pues establecer que

ambas personas deben estar libres de matrimonio para que este se declare, conduce a pensar que el legislador buscó preferir a los matrimonios y familias tradicionales y discriminó las distintas formas de conformación familiar y que, por consecuencia, al ser totalmente soslayadas las personas afectadas que no se encuentran en el supuesto de la norma, no puede afirmarse de ningún modo que no existían alternativas menos nocivas para el establecimiento de las restricciones en cuestión.

V. Comentarios Finales y Conclusiones

Toda distinción que descansa en la ley, con base en una categoría sospechosa, cuyas disposiciones constituyan una restricción para el pleno goce y disfrute de derechos fundamentales, es contraria a la constitución general. Dicha afirmación descansa en un plano para muchos ilusorio o subjetivo; sin embargo, el amparo en revisión 3727/2018 de la Primera Sala, estableció que las distinciones entre mujeres basadas en una categoría sospechosa, como el estado civil, no tienen un fin constitucionalmente válido, no persiguen ni alcanzan un propósito imperioso ni son la medida más necesaria y menos lesiva en el alcance de la finalidad supuesta por el legislador. El Estado debe superar la idea obsoleta de las familias tradicionales conformadas preponderantemente por el matrimonio, pues los criterios internacionales, las distintas convenciones, la jurisprudencia y la propia constitución, también reconocen el grado de protección más amplio de las personas en su ámbito familiar, sea cual sea su fuente de creación, pues la existencia de esta no está supeditada a ninguna norma secundaria, ello implicaría una violación grave de los derechos del libre desarrollo de la personalidad e igualdad en su aspecto sustantivo.

La tarea de legislar y debatir no solo depende de la independencia constitucional no democrática que ejerce el máximo tribunal, sino que, como consecuencia de la sentencia del amparo en revisión y la generación de la tesis aislada 2022550 por la Primera Sala, es solo un primer acercamiento a permitir la idea de que, entre los requisitos del concubinato, el que consiste en estar libre de matrimonio, constituye un incumplimiento de la obligación negativa de “respeto” por parte de las autoridades. Ello debido a que la obligación de respeto implica el “abstenerse de actuar”, es decir, no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos tanto por la convención, como por la constitución (Ferrer Mac-Gregor, 2012). La expedición de una norma inconstitucional incumple con dicha obligación estatal, pero el hecho de que el órgano constitucional no se haya pronunciado sobre la invalidez total de la ley impugnada y el criterio establecido no implique la aplicación con efectos generales, de ninguna forma conduce a pensar que nada debe modificarse, pues el actuar omisivo del Legislativo frente a leyes inconstitucionales, la nula participación correctiva de las comisiones protectoras de derechos humanos, la incipiente interpretación constitucional de los juzgadores familiares y las ideas estigmatizadoras que se generan en la sociedad en perjuicio de las afectadas,

vienen a mantenerse en el sistema jurídico de forma irracional, aunque resulte obvio que no satisfacen necesidades cambiantes de goce y disfrute de derechos, por ello es imperativo que, como en su momento sucedió en los casos de prohibición absoluta de la marihuana, divorcio incausado, matrimonio homosexual, comaternidad, aborto y demás temas singularmente difíciles, se llenaron los medios de comunicación, abarcaron las comisiones parlamentarios del país, incidieron en el debate de las universidades y concluyeron, indudablemente, en la deliberación pública para resolver las insatisfacciones de las leyes sin que resulte imperioso que sea el órgano constitucional el que deba expulsar la norma del cuerpo de leyes que constituyen el derecho vigente.

A pesar de lo expuesto, el principio de democracia deliberativa implica que, por un lado, la ciudadanía sea la verdadera titular del poder democrático del Estado, pues la democracia se patentiza con la participación de un número suficiente de ciudadanos dispuestos a participar activamente en la formación de voluntad popular (Domínguez, 2013). Dicha deliberación implica la legitimidad como elemento intrínseco de la norma social, pues equivale a justificar que el interés de la participación está sostenido sobre la base del bien común. Se concluye que el alcance de la justiciabilidad de los derechos prestacionales, económicos, sociales, culturales y medio ambientales tiende a derivar de la participación colectiva en temas socialmente útiles, por ello las discusiones que subyacen del precedente judicial deban ser sometidas sin duda alguna a la discusión y debate constitucionalmente democrático.

Este ensayo debe servir para establecer la reestructuración de la Ley en el sentido que implique la expulsión, para el reconocimiento formal del vínculo jurídico, la obligación de permanecer soltero para el reconocimiento del concubinato y, en caso de existir confrontación de derechos entre la cónyuge y concubina, se elabore un examen de ponderación proporcional, donde ambas personas accedan a los derechos que hubieren sido generados por su participación en el proyecto de vida de la otra persona, pues dichos parámetros respetarían de forma válida el derecho al libre desarrollo de la personalidad, libre configuración de la familia y su protección constitucional, se buscaría un fin constitucionalmente válido, es decir, establecer que la confrontación de derechos se dé bajo un plano de igualdad sustantiva, se alcance en algún grado la protección del derecho en cuestión y, por último, la norma resulte necesaria y menos lesiva en perjuicio de las restringidas.

VI. Referencias bibliográficas

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, (2002). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales...* Madrid, España. Trotta.

Cadena Alcalá, Jesús Ángel, (2020). *Los derechos absolutos y su calidad de imponderable en el sistema jurídico mexicano*, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, fecha de consulta 14 de abril del 2021 en el sitio web

https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/los-derechos-absolutos-y-su-calidad-imponderable-en-el-sistema-juridico-mexicano#_ftn12

Carbonell, Miguel. (2008), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador.

Chávez Asencio, Manuel, (1984). *La familia en el derecho; derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, México, Porrúa.

Chirino, Joel (2017). Homenaje a Miguel Ángel Valencia y Zamora, Concubinato y Matrimonio, Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho UNAM, México.

Código Civil del Estado de Jalisco, decreto 15776, última reforma 2021, Congreso del Estado de Jalisco.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, (2016), los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. CENADEH. Primera edición, México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma 2021, Artículo 1 y 4, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Domínguez Héctor, (2013). Democracia Deliberativa en Jürgen Habermas. *Analecta poli*. Vol. 4, N°5. Colombia.

Instituto Nacional de Información Geográfica y Estadística, (2011). Panorama de violencia contra las mujeres en el Estado de Jalisco, (Archivo Pdf). http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/estudios/sociodemografico/mujeresrural/2011/jal/702825049942.pdf.

Época: Décima época, Registro 2019871, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de tesis: aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 66, mayo de 2019, Tomo III, página 2483, Materia Constitucional, Común, Civil, Tesis VII.2o.C.57 K (10a.), **“JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. FORMA EN LA QUE OPERA LA EXIGENCIA DE “CUESTIONAR LOS HECHOS”.**

Época: Décima época, Registro 2013156, Instancia: Primera Sala, Tipo de tesis: Constitucional aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, página 915 (10a.), **“TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”**.

Época: Décima época, Registro 2022550, Instancia: Primera Sala, Tipo de tesis: Constitucional civil, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 81, diciembre de 2020, Tomo I, página 351. Tipo: Aislada, **“CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MORELOS AL ESTABLECER COMO REQUISITO QUE AMBOS CONCUBINOS ESTÉN LIBRES DE MATRIMONIO PARA ACTUALIZARLO, RESULTA INCONSTITUCIONAL POR ESTABLECER UNA DISTINCIÓN BASADA EN CATEGORÍA SOSPECHOSA QUE NO SUPERA UN EXAMEN ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD”**.

Época: Décima época, Registro 2013143, Instancia: Primera Sala, Tipo de tesis: Constitucional aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, página 902. Tipo: Aislada, **“PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD”**.

Época: Décima época, Registro 2013152, Instancia: Primera Sala, Tipo de tesis: Constitucional aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, página 911. Tipo: Aislada, **“SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”**.

Época: Décima época, Registro 2013152, Instancia: Primera Sala, Tipo de tesis: Constitucional aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, página 914. Tipo: Aislada, **“TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”**.

Facio Montejo, A. (2008). El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. En A. Badilla, E. Bertino, A. Facio Montejo, C. Herrera, R. Jimenez, A. Morlachetti, V. Muñoz, O. Parra Vera, V. Rodriguez Recia, C. Urquilla Bonilla, R. Villanueva, S. Villarán y C. Zelada (Eds.), Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos de Sistema Interamericano. San José, Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Ferrer Mac-Gregor, (2012). La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, edición 2. Chile.

Instituto de Información Estadísticas y Geográficas del Estado de Jalisco, (2020). Principales características demográficas por municipio, https://iieg.gob.mx/ns/wp-content/uploads/2021/02/Tab_CensoCaracDemoJal2020-1.xlsx

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, última reforma 2015, artículo 16, 17, fracción I y 38 fracción II, consultada en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/209278/Ley_General_de_Acceso_de_las_Mujeres_a_una_Vida_Libre_de_Violencia.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala Min. Arturo Saldívar Lelo de Larrea, 04 de noviembre 2015, México.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 3727/2018, Primera Sala. Min. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, párrafo 38, 43, 04 de septiembre 2020, México.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 173/2012, Primera Sala. Min. José Ramón Cossío Díaz, párrafo 126, 06 de febrero 2013, México.

Secretaría de Igualdad Sustantiva Entre Hombres y Mujeres del Estado de Jalisco, Estudio de Incidencia de Violencia contra las mujeres en el Estado de Jalisco, diciembre del 2019, principales resultados, febrero 2021.

T. E.D.H., Caso Schalk y Kopf, supra nota 158, párr. 94 y Caso P.B. y J.S. Vs. Austria, (No. 18984/02), Sentencia de 22 de julio de 2010. Final. 22 de octubre de 2010.

Valls Ramón. (2015). *El concepto de dignidad humana*. Universidad de Barcelona. Revista de Bioética y Derecho. España.



Justicia Transicional ante la Guerra contra el Narcotráfico: Discusiones y Aportaciones desde la Experiencia en Latinoamérica

Transitional Justice in view of the War on Drug Trafficking: Discussions and Contributions from the Experience in Latin America.

Rafael Amézquita Castellanos¹

Sumario. I. Introducción. II. Justicia Transicional. III. Justicia Transicional en la experiencia latinoamericana. IV. Tipos de Transición: El Gran Dilema de la Justicia Transicional. V. Retos del Estado mexicano ante la Justicia Transicional. VI. A Manera de Conclusión.

Fecha de recepción: 27 de febrero del 2021

Fecha de aceptación: 19 de abril del 2021

Resumen

La justicia transicional, como herramienta para la solución de conflictos donde la institucionalidad ha sido superada, es un tema que levanta debates acalorados y genera múltiples posicionamientos. En el caso de México, la realidad es que el narcotráfico y la violencia constituyen elementos dominantes en la cotidianidad, que llevan a pensar en salidas diferentes al combate, el cual solo ha incrementado la violencia cada vez más. A lo largo del ensayo, se analizan diferentes discusiones que requieren ser resueltas para obtener transiciones exitosas, que preserven la paz, pero brinden condiciones de justicia a la sociedad.

Abstract:

Transitional justice, as a tool for the solution of conflicts where institutionalism has been overcome, is an issue that raises heated debates and generates multiple positions. In the case of Mexico, the reality is that drug trafficking and violence are dominant elements in everyday life, which lead to think of different ways out of combat, which has only increased violence more and more. Throughout the essay, different discussions are analyzed that need to be resolved in order to obtain successful transitions that preserve peace but provide conditions of justice to society.

1. Ganador del 3° lugar del Segundo Concurso Estatal de Ensayo "El paradigma de los derechos humanos en el siglo XXI" de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. Correo electrónico: rafael.amezquita.29@gmail.com

Palabras clave: Paz, justicia, reconciliación, narcotráfico, transición.

Keywords: *Peace, justice, reconciliation, drug trafficking, transition.*

I. Introducción

En los últimos años, México ha enfrentado una de las peores crisis de seguridad desde el inicio de su vida institucional. El combate al narcotráfico ha desencadenado una ola de violencia generalizada que se materializa en continuas violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad por parte de las organizaciones delictivas y del Estado mexicano.

Después de 14 años de la existencia de este conflicto armado interno, es claro que la estrategia de confrontación no solo ha resultado infructuosa, sino que ha sido contraproducente, pues la violencia y la inseguridad se han acrecentado año con año. Es necesario que se exploren otras posibilidades para generar condiciones pacíficas de vida y emprender un proceso de reconstrucción del tejido social. La justicia transicional (JT) ha sido uno de los mecanismos que mejores resultados ha dado en la solución de conflictos armados, se ha utilizado especialmente en América Latina, cristalizando experiencias enriquecedoras para otras partes del mundo.

Es preciso mencionar que este escrito no tiene por finalidad de ser un instructivo adjetivo de cómo llevar a cabo el proceso de justicia transicional. Sería imposible que en un ensayo se aborde un análisis holístico para tales fines, especialmente por factores como la complicidad entre cárteles de droga y autoridades o las condiciones fácticas del mundo del narcotráfico que son tan cambiantes. Lo que se busca es entablar una discusión acerca de los beneficios y perjuicios de un proceso de justicia transicional y de los retos que el Estado mexicano debe afrontar para que tenga éxito en su objetivo de pacificar el país, brindar justicia a las personas que han sido víctimas del conflicto y reconciliar a la sociedad mexicana. El análisis se realiza desde una óptica comparada sobre los aciertos y errores de los procesos de justicia transicional en América Latina.

II. Justicia Transicional

Los procesos de justicia transicional surgen como respuesta a los periodos históricos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos. De acuerdo con el Centro Internacional para la Justicia Transicional (2020), la justicia transicional “alude a las formas en que países que dejan atrás periodos de conflicto y represión utilizan para enfrentarse a violaciones de derechos humanos masivas o sistemáticas”. Buscan, generalmente, atender los reclamos de justicia para las víctimas, la consolidación de Estados democráticos de derecho y la reconciliación entre los diferentes sectores sociales.

En contraste con las concepciones generalizadas, la JT no solo responde a la democratización de un Estado, sino que es aplicable en conflictos que han sistematizado la violencia y generado traumas sociales. En otras palabras, la JT puede funcionar como solución ante problemas sociales que superen toda institucionalidad del Estado o donde los mecanismos de violencia son ejercidos por las instituciones gubernamentales. En algunos casos, incluso el conflicto ya no existe, sino que es la propia necesidad de justicia y de reconciliación lo que hace necesario este tipo de procesos. Un ejemplo es el caso de Chile, donde la dictadura militar terminó y dio lugar a uno de los Estados más sólidos del continente; sin embargo, las exigencias de justicia tanto a nivel interno como internacional ante los abusos militares han llevado al Estado chileno a implementar diversas medidas, desde la instauración de comisiones de la verdad hasta el proceso constituyente que actualmente vive.

Perseguir fines tan complejos como brindar justicia no es una tarea fácil, pues es un problema que se compone de al menos tres dimensiones que deben ser reconocidas y asumidas: dimensión legal, dimensión ética y dimensión política (Méndez, J. E., 1997).

Al respecto, Ferrajoli (2017) aporta un análisis bastante completo sobre la justicia transicional:

si aceptamos lo dicho hasta ahora sobre la paz como valor político supremo, prejudicial a cualquier otro, en un tipo de justicia dirigida a una obvia finalidad: el cese de la guerra interna y la pacificación entre todos los diferentes combatientes, sobre la base de una efectiva reconciliación nacional que no deje sobre el terreno odios, rencores, sentido de la injusticia padecida, deseos de venganza y por tanto el peligro de una reapertura de la guerra. [...] Es evidente que este tipo de justicia alternativa, que tiene como fin la transición a la paz, no puede ser, como ya he dicho, la justicia ordinaria (p. 149).

El papel de la pacificación como elemento axiológico supremo de todo el proceso es el pilar en las discusiones acerca de este tema, una imperiosa confrontación entre la urgencia del presente por evitar más muertes e injusticia y la evidente necesidad de restaurar las condiciones de aquellas personas que no gozaron del derecho a vivir en paz. Destaca el carácter de extraordinario que le otorga a la JT en suplencia a la ineficacia de la justicia ordinaria, pues no resuelve el problema ni establece condiciones óptimas para el establecimiento de la paz. La JT tiene lugar en toda aquella situación donde las circunstancias han superado a la civilización y al orden, por lo que se implementan acuerdos fuera de lo establecido, con la intención de generar espacios donde no existan agravios como elemento sistemático de la vida cotidiana.

Las diferentes condiciones en que se desarrollan los conflictos en los países exigen que los procesos de JT sean adecuados a las necesidades de sus dimensiones jurídicas, políticas y éticas. La diversidad de procesos y sus diferentes adecuaciones han traído, lógicamente, una variedad de resultados, donde unos

son más satisfactorios que otros (Uprimny, s/f). Así es como existe, por un lado, el caso de Argentina, donde se han logrado esfuerzos de verdad y memoria para las víctimas de la última dictadura militar, pero también ha sido uno de los procesos donde se han entablado mayor número de sentencias contra responsables de crímenes de lesa humanidad (Guembe, 2006). Caso contrario, está España, donde las condiciones políticas y jurídicas no han permitido ningún tipo de esfuerzo por reivindicar la memoria de las víctimas del franquismo, basando su reconciliación en el olvido.

Diferentes autores han hecho esfuerzos por estandarizar los elementos imprescindibles para tener procesos de JT integrales y funcionales. Uno de los referentes más destacados es Juan Méndez (1997), quien propone que los Estados tienen, al menos, cuatro obligaciones; investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores, revelar a las víctimas, sus familiares y a la sociedad entera todo lo que pueda ser esclarecido sobre los hechos del conflicto, ofrecer a las víctimas las reparaciones debidas y separar a actores violentos de cualquier posición de autoridad. Aunque reconoce que, en muchos casos, la obligación número uno es imposible de satisfacer por las amnistías que se pactan para realizar la transición, aclara que el resto son imprescindibles para generar un genuino Estado de derecho.

Sin embargo, la JT es una de las ramas de la ciencia jurídica que se ha desarrollado con la práctica, de manera que, en cada caso, las necesidades han llevado a la omisión de obligaciones o al reconocimiento de otras nuevas. Lo anterior por las limitaciones o posibilidades que el sistema jurídico impone, los poderes facticos que intervienen en las negociaciones o por la pluralidad de juicios éticos que los actores pueden tener sobre lo que propone la teoría.

III. Justicia Transicional en la experiencia latinoamericana

La JT no solo ha sido la estrategia más usada para resolver conflictos de violencia en Latinoamérica, sino que es en esta región donde se ha logrado materializar la mayor variedad de mecanismos posibles de reparación y justicia (CIJT, 2009), al proporcionar material de estudio variado que sirve como referente en muchas otras partes del mundo.

Sin embargo, los conflictos latinoamericanos que han recurrido a la JT no han tenido la misma naturaleza, sino que se han dado en diferentes contextos y han sido motivados por diferentes causas. En un primer momento, se pueden dividir en dos tipos de conflicto, los que se califican como terrorismo de Estado -Argentina, Chile, Uruguay- y aquellos que enfrentaron un conflicto armado interno -Perú, Colombia, Guatemala y El Salvador-. Si bien en la primera categoría también existieron enfrentamientos, el mayor conflicto surge a partir de las estrategias de las dictaduras militares por mantener el control, basadas en el asesinato, desaparición, tortura y exilio de opositores. Por otro lado, la segunda categoría de conflictos responde a aquellos que se dieron a partir de la disputa

de grupos armados ilegales por la defensa de intereses políticos, económicos o ideológicos (Galvis Patiño, 2010).

Bajo esta caracterización, México pertenece a la segunda categoría, pues la violencia surge a partir de los enfrentamientos entre el Estado y los cárteles en la lucha contra las drogas, así como entre los propios enfrentamientos entre estos últimos. Simultáneamente, México presenta algunas diferencias importantes sobre los países centroamericanos, pues las violaciones de derechos humanos en el país son cometidas tanto por agentes estatales como por organizaciones criminales, mientras que en Guatemala y el Salvador más de 90 por ciento de las agresiones fueron cometidas por las fuerzas armadas (Valencia, 2007).

El conflicto del narcotráfico en México es más similar a los casos de Colombia y Perú. Particularmente el problema colombiano tiene un contexto similar al mexicano, donde el narcotráfico y la guerrilla se enfrentan al Estado. En ambos países, a pesar del combate bélico, existen factores como el abandono institucional, la corrupción y la impunidad que solo han prolongado el enfrentamiento, dejando a la población en un estado de indefensa y orillándola a crear sus propios mecanismos de protección, que en México se denominan autodefensas, mientras que en Colombia les llamaron grupos paramilitares (Zanatta, 2012). Con Perú hay semejanzas sobre la forma de operar de las organizaciones ilícitas (Rivera Paz, 2010), particularmente con Sendero Luminoso (organización terrorista de alineación ideológica comunista-maoísta), pues el conflicto tiene presencia tanto en las zonas rurales como urbanas con miembros que no se encuentran ni uniformados ni en campamentos -como la guerrilla en Colombia- lo que abre la posibilidad de diluirse entre la población civil, las constantes masacres, secuestros y abusos sexuales, así como las demostraciones de poder basadas en la violencia y brutalidad sanguinaria.

A pesar de las diferencias de conflictos, los países del cono sur que se enfrentaron al terrorismo de Estado también serán casos comparativos a lo largo del ensayo. Ello derivado de los resultados que en varias perspectivas son sorprendentes en materia de memoria y justicia. De la misma manera en que han sido los mejores países en la consolidación de Estados democráticos de derecho.

IV. Tipos de transición: el gran dilema de la justicia transicional

Al hablar de JT se hacen presentes tensiones entre dos elementos esenciales que se persiguen; paz y justicia (Orozco, 2005). Aunque en líneas discursivas, ambas son sumamente compatibles, en la realidad es muy complejo llevarlas de la mano por la naturaleza conflictiva del contexto. En otras palabras, para satisfacer las necesidades de paz en un Estado y entablar un acuerdo de transición, en muchas ocasiones se requieren medidas que dificulten las posibilidades de justicia y se abre un margen de indultos. Lo anterior es necesario analizarlo directamente, llegando más allá de los juicios éticos, ningún actor armado va a ceder a un pacto de paz

que no sea atractivo para él y menos si el pacto en cuestión le requiere enfrentar la justicia por los crímenes cometidos (Uprimny, s/f). En muchas ocasiones es necesario que se ofrezcan mecanismos de perdón o amnistía, que mantienen, lógicamente, en una posición de inconformidad a las personas víctimas del conflicto.

Lo anterior resulta problemático, pues, en contextos como el mexicano, es urgente que las condiciones de violencia tengan fin lo antes posible para la protección de la población. Es necesario hacer sacrificios ponderativos donde se brinden facilidades a los actores del conflicto a cambio de la llegada de la paz. Por otro lado, realizar una transición que no brinde un lugar adecuado a la justicia lleva a la inconformidad y resentimiento social y hacen imposible que exista reconciliación entre la población (Guzmán, et al, 2010). Por ejemplo, al finalizar la última dictadura militar argentina (Barbutto, 2010), el presidente Alfonsín empleó medidas de justicia rígidas, pero las fuerzas armadas, con el riesgo de dar un golpe de Estado, lograron que el gobierno argentino promulgara las leyes de punto final y obediencia debida, consiguiendo condiciones de impunidad (por unos años). Caso contrario está Chile, donde el cambio democrático pactó inmunidad militar y la petrificación del sistema jurídico y económico impuesto (Feddersen, 2010), incluso Pinochet fue nombrado senador vitalicio, pero las exigencias de justicia han imposibilitado la reconciliación entre el Estado y la ciudadanía, ello motivó el colapso del sistema político en 2019 y la apertura de un proceso constituyente.

Es necesario que cualquier proceso de JT que se instaure en México entienda ambas realidades, la primera es que, muy seguramente, no será posible entablar procesos de justicia tradicionales a los casos de crímenes de lesa humanidad y la segunda es que cualquier perdón que se otorgue debe estar justificado, al ser la única medida para alcanzar la paz, también debe ser proporcional a los crímenes en cuestión, al nivel jerárquico de mando, así como a la disposición del inculpado a colaborar en la construcción de la verdad y la reparación de las víctimas (Uprimny, s/f). La primera realidad es necesaria para que el acuerdo sea probable y la segunda es para que todo el proceso tenga éxito.

La experiencia internacional brinda una gama amplia de ponderaciones de justicia y paz, cuyo estudio otorga orientaciones en su posible adecuación al contexto mexicano. Mientras se hacen análisis comparativos, es importante recordar las particularidades del derecho internacional aplicable actualmente en México, pues en países como Chile, Argentina o Perú, durante sus conflictos, existía un mayor margen de discrecionalidad y adecuación de mecanismos de JT, derivado de la ausencia de compromisos internacionales en derechos humanos como la integración del Sistema Interamericano de Derechos Humanos o la competencia de la Corte Penal Internacional. Bajo esa lógica, cualquier proceso de JT implementado en México que se sustente de experiencias latinoamericanas debe cumplir los estándares internacionales (Uprimny, s/f).

Dentro la variedad de tipos de transición que se dieron en Latinoamérica hay uno que debe quedar descartado; los denominados “perdones amnésicos” (Simón, 2003). Se caracterizan por priorizar la paz y omitir la justicia, pues favorecen las negociaciones a través del olvido. Usualmente no se contemplan mecanismos genuinos de reparación, sino que pugnan por reconciliar a la ciudadanía y a las instituciones a través del paso del tiempo. Destaca el caso de Paraguay, cuya transición democrática se dio mediante la impunidad militar -igual que en Argentina, Chile y Uruguay-, pero dio paso a un monopolio político del partido conservador que no realizó ningún intento de justicia ante las violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. En el caso de México no puede ser una posibilidad derivado a los perjuicios que se presentarían eventualmente, pues no dar espacio para procesos de auténtica justicia, cuya demanda tiene sustentos éticos, mantienen en la población una sensación de impunidad que deslegitima a las instituciones del Estado y mantiene resentimientos entre las víctimas.

Es de justicia reconocer que, en algunas ocasiones, como en España, al morir Franco, los perdones amnésicos tienen cierto éxito político (Uprimny, s/f), aunque omitan las exigencias éticas, pero, en el caso mexicano, el olvido es difícilmente viable por los compromisos jurídicos que México tiene ante la comunidad internacional. Esto quiere decir que el Estado tiene la responsabilidad de satisfacer las necesidades de justicia para las víctimas y reparar el daño, donde el olvido es una estrategia revictimizante y contraria a la tendencia internacional. Ello no solo implica que seguramente se deberá hacer frente a las presiones internacionales para abrir procesos de justicia, sino que también existen organismos internacionales vinculantes que pueden impartir justicia para las víctimas ignoradas por el Estado mexicano, como la Corte Penal Internacional o la Corte IDH.

El problema de violencia en México requiere ser resuelto mediante procedimiento que de satisfacción a las exigencias jurídicas de la comunidad internacional y a las demandas éticas y políticas de la población, de manera que las medidas de JT busquen la mayor cantidad de procesos judiciales. Sin embargo, difícilmente aquellos actores que se encuentran armados, aceptarán una negociación que les perjudique directamente en sus intereses, de manera que una estrategia de perdones “punitivos” tampoco es viable, pues se requiere que el Estado triunfe de forma definitiva militarmente sobre las organizaciones criminales (lo cual, al analizar los 14 años de guerra se puede afirmar que no es posible)² y después, que las fuerzas armadas estén dispuestas a ser sometidas a investigaciones y procesamientos por los crímenes cometidos, factor que la experiencia internacional en casos como Uruguay o Chile, incluso experiencias internas como el caso Cienfuegos,³ dicen que es sumamente complejo. Un tercer factor es que las violaciones de derechos humanos han sido masivas y sistemáticas, juzgar cada uno de los casos sería una labor titánica que requiere un desarrollo institucional del que México carece.

2. Ver: Rosen, J.D. y Zapeda Martinez, R. (2015). La guerra contra el narcotráfico en México: Una guerra perdida. Reflexiones, Universidad de Costa Rica, 94(1), 153-158. <https://www.redalyc.org/pdf/729/72941346011.pdf>
3. Ver: Infobae. (19 de enero de 2020). La escandalosa exoneración de Cienfuegos muestra que el poder civil está sometido al poder militar: General Gallardo. <https://www.infobae.com/america/mexico/2021/01/19/la-escandalosa-exoneracion-de-cienfuegos-muestra-que-el-poder-civil-esta-sometido-al-militar-general-gallardo/>

Queda claro que la escala de justicia, que en un extremo tiene el olvido y en otros a los protocolos de justicia institucionales, debe ser aplicada en sus matices, con una tendencia hacia la justicia, en tanto se mantengan las condiciones de paz. Al respecto, Suramérica brinda dos tipos de procesos matizados de la escala; perdones compensadores y perdones compensatorios (Uprimny, s/f). Los primeros han sido desarrollados para resolver el problema de guerrillas en Centroamérica, para ser precisos, en Guatemala y El Salvador, así como en Colombia. Se caracterizan por la implementación de medidas de reparación de daños, consolidación de la verdad y fortalecimiento de la memoria, mediante la renuncia de entablar causas penales. Sin embargo, son ampliamente criticados por grandes sectores académicos (Leonardo, 2010), por omitir los procedimientos de justicia que deberían enfrentar los criminales y se deja una deuda pendiente con las víctimas directas del conflicto y sus familiares. En la práctica, este modelo de JT, tanto para El Salvador como para Guatemala resultó exitoso de tal forma que se logró dar fin al conflicto armado interno en ambos países, pero es preciso analizar el problema en cuestión, pues, a diferencia de México, se habla de una lucha ideológica entre dos bandos definidos y las fuerzas subversivas se encontraban en una amplia disposición de negociar con la condición de involucrarse en la política de forma lícita (Galvis Patiño, 2010). En México, la contienda es multilateral (entre el Estado y los múltiples carteles) y motivado por intereses económicos. Establecer amnistías generales no solo vulnera el derecho de las víctimas a recibir justicia, sino que produce un contexto donde criminales involucrados en el tráfico de drogas mantienen los incentivos económicos para reincidir y reproducir el enfrentamiento mediante las mismas dinámicas delictivas, o incluso otras aún más nocivas, como secuestro o extorsión.

La realidad es que cualquier modelo de JT implementado en México precisa asumir sacrificios en materia de justicia y, paradójicamente, requiere que existan medidas que satisfagan las exigencias de justicia y que solucionen genuinamente el problema de manera que no se repita eventualmente. Por lo que queda un solo modelo ideal, denominado “perdones responsabilizantes” (Uprimny, s/f), donde se hacen licencias en términos jurídicos para dar lugar a un contexto de paz, pero sin olvidar la necesidad de justicia de las víctimas y sus familiares. Ha sido implementado en países como Argentina, Chile y Perú, de manera que se abren procesos judiciales contra las y los responsables de crímenes de lesa humanidad, se busca consolidar la verdad y preservar la memoria, pero existen algunas amnistías individualizadas de forma estratégica que son esenciales para preservar la paz.

Desde este escrito, se cree que este modelo resulta el más adecuado ante los compromisos internacionales del Estado mexicano, en un contexto de mayores posibilidades políticas de entablar un acuerdo, así como la satisfacción de justicia para la sociedad. No es lícito omitir que, en casos de amnistías, los criterios mencionados sean tomados en cuenta, evaluando proporcionalmente las responsabilidades de las personas procesadas y contar con su colaboración en el

esclarecimiento de los hechos y la reparación del daño. Existe un último criterio (posiblemente el más importante): que los indultos otorgados no constituyan un riesgo para la sociedad en temas de reincidencia.

Una de las mayores aportaciones al respecto es Argentina (Barbutto, 2010), donde se impuso una pena a los máximos grados militares de la dictadura y, simultáneamente, a propósito, o no, se otorgaron amnistías aplicables solo en el proceso de transición, por lo que después de muchos años se ha procesado a muchos militares que en su momento gozaron de impunidad. Al mismo tiempo, la responsabilidad de reparar el daño no es negociable, por lo que se deben generar políticas que pugnen por indemnizar, encontrar desaparecidos y esclarecer la verdad, aun cuando los responsables hayan sido indultados.

Se puede concluir que el contexto mexicano tiene exigencias propias que dificultan que exista un proceso bien definido; una transición que goza de paz y margen de negociación, pero pugna por impartir justicia es el más adecuado. Sin embargo, es crucial que durante todo el procedimiento se permita el debate y se escuche a los múltiples sectores sociales, donde se validen las inevitables críticas y se socialicen las decisiones, pues el consenso social es indispensable para que exista reconciliación.

V. Retos del Estado Mexicano ante la Justicia Transicional

Además del complejo dilema que implican las necesarias valoraciones entre brindar un panorama pacífico y lograr acuerdos que sean aceptados por todas las partes involucradas, la realidad es que la JT trae consigo un conjunto de discusiones que son clave para obtener resultados exitosos del proceso. Más allá de las causas penales que se entablen, la reconciliación de una sociedad requiere de un conjunto de medidas que subsanen los daños causados por el conflicto (Martín Beristain, 2011) y que logren reconstruir el tejido social de tal forma que las comunidades conozcan y reconozcan un nuevo contexto político y social donde prevalezca el Estado constitucional y democrático de derecho. En ese sentido, a continuación, presentaré puntos que tanto la historia como la academia han señalado con énfasis para que los objetivos de la JT se cumplan. Se aclara que es un conjunto explicativo y enunciativo, pero no limitativo, donde queda abierta la posibilidad de que existan muchos puntos por resolver, especialmente cuando se recuerda que el conflicto mexicano es único en su tipo y las características de este lleva a plantear soluciones dinámicas y adaptables.

a. Reconocimiento Adecuado de Víctimas

Una de las definiciones más acertadas sobre el concepto de víctima, posiblemente sea la que ofrece las Naciones Unidas (1985):

Toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus

derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario (p. 1).

Sin embargo, como se ha mencionado en muchas ocasiones, las condiciones políticas en los escenarios postconflictos buscan que el reconocimiento de las víctimas no sea pleno por los perjuicios a los intereses de los actores. Dos de los casos más graves se encuentran en Suramérica, primero en el Perú, donde la Comisión de la Verdad y Reconciliación adjudicó una gran mayoría de los crímenes cometidos por militares a las organizaciones terroristas (Rendón, 2019), simultáneamente, desconoció las agresiones de índole sexual (particularmente contra mujeres) como sucesos relacionados al conflicto (Amés Cobián y Reátegui, 2011). Colombia, a través de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2005) estableció que se considerarían como víctimas a todas las personas violentadas por cualquier organización, excepto por las fuerzas estatales. Ambas decisiones han sido sumamente perjudiciales no solo en términos éticos, sino en los resultados del proceso de JT. No puede existir un contexto de reconciliación postconflicto cuando a las víctimas se les niega la posibilidad de ser reconocidas como tales, pues entonces se somete la dignidad humana de las personas a un segundo atentado cometido por aquellos entes institucionales que buscan generar un contexto de respeto de los derechos humanos, al menos de forma discursiva.

El reconocimiento de víctimas tanto en el contexto mexicano como en otros países no se debe mermar por los intereses políticos del conflicto. Es preciso realizar un análisis profundo sobre las formas en que los derechos humanos de la población se han violado de forma sistemática. Como referentes positivos, la experiencia argentina aportó el reconocimiento pleno de las víctimas no solo a las y los individuos desaparecidos, asesinados o torturados, sino que extendió la categoría de víctima a sus familiares (Barbutto, 2010). Por otro lado, El Salvador propuso un modelo holístico de reconocimiento de víctimas a través de las diferentes dimensiones donde el conflicto trajo perjuicios, de manera que tienen categoría de víctimas a las personas desplazadas, relegadas políticamente, asesinadas, desaparecidas, torturadas, agredidas sexualmente, etcétera (Cuellar, 2010). De ambas experiencias, se rescata la necesidad de explorar a profundidad los efectos multilaterales que la guerra contra el narcotráfico ha traído y, simultáneamente, reconocer los perjuicios no solo para las víctimas, sino para lo que en México se conoce como ofendidos, así como a las personas que han recibido afectaciones en el acceso a sus derechos por los crímenes en cuestión, como la familia. Por ejemplo, en el contexto mexicano es lógico reconocer como víctimas a las personas secuestradas, desaparecidas y asesinadas, pero también las persecuciones a las y los activistas, opositores, periodistas, desplazados y campesinos que se encuentran condiciones de vulnerabilidad ante las organizaciones delictivas, así como a las personas y comunidades involucradas y cuya calidad de vida se ha visto disminuida por el conflicto.

b. Reparaciones

El reconocimiento de víctimas, si bien constituye una medida restaurativa que dignifica a la persona, por sí solo resulta insuficiente. Las violaciones de derechos humanos, particularmente en contextos de violencia generalizada, provocan daños multidimensionales en las víctimas, y colocan al Estado en una posición de responsable ante la obligación ética, jurídica y política de reparar los agravios causados. Sin embargo, no es una tarea sencilla, especialmente cuando se habla de periodos que se caracterizan por las violaciones sistemáticas de derechos humanos, pues el Estado, que posee recursos económicos e institucionales limitados, mantiene una responsabilidad ante cantidades exorbitantes de personas.

Ante tal problema, los Estados suramericanos que enfrentaron dictaduras militares en el contexto de guerra fría -Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay- han optado por hacer frente a su responsabilidad a través de la judicialización de los casos. De manera que las reparaciones obtenidas, en la mayoría de las ocasiones, responde a procesos particulares con medidas individualizadas que pretenden ser integrales. Sin embargo, en la práctica ha resultado problemático este sistema, pues condicionar las reparaciones a enfrentar un proceso penal resulta revictimizante para muchas personas por la falta de confianza en las instituciones; asimismo, es inaccesible para muchos sectores poblacionales por factores económicos y sociales como transporte o financiamiento de asesoría legal e incluso es logísticamente imposible para atender los miles de casos de forma oportuna, justa y rápida, por lo que la justicia y reparación solo llega de forma excepcional⁴ (Feddersen, 2010). Si los países suramericanos enfrentaron estas dificultades, cuyas violaciones son estadísticamente menores a comparación del conflicto mexicano, el modelo de reparaciones individualizadas y judicializadas no es una opción factible para México. Para dimensionar la escala de violencia en contraste con los crímenes de los regímenes militares, solamente en Jalisco existen tres veces más desapariciones de las registradas en los 17 años de la dictadura pinochetista (El Occidental, 2020).

La masividad de violaciones que imposibilita reparaciones individualizadas es un problema al que también se enfrentó la transición guatemalteca. En respuesta, se implementaron políticas públicas de reparación colectiva, de manera que las intervenciones de restauración tenían impactos en las comunidades más afectadas, indígenas, principalmente, con el fin de promover la reconciliación nacional. Dignificación de los territorios, acercamiento de las instituciones a las comunidades, así como la accesibilidad de servicios y fortalecimiento de la memoria colectiva han sido principalmente las medidas implementadas (Leonardo, 2010). Sin embargo, el modelo colectivo de reparación tiene deficiencias. Aunque la cantidad de personas que encuentran mejoras y restitución del respeto a su dignidad humana es mucho mayor, las formas de reparación no permiten que las víctimas directas de crímenes de lesa humanidad tengan acceso a una restitución adecuada.

4. No es lícito omitir que Argentina es un caso ejemplar que se salva de la descripción planteada. La impartición de justicia condenas penales, e incluso, localización de víctimas de desaparición y de los bebés robados han sido una constante histórica. En gran medida, es consecuencia de la fortaleza institucional de la goza el sistema político argentino.

Ante tal disyuntiva, es necesario aclarar que es imperativo para el Estado mexicano que las formas de reparación sean específicas. Incluso sin antecedentes latinoamericanos (que constituye una deficiencia en los procesos de la región), las reparaciones deben contar con una perspectiva interseccional, donde se identifiquen óptimamente las necesidades de las víctimas en razón de género, edad, raza, etnia, orientaciones sexuales, etcétera. Para satisfacer dichos estándares, es indispensable que se cuenten con mecanismos individualizados, aun con los problemas que se susciten, y se opte por diseños institucionales que se adapten a las complejas realidades de las víctimas, y se conviertan los trámites en flexibles y accesibles.

Sin embargo, también es preciso un sistema de reparación paralelo que subsidie las deficiencias de los mecanismos individuales, para que resarcir el daño no sea un evento extraordinario y genuinamente las poblaciones perciban los daños como conclusos y existan condiciones para reconstruir el tejido social. Por lo tanto, el sistema de reparación paralelo debe ser colectivo, que atienda las comunidades que históricamente han sido más afectadas por el narcotráfico, como Michoacán o Chihuahua (Rosen y Zepeda, 2015). Sin embargo, también se deben preparar las políticas públicas en atención a las condiciones de las comunidades en cuestión, donde se identifiquen las diferencias de contextos. Primero deben diferenciar entre las maneras en que la guerra contra el narcotráfico afectó a las poblaciones, pues afortunada o desafortunadamente, ciudades como Mérida han sufrido agresiones menos violentas a comparación de localidades como Apatzingán. Simultáneamente, las políticas deben atender las características de los lugares donde se implementarán, pues los poblados de campesinos que cultivan la amapola en Guerrero no requieren las mismas reparaciones que las y los habitantes de ciudades como Reynosa o Ciudad Juárez.

c. Un nuevo comienzo: Renovación Institucional

Al hablar de JT no solo se requiere un alto al conflicto armado y la pacificación del país, sino que también es preciso que el futuro social y político esté caracterizado por la presencia del Estado constitucional y democrático de derecho (Ibarra, 2016). Esto, particularmente en los conflictos donde el Estado participó como agresor, exige que se instaure un proceso de evolución institucional. Lo anterior es consecuencia de las acciones deficientes y la incapacidad que demostró el Estado para garantizar los derechos humanos y la funcionalidad de sus instituciones. Simultáneamente, es una forma de propiciar un ambiente de reconciliación entre la población y las instituciones, pues los cambios institucionales buscan la erradicación de malas prácticas y la disposición de cumplir satisfactoriamente sus funciones, restaurando su legitimidad. La prolongación de las mismas instituciones y sus mismos funcionamientos lleva a efectos simulados de reconciliación, pues la realidad pública es la misma que durante el conflicto. Perpetuar instituciones ha sido tan perjudicial que incluso en Colombia se dice ampliamente que se vive un proceso de JT sin transición alguna (Guzmán, *et al*, 2010).

En el contexto mexicano, la renovación de instituciones no es la excepción, particularmente porque gran parte del conflicto surge del deterioro institucional en todos los niveles de gobierno, provocado por la corrupción, la deficiencia en el cumplimiento de funciones y la falta de herramientas jurídicas para actuar eficazmente (Romo, 2020). Aun cuando no hay un debate entre posicionamiento, pues discursivamente, tanto en Latinoamérica como en México, se coincide en propiciar la renovación institucional, la realidad es que las renovaciones institucionales tienden a ser procesos simulados. El caso de Colombia es claro, ni siquiera la Ley de Justicia y Paz (2005) reconoce a las víctimas de crímenes realizados por fuerzas estatales, por otro lado, se encuentra Chile, cuya rigidez institucional, que prácticamente fue petrificada desde antes del regreso de la democracia, motivó una crisis política y económica sin precedentes que ha traído una renovación radical a través de un proceso constituyente. Ante ese panorama, debe hacerse especial énfasis en que se deben repensar los diseños institucionales en materia de seguridad, defensa, investigación e impartición de justicia. El nuevo funcionamiento estatal debe caracterizarse por la optimización de procesos y la eficacia en resultados que prevengan, investiguen, sancionen y reparen violaciones de derechos humanos.

La tarea es difícil, pues el conflicto no es derivado por la ausencia de un sistema democrático como en el caso de las dictaduras militares del cono sur, que terminaron con transiciones pactadas, el combate a organizaciones terroristas como en el Perú, que finalizó con la derrota del régimen autoritario de Alberto Fujimori o las guerrillas centroamericanas que culminaron con la integración de las fuerzas revolucionarias al aparato político legal. Por el contrario, se necesitaría preservar ciertas estructuras jurídicas y prolongar el régimen democrático que ya existe en México para realizar la transición, así que es mucho más complicado identificar a los responsables de crímenes que actualmente ocupan espacios públicos y que buscarán esconderse dentro de las estructuras que se piensan mantener. Sin embargo, es crucial que las personas involucradas en el conflicto sean destituidas de cualquier posición de poder, aun en los escenarios donde se concedieron amnistías. Esto no solo es una estrategia que resulta positiva, sino que constituye una de las obligaciones no negociables de los Estados durante los procesos (Méndez, 1997).

Por otro lado, la creación de organismos que gocen de autonomía presupuestaria y política es esencial para una conducción institucional guiada por la función institucional y no por los poderes facticos. Al estudiar el funcionamiento institucional de los países postconflicto se encuentra que la reconciliación y la paz duradera es más visible cuando las instituciones están fortalecidas en democracias constitucionales sólidas, como en Argentina o Uruguay (Galvis, 2010). Caso contrario, cuando las instituciones no logran robustecerse y sustentarse bajo la lógica de límites al poder, los conflictos se mantienen y las crisis son constantes, como en Colombia o Perú.

d. Conocer para evitar repetir: Verdad y Memoria.

Ante el tema de la memoria y la construcción de la verdad, la realidad es que existe un discurso hegemónico poco controversial. Universalmente se coincide en la necesidad de conocer los hechos y de recordarlos constantemente no solo en Latinoamérica, sino en los procesos transicionales de países como Sudáfrica o los procesos de Europa del Este al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, la controversia surge en la práctica, cuando conocer la verdad implica responsabilizar, al menos en los imaginarios colectivos, a figuras que se encuentran en condiciones de poder. Ello lleva a que la construcción de la verdad y la memoria vaya encaminada a la adecuación de los hechos para satisfacer intereses determinados. Así es como en Chile, por ejemplo, Pinochet no solo consiguió inmunidad y ser nombrado senador vitalicio al dejar el poder, sino que durante muchos años logró dominar una versión de la historia que lo eximió de cualquier crimen, incluidas las violaciones de derechos humanos que fueron constantes y sistematizadas como política de Estado (Feddersen, 2010). Aun con su detención en Londres por el Estado español, a su liberación (producto de presiones diplomáticas), fue recibido con honores por las fuerzas armadas y nunca se consiguió que fuera apesado (Feddersen, 2010). Situaciones similares han ocurrido en Colombia con grupos de empresarios que financiaron fuerzas armadas ilegalmente, o en Perú con las negativas de Alberto Fujimori para reconocer su responsabilidad en crímenes de lesa humanidad.

El mecanismo de recuperación de la verdad que más resultados efectivos ha traído es la integración de comisiones autónomas con facultades extraordinarias para recabar información por parte de las víctimas, solicitudes vinculantes de información, desclasificación de documentos y contribuciones de las personas responsables de crímenes de lesa humanidad. Las comisiones de la verdad se caracterizan por no tener efectos jurisdiccionales, de manera que la información recabada, no puede ser usada para vincular a proceso a una persona. Tienen como función principal conocer y dar a conocer, de manera ordenada y sistemática, los hechos ocurridos en el conflicto. Su uso inició en Argentina, con resultados satisfactorios, en tanto la información de la comisión fue verificada durante los procesos judiciales a los que fueron sometidos los principales mandos militares de la dictadura (Barbutto, 2010).

Sin embargo, en un contexto donde los perfiles políticos de todos los niveles de gobierno están coludidos con el narcotráfico, o al menos, existen señalamientos y sospechas por parte de la cultura general, es lógico que la construcción de la verdad no se deje a cargo de personas que podrían tener incentivos para alterar el funcionamiento de la comisión. Sería oportuno contar con la participación de entes neutrales que ofrezcan cierta confianza en los procesos. Algunos de los organismos que cuentan con estas características pueden ser organizaciones supranacionales, como las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos, organismos no gubernamentales, como Amnistía Internacional, o

bien, la colaboración de grupos con experiencia, como la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas en la Argentina. La participación de instituciones externas no solamente brinda veracidad a los resultados del proceso, sino que constituye un espacio de seguridad para las víctimas y las comunidades, especialmente aquellas que durante muchos años han sido objeto de abusos tanto por las fuerzas estatales como por el narcotráfico.

Por otro lado, la memoria es una tarea constante en las discusiones públicas y en vida cotidiana de la ciudadanía. La principal función es la reivindicación individual y colectiva de quienes padecieron el conflicto (Pinacho, 2019). Al respecto, la realidad es que la memoria colectiva impide el olvido de los sucesos, aun cuando existen políticas gubernamentales orientadas a la evasión del conflicto, como sucede en España o Paraguay. Es necesario que se exijan narrativas oficiales e institucionales de respeto, conmemoración y particularmente de aprendizaje respecto a las conductas cívicas, éticas y políticas de la escena pública. Posiblemente, la responsabilidad última del Estado, al haber logrado pacificar una nación, es mantener la paz de forma duradera y prevenir desavenencias futuras que perturben el Estado de derecho y desprotejan una vez más a las personas.

VI. A manera de conclusión

El problema de la violencia, la inseguridad y el narcotráfico rebasó la capacidad gubernamental desde hace años. Sin embargo, el combate y la militarización del conflicto sigue siendo la estrategia central del Estado mexicano para resolverlo, aun cuando la evidencia demuestra resultados contraproducentes. Es una realidad que se deben repensar las dinámicas de seguridad y buscar la paz por otros medios, en este caso, al relacionar la posibilidad de los procesos de justicia transicional. A lo largo del ensayo se tocaron algunos de los tantos dilemas que surgen a través de esta concepción de justicia, caracterizada por la ponderación entre múltiples intereses, como mecanismo para encontrar contextos pacíficos y de respeto de los derechos humanos.

Es relevante rescatar que las experiencias pragmáticas de países en Latinoamérica dan pautas sumamente relevantes acerca de cómo han resultado las ponderaciones y, en muchos casos, demuestran cómo es que transiciones mal ponderadas pueden traer perjuicios con consecuencias en el futuro. Desde esta perspectiva, se rescata la precisión de hacer concesiones en aras de entablar un acuerdo de paz, pero dicho acuerdo necesita contemplar necesidades de justicia que permitan a las sociedades reconciliarse. Por lo que no es posible tomar posiciones que parecieran “moralinas” ante la exigencia de justicia ordinaria, pero tampoco es posible concebir transiciones hacia la paz desde la impunidad.

Independientemente de las ponderaciones que se realicen entre paz y justicia, existen muchísimos más elementos que el Estado se compromete a satisfacer ante las víctimas y la sociedad para dar abrir paso a la reconstrucción del tejido

social. Dichos compromisos surgen de la necesidad de reivindicar a las personas agraviadas en contextos donde las instituciones no pudieron proteger su dignidad humana. Las reivindicaciones requieren de voluntad política y de compromiso ético, encaminado a obtener resultados óptimos y facilitar la reconstrucción social.

Entre otras cosas, se requiere que, en las revisiones sobre lo sucedido, independientemente de las posibilidades de justicia que haya permitido la transición, se brinde reconocimiento adecuado y dignificante a las personas que resultaron victimizadas por el conflicto. Dicho reconocimiento debe ser entendido desde la concepción más amplia. Simultáneamente, que la categoría de víctima sea acompañada de reparaciones que rehabiliten las condiciones de vida ante los daños que causó el conflicto, que abra posibilidades de realidades nuevas, donde se coloque la maquinaria institucional a disposición de las necesidades de las personas y no al revés. Por otro lado, en el ensayo se discutió acerca de dos de los compromisos negociables que tendría el Estado: renovar las instituciones para que gocen de legitimidad y confianza en la ciudadanía, al implementar las medidas necesarias para que funcionen de forma idónea y, en segundo lugar, que se realice una revisión general del conflicto para conocer la verdad y que no sea olvidada.

Finalmente, es oportuno reconocer la importancia que tienen los aciertos y errores que los países latinoamericanos han tenido ante su evolución, pues la justicia transicional es una rama de la ciencia jurídica que se ha construido desde la práctica y cuyos resultados esperados solo se pueden obtener desde la observación. También se reconoce la necesidad de adaptar el procedimiento de transformación a las necesidades que exige el contexto mexicano para propiciar acuerdos de paz y beneficiar a la sociedad de la mejor forma posible ante la reconciliación. El proceso de justicia transicional debe ser consensuado, discutido y socializado, de lo contrario, podrá existir paz, pero no reconciliación.

VII. Referencias Bibliográficas

Amés, R. y Reátegui, F. (2011). El caso de Perú: itinerario y dificultades de una agenda transicional. *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Barahona, A. (2002). *Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur*. Las políticas hacia el pasado. Madrid, España: Istmo

Barbutto, V. (2010). Argentina. *Las Víctimas y la Justicia transicional: ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Fundación para el Debido Proceso Legal.

Centro Internacional para la Justicia Transicional. (17 de enero de 2021). *¿Qué es*

la Justicia Transicional?<https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

Centro Internacional para la Justicia Transicional. (19 de enero de 2021). *Justicia Transicional de América Latina: Enfrentando los dilemas del presente a partir de los legados del pasado*. <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-TransitionalJustice-in-Latin-America-2009-Spanish.pdf>

Cuellar, B. (2010). El Salvador. *Las Víctimas y la Justicia transicional: ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Fundación para el Debido Proceso Legal.

El Occidental. (28 de agosto de 2020). *Tres veces más desapariciones en Jalisco que en dictadura de Pinochet: Rubén Martín. 28 de enero de 2021*. <https://www.eloccidental.com.mx/local/tres-veces-mas-desapariciones-en-jalisco-que-en-dictadura-de-pinochet-ruben-martin-5685734.html>

Feddersen, M. (2010). Chile. *Las Víctimas y la Justicia transicional*. Fundación para el Debido Proceso Legal.

Ferrajoli, L. (2017). *La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*. Universidad de Roma, 2017.

Galvis M. C. (2010). Informa Comparativo. *Las Víctimas y la Justicia transicional: ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Fundación para el Debido Proceso Legal.

Guembe, M.J. (2006). Economic Reparations for Grave Human Rights Violations. The Argentinean Experience. *The Handbook of Reparations*. Oxford University Press.

Guzmán, D. E., Sánchez, N.C., Uprimny, R. (2010). Colombia. *Las Víctimas y la Justicia transicional: ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Fundación para el Debido Proceso Legal.

Ibarra Padilla, A. M. (2016). Justicia transicional: La relación Derecho-Poder en Momentos de Transición. *Revista de Derecho*, 45, pp. 237-261. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85144617010.pdf>

Leonardo, M. (2010). Guatemala. *Las Víctimas y la Justicia transicional: ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Fundación para el Debido Proceso Legal.

Ley 975 de 2005. Ley de Justicia y Paz. 25 de Julio de 2005. D. O. 45.980.

Martín Beristáin, Carlos. (2011). Verdad, Justicia y Reparación: Democracia y Derechos Humanos en América Latina. *Contribución de las políticas de*

verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Méndez, J. E. (1997). Accountability for Past Abuses. *The Johns Hopkins University, Human Rights Quarterly*, 19(2),255-282

Organización de las Naciones Unidas. (1985). *Resolución 40/24*. 16 de diciembre de 2005.

Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria*. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina. Bogotá, Universidad de los Andes, Temis.

Rosen, J. D. y Zepeda, R. (2015). La guerra contra el narcotráfico: una guerra perdida. *Reflexiones*, 94(1), pp. 153-168. <https://www.redalyc.org/pdf/729/72941346011.pdf>

Rendón, S. (2019). Capturing correctly: A reanalysis of the indirect capture-recapture methods in the Peruvian Truth and Reconciliation Commission. *Research & Politics*, 6(1)

Rivera, C. (2010). Perú. *Las Víctimas y la Justicia transicional: ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Fundación para el Debido Proceso Legal.

Romo, P. (09 de junio de 2020). *Enrique Alfaro pide a FGR atraer investigaciones por desaparición forzada en Jalisco*. El Economista.

Simon, J-M. (2003). *Responsabilidad criminal y reconciliación. El derecho penal frente a la violencia política masiva en Sudáfrica, Ruanda y El Salvador*, nota de investigación, ponencia presentada el 26 de agosto de 2003. México DF: Freiburg - Instituto Max Planck.

Uprimny, R. (s/f). *Justicia transicional en perspectiva comparada: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wpcontent/uploads/2017/04/fi_name_recurso_53.pdf?x54537

Valencia, H. (2007). *Introducción a la justicia transicional*. Conferencia. Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar”. Universidad de Guadalajara. 26 de octubre de 2007.

El rol dinámico e integrador del ombudsman en la consolidación del respeto a los Derechos Humanos y los nuevos paradigmas de cultura de paz

The dynamic and inclusive role of the ombudsman in consolidating respect for Human Rights and the new paradigms of a culture of peace

Dante Jaime Haro Reyes¹
Francisco Antonio Ramírez Frausto²

Sumario. I. Aproximación Conceptual a la Figura del Ombudsman y breve Bosquejo Histórico. II. Marco Teórico. III. Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, su Sistematización y Debate Actual. IV. La Apertura a los Nuevos Paradigmas de Cultura de Paz. VI Reflexiones Finales. VII Referencias Bibliográficas.

Fecha de recepción: 02 de marzo de 2021

Fecha de aceptación: 21 de abril de 2021

Resumen

Los derechos humanos representan un punto de partida donde convergen nuevos paradigmas y esquemas para la vida jurídica y social. Son un elemento sustancial en la formulación de políticas públicas y en la creación y ejecución de determinadas leyes. Representan también, para todas las personas, una herramienta principal para su bienestar y consagración de la dignidad humana, entendida como el valor supremo intrínseco de todo ser humano.

Las acciones tendientes a fortalecer los procesos no jurisdiccionales en México y, sobre todo, en Jalisco deben ser una constante dentro de las tareas diarias para apuntalar el respeto irrestricto de los derechos humanos. La constitución, a partir de la reforma de derechos humanos en junio de 2011, elevó a rango fundamental –por lo tanto, constitucional– el reconocimiento de los derechos humanos para todas las personas, así como la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

1. Dante Jaime Haro Reyes Guadalajara Jal. Actualmente se desempeña como Defensor de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara. Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg, Alemania.
2. Francisco Antonio Ramírez Frausto, Actualmente se desempeña como Enlace-representante de la Defensoría de Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara. Abogado por la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Administración por la misma Institución.

A pesar de la multiplicidad de contextos y variables, la figura y rol del ombudsman es trascendental para el fortalecimiento de un Estado constitucional de derecho, que permite edificar, en su calidad de ente independiente, autónomo y no jurisdiccional, limitantes al poder sin la necesidad de agotar determinados procedimientos o instancias.

El método inductivo-deductivo, el análisis de los planteamientos generales de la propuesta y desde los enfoques histórico, de derecho comparado y sociológico componen la metodología empleada para el desarrollo de la investigación.

Abstract:

Human rights represent a starting point where new paradigms and schemes for legal and social life converge. They are a substantial element in the formulation of public policies and in the creation and execution of certain laws. They also represent, for all people, a main tool for their well-being and consecration of human dignity, understood as the intrinsic supreme value of every human being.

Actions aimed at strengthening non-jurisdictional processes in Mexico and, above all, in Jalisco must be a constant in daily tasks to shore up unrestricted respect for human rights. The constitution, based on the human rights reform in June 2011, raised to a fundamental rank - therefore, constitutional - the recognition of human rights for all people, as well as the obligation of all authorities to promote, respect, protect and guarantee human rights, in accordance with the principles of universality, interdependence, indivisibility and progressiveness.

Despite the multiplicity of contexts and variables, the figure and role of the ombudsman is transcendental for the strengthening of a constitutional State of law, which allows building, as an independent, autonomous and non-jurisdictional entity, limits to power without the need to exhaust certain procedures or instances.

The inductive-deductive method, the analysis of the general proposals of the proposal and from the historical approaches, the comparative law and the sociological component of the methodology used for the development of the research.

Palabras clave: Derechos humanos. Ombudsman. Estado de derecho. Cultura de paz. Sistema de Protección no jurisdiccional de derechos humanos

Keywords: Human rights. Ombudsman. Rule of law. Peace culture. Non-jurisdictional Human Rights Protection System.

I. Aproximación Conceptual de la Figura del Ombudsman y breve Bosquejo Histórico

En la actualidad, diversas democracias contemporáneas pluralistas enfrentan severos procesos de transición social, jurídica y política. La mayoría de las veces, el acceso a la impartición y administración de la justicia resulta ser insuficiente y poco idónea para garantizar el respeto de los derechos humanos y, en consecuencia, para una reparación digna del daño ante una violación de estos.

Las diferentes aristas que representan los problemas sociales dentro de la realidad actual hacen que las instituciones protectoras de derechos humanos urjan medidas decisivas y asuman retos importantes para hacer visible el respeto de los derechos humanos en cualquier contexto y, de esta manera, contribuir a la cultura de paz y legalidad en México y en Jalisco.

Ante este planteamiento, la figura e institución del ombudsman es fundamental para hacerle entender a las autoridades estatales acerca de los derechos y deberes que están comprometidas a hacer respetar y cumplir (Defensoría del Pueblo de Colombia, pág. 7). La complejidad manifiesta que representan los derechos humanos y su tutela puede ser tratada desde múltiples enfoques, pues no solo ha tenido consecuencias en la realidad jurídica de los países, sino también en la concepción de sus instituciones y cómo estas se configuran para su protección (González Sanmiguel & Rodríguez Lozano, 2018).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006, pág. 12) señala que el ombudsman “es una institución que protege a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública, que pueden afectar sus derechos y garantías fundamentales”. Esta institución recibe diversos nombres en cada país. Se le conoce como:

- Procuraduría de los Derechos Humanos
- Comisionado de los Derechos Humanos
- Defensoría del Pueblo
- Defensoría de los Habitantes
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (México)
- Comisión Estatal de Derechos Humanos (Jalisco)

Para María José Bernal Ballesteros (2015, pág. 89) la figura del ombudsman ha tomado un reconocimiento exponencial. Su adaptación al contexto y realidad de distintos países y sociedades democráticas ha consolidado aún más ese reconocimiento como “defensor del pueblo”, cuya labor ha permitido ser una opción eficaz contra los abusos de las autoridades a través de las quejas; la función principal de esta institución es conocer y calificar las violaciones de derechos humanos.

Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos (2020) señala consistente y conceptualmente al defensor de derechos humanos:

La persona que actúe en favor de un derecho (o varios derechos) humano(s) de un individuo o un grupo (...) Estas personas se esfuerzan en promover y proteger los derechos civiles y políticos y en lograr la promoción, la protección y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Los defensores abordan cualesquiera problemas de derechos humanos, que pueden comprender desde las ejecuciones sumarias hasta la tortura, la detención y prisión arbitrarias, la mutilación genital de las mujeres, la discriminación, las cuestiones laborales, las expulsiones forzadas, el acceso a la atención sanitaria o los desechos tóxicos y su impacto en el medio ambiente. Los defensores actúan en favor de derechos humanos tan diversos como el derecho a la vida, la alimentación y el agua, el nivel más alto posible de salud, una vivienda adecuada, un nombre y una nacionalidad, la educación, la libertad de circulación y la no discriminación.

Amnistía Internacional puntualiza que:

Los defensores y defensoras son aquellas personas que actúan pacíficamente, sin recurrir a la violencia, para promover y proteger la universalidad e indivisibilidad de los derechos de pueblos e individuos (...) denuncian y ponen en evidencia a quienes abusan de su posición de poder y autoridad. También destapan violaciones de derechos humanos, las someten al escrutinio público y presionan para que los responsables rindan cuentas (Amnistía Internacional, 2020).

Se debe señalar puntualmente que el concepto de *ombudsman* no tiene una traducción propiamente dicha, sino que hace referencia a un vocablo escandinavo que puede significar representante, mediador, agente o guardián (Cámara de Diputados, 2015). Ha tenido un amplio margen de evolución en los últimos tiempos, tanto que se ha migrado de un *ombudsman* –*ombudswoman*– a un término con perspectiva de género, esto es, *ombudsperson*.

Formalmente, el vocablo aparece en la constitución sueca en 1809 para delimitar la actividad de la administración, institucionaliza la oficina de *ombudsman* y mantiene una función apolítica e independiente del gobierno (Quinzio, 1988), además de ejercer las limitaciones inherentes a los sistemas de control tradicional, es decir, dentro del parlamento o en ámbito judicial. A finales de la Segunda Guerra Mundial comenzó a desarrollarse el rol de defensor de los derechos de los ciudadanos (Ridao Martín, 2017). No obstante, según Mauricio Novoa Caín (2002, pág. 206), determina que el *ombudsman* contemporáneo tiene dos antecedentes directos:

1. *Konungers Högste Ombudsmannen (KHO)*: Cuyo origen se remonta a 1713, cuando Carlos XIII de Suecia nombró a un delegado que asegurara en su ausencia, la buena marcha de la Administración pública y el cumplimiento de las leyes.
2. *Justitienkansler* o canciller de justicia: Reemplazó al KHO, creado en 1719 ejercía una vigilancia general y velaba para que se cumplieran las leyes. Era nombrado por un monarca.

Precisa que “el ombudsman es un funcionario independiente nombrado por el Parlamento, que defiende a los ciudadanos en sus derechos de los excesos de la Administración pública” (Novoa Caín, 2002, pág. 208), pero no puede revocar las decisiones de la administración, es dependiente de la ley y ejerce sus facultades a través de sugerencias que pueden ser o no aceptadas.

Los ombudsman fueron replicados en otras latitudes, cuando Finlandia (1919), Dinamarca (1953) y Noruega (1963) contemplaron en sus constituciones a estos organismos.

En Francia, la competencia del ombudsman contempla las reclamaciones de los ciudadanos en contra de cualquier dependencia que brinde un servicio público. En sus inicios era denominado *mediateur* (mediador), cuya función era ser el intermediario entre el pueblo y las autoridades (Quinzio, 1988), ahora las funciones del *Défenseur des droits* ocurren ante las dificultades que un usuario puede encontrar con una administración o un servicio público, el defensor ayuda a las personas a comprender mejor sus derechos y los guía en sus esfuerzos, en particular a través de sus delegados (Republique Française, 2020).

El trasplante a Latinoamérica tuvo características propias, insertado en las diversas constituciones políticas, a saber: Argentina (artículos 43 y 86), Bolivia (artículos 127 a 131), Colombia (artículos 281 a 283), Ecuador (artículo 96), El Salvador (artículo 194), Guatemala (artículos 273 a 275), Honduras (artículo 59), Nicaragua (artículo 138), Paraguay (artículos 276 a 280), Perú (artículos 161 y 162) y Venezuela (artículos 280 a 283). Costa Rica lo contempla en su Ley 7935, del 25 de octubre de 1999 (Castañeda, 2011, pág. 14).

En el caso de México (artículo 102, apartado B), la institución del ombudsman deviene con el defensor del pueblo de España,³ principalmente, aunque con mixtura de Francia y Suecia, cuya naturaleza procura la defensa de los ciudadanos frente a los actos de arbitrariedad y discrecionalidad por parte de las autoridades. En la actualidad, los organismos defensores de derechos se han consolidado en muy diversos ámbitos; existen comisiones y procuradurías para la defensa de los derechos humanos, de los consumidores, de protección al ambiente, de usuarios bancarios, entre otros (Pérez Daza, 2020, pág. 177). Interactúan con independencia a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El ombudsperson contemporáneo, más allá de absorber las demandas populares, tiene un papel trascendental en el Estado de derecho, pues frena el descontento social y que procura la protección de los derechos e intereses de todas las personas frente a actos corrosivos de las autoridades. Según Donald Rowat (1990), su función estriba:

(...) en la humanización de la Administración. Consigue desempeñar esta función haciendo de puente y canal de comunicación entre el ciudadano y

3. El Defensor del Pueblo de España sostiene que, en esencia, es un signo de identidad democrática en la medida que constituya un baluarte de paz social y un medio de fortalecimiento de justicia.

el gobierno, los funcionarios y los ministerios (sic). No solo se remedian los agravios, sino que se reduce la posibilidad de que no se vuelvan a repetir (pág. 163).

Es así que interviene como un ente neutro dada la envergadura que ostenta y que enfrenta una serie de retos entre los que destaca, por antonomasia, la consolidación del respeto de los derechos humanos, abatir la discriminación y la violencia contra las mujeres, las niñas, niños y adolescentes (Flores Vargas, 2015), contra los grupos indígenas, periodistas y defensores de derechos humanos, combatir todas las formas de violencia contra la población LGBTTTIQ+, migrantes y de las personas con discapacidad. Asimismo, visibiliza y pone en su justa dimensión el ultraje que emana del abuso de autoridad, las ejecuciones extrajudiciales, los delitos de desaparición forzada y la cometida por particulares, tortura y trata de personas.

La efectiva tutela de la dignidad de las personas en México se da gracias al afianzamiento del Sistema no Jurisdiccional de Protección a los Derechos Humanos a través de un órgano de investidura nacional (CNDH)⁴ y un organismo estatal por cada entidad federativa.

II. Marco Jurídico

La protección material de los derechos humanos deviene del constitucionalismo moderno, más aún, y de manera primigenia y nominal, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano surgida en Francia en 1789; no obstante, se consolida con la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵ del 10 de diciembre de 1948.

Los derechos humanos están reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en la materia, de los cuales el Estado mexicano es parte.

En cuanto a México, es el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el que regula la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos, en el párrafo cuarto señala que “El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios” (Congreso de la Unión, 1917). Producto de la reforma constitucional del 6 de junio de 1992, que indica que:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos

4. Fue creada el 6 de junio de 1990 a través de un decreto firmado por el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari, para promover y vigilar que las instituciones gubernamentales cumplieran con sus obligaciones de defender y respetar los derechos humanos. Jorge Carpizo fue la primera persona en presidirla. Aunque el 29 de mayo de 1985, se pone en marcha uno de los primeros antecedentes directos de este organismo, es decir, la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM. <https://www.cndh.org.mx/cndh/antecedentes-cndh>

5. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida a más de 500 idiomas. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

electorales, laborales y jurisdiccionales. El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los estados (Congreso de la Unión, 1992).

Aunque no tendrán competencia en asuntos electorales y jurisdiccionales, el segundo párrafo del apartado B del artículo 102 constitucional determina que se:

(...) formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa (Congreso de la Unión, 1917).

Por ello, el apartado B del artículo 102 le da origen orgánico y estructural al Sistema de Protección no Jurisdiccional de Derechos Humanos a través de la CNDH y las comisiones por cada una de las entidades federativas, dotándolas como organismos constitucionalmente autónomos⁶ y con la facultad de investigar, con el objetivo principal de divulgar, fortalecer la cultura del respeto de los derechos humanos (Pérez, 2011); se elimina la “formalidad” en sus procesos y da facilidad y agilidad en los procesos respecto a los quejosos. Le compete conocer de primera mano las violaciones de derechos humanos por parte de las autoridades federales, o, tratándose de las comisiones estatales, autoridades involucradas del fuero estatal.

El artículo 1º constitucional es la piedra angular para este sistema de protección no jurisdiccional de derechos humanos, pues, a partir de la reforma de junio de 2011 en materia de derechos humanos, la transformación y puesta en marcha de un nuevo paradigma en el cual la persona y la dignidad humana tendrán un amplio margen de protección. Asimismo, las autoridades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, según los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos en los términos que establezca la ley (Congreso de la Unión, 1917).

En Jalisco, la Comisión Estatal de Derechos Humanos (CEDHJ) “es la entidad defensora del pueblo frente a los actos administrativo o las omisiones que no respetan la dignidad elemental de todas las mujeres y los hombres que viven en Jalisco” (Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2019), es también un organismo mediador entre las autoridades y la ciudadanía y que, al igual que la CNDH, sus decisiones no son vinculantes.

6. Se encuentran fuera de la división clásica de poderes por lo que no están sujetos a estos. Son órganos clave para la vigencia y evolución del Estado constitucional de derecho, emanados, fundamentalmente, de la constitución, son independientes en sus decisiones, cuentan con estructura orgánica bien definida, autonomía normativa y presupuesto propio.

III. Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, su Sistematización y Debate Actual

Los derechos humanos son esas potestades que no son susceptibles de renunciar, dividirse, transferirse o anularse; son universalmente reconocidos, aplicables y tienen la característica de ser progresivos. Son múltiples los instrumentos de protección y promoción de derechos humanos en México tanto lo de orden internacional como nacional. El papel desempeñado por los ombudsmen tanto nacional como estatal como por las y los defensores de derechos humanos, son de suma importancia ante los embates sociales y el contexto de violencia generalizada que erosionan el Estado de derecho.

Conceptualmente, defensa y promoción hacen referencia al proceso, diseñado para influir en la toma de decisiones sobre políticas, a nivel nacional e internacional (Universidad Nacional Autónoma de México, 2020), esto no significa que el ombudsmen se limite a conocer e investigar violaciones de los derechos humanos y aplicar medidas para su protección y defensa, sino debe también prevenir vulneraciones de estos y encaminar nuevos procesos de defensa a través de la cultura de paz.

El Estado mexicano cuenta con dos vías para la protección, defensa y promoción de los derechos humanos: la jurisdiccional y la no jurisdiccional. Los primeros son llevados a cabo por las autoridades judiciales y jurisdiccionales a través de los mecanismos de control concentrado de la constitucionalidad, mediante el análisis de casos de violaciones de derechos humanos, donde se revise la constitucionalidad y legalidad de tales casos (Pérez, 2011, pág. 102), estos mecanismos defensa son:

a) Las Controversias constitucionales: Tienen por objetivo encaminar la impugnación de actos y disposiciones generales que afecten las potestades de alguna de las entidades federativas, poderes, órganos, u órganos autónomos, o bien, que se interprete una invasión o afectación en sus ámbitos de competencia por parte de otro nivel de gobierno (Serrano Migallón & Brito Melgarejo, 2017, pág. 136).

b) Las Acciones de inconstitucionalidad: Cuyo objetivo es la impugnación de normas de carácter general y declarar con efectos *erga omnes*⁷ la invalidez de dichas normas, cuando en su contenido contravengan lo establecido en la carta magna (Serrano Migallón & Brito Melgarejo, 2017, pág. 139).

c) Juicio de Amparo: De acuerdo con lo determinado en los artículos 103 y 107 de la constitución mexicana, es el medio de protección directa contra normas generales, actos u omisiones de las autoridades que vulneren los derechos humanos y garantías contenidas en la constitución y tratados internacionales de los cuales México es parte, dejándolos insubsistentes, y ahora, bajo ciertos criterios, pueden tener efectos generales (2017, pág. 142). La defensa y protección no jurisdiccional de los derechos humanos está a cargo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de las comisiones de cada uno de los estados que integran la federación, que, mediante recomendaciones, las conciliaciones y las amigables composiciones ejercen sus facultades.

De acuerdo con los Principios de París (Naciones Unidas, 1991), estatuto que

7. Del latín, "respecto de todos" o "frente a todos".

consolida la promoción, respeto y divulgación de los derechos humanos, señala que los organismos protectores de derechos humanos deben ejercer dos funciones básicas para su promoción:

- a) **Consultiva:** Es decir, que entre sus facultades esté la de emitir y participar en informes sobre la situación de derechos humanos en general, así como, desde el plano académico, diseñar e impulsar programas de derechos humanos.
- b) **Cuasi-jurisdiccional:** Implica analizar las denuncias en casos particulares para, posteriormente, emitir la recomendación correspondiente a la autoridad competente.

El ombudsperson debe tener en cuenta siempre la tendencia progresiva de los derechos humanos (Carpizo, 2014), es decir, el espectro se amplía, no solo en lo estatal, sino también en lo nacional, por lo que las políticas de protección, defensa y promoción también crecen su margen de maniobra. Si se precisan y dimensionan los problemas por los que atraviesa México y Jalisco en cuanto a seguridad, procuración, administración e impartición de justicia, así como la violencia generalizada a mujeres, población LGTBTTIQ+, migrantes y personas con discapacidad, se entrevé que los retos son muchos.

Por ello, la defensa y promoción de los derechos humanos tiene que responder a su transformación y progresividad y no ser ajena a las demandas y problemas sociales. El éxito dependerá de la interacción dinámica con la sociedad civil y las autoridades.

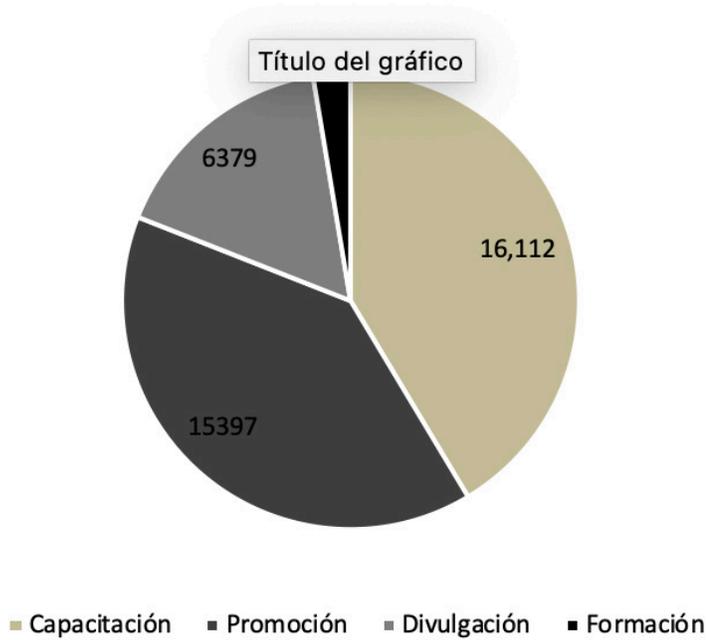
El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), relativo a la situación de los derechos humanos en México, tiene como preámbulo la violencia, la inseguridad y las desapariciones, que constatan un severo desequilibrio en todo el país, señala que las principales fuentes se constriñen a la violencia generalizada. Aunque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aplaude y reconoce avances significativos en los planos constitucional, legislativo e institucional, no deja de sostener la continuidad de la crisis.

Human Rights Watch (Human Rights Watch, 2020) señala que los integrantes de las fuerzas de seguridad aún son los principales activos que violentan derechos humanos, entre los que se destacan abusos de autoridad, ejecuciones extrajudiciales, tortura y desapariciones forzadas, y que el elemento principal que desencadena esto es el sistema de justicia penal debilitado por la impunidad y la corrupción. No se deja de lado las violaciones de derechos humanos de grupos considerados como vulnerables.

El Censo Nacional de Derechos Humanos Federal y Estatal (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2019) en diversos rubros relativos a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y Organismos de Protección de Derechos Humanos de las Entidades Federativas otorga los siguientes datos:

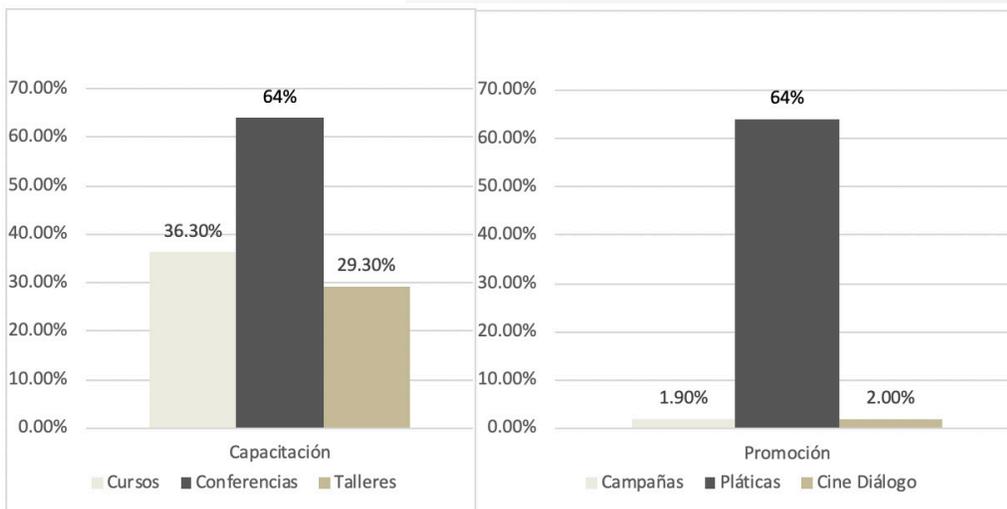
Figura 1

Actividades para la promoción y fortalecimiento de los Derechos Humanos 2018



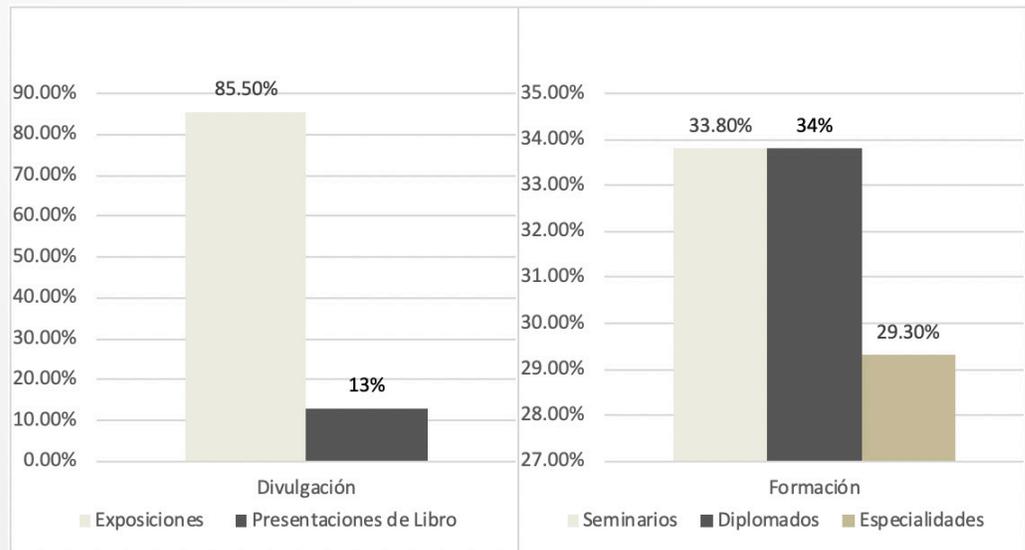
Nota. Elaboración propia con datos del Censo Nacional de Derechos Humanos Federal y Estatal 2019. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cndhe/2019/doc/CNDHE_2019_resultados.pdf

Figura 2



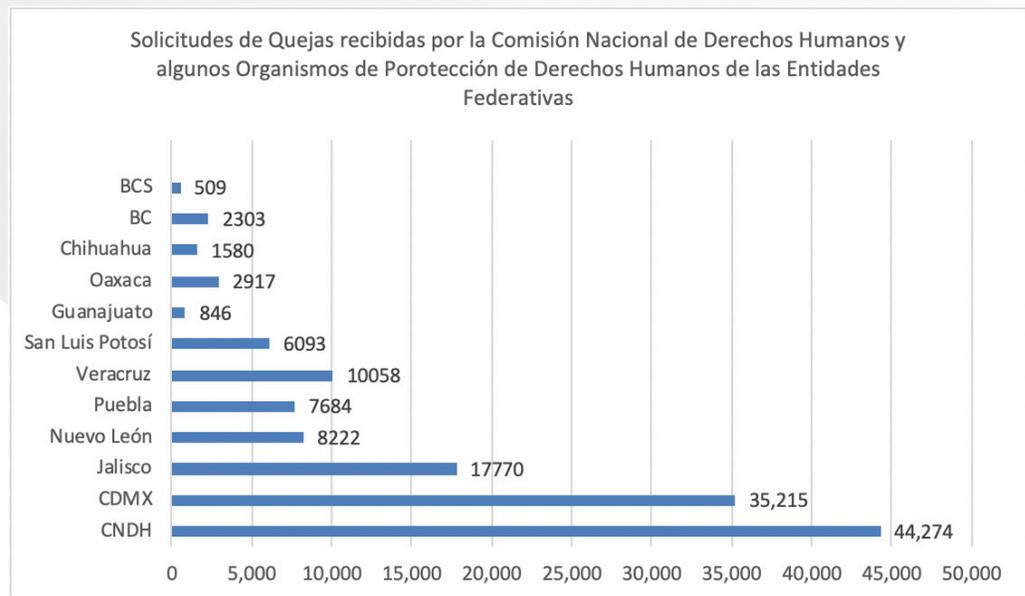
Nota. Elaboración propia con datos del Censo Nacional de Derechos Humanos Federal y Estatal 2019. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cndhe/2019/doc/CNDHE_2019_resultados.pdf

Figura 3



Nota. Elaboración propia con datos del Censo Nacional de Derechos Humanos Federal y Estatal 2019. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cndhe/2019/doc/CNDHE_2019_resultados.pdf

Figura 4



Nota. Elaboración propia con datos del Censo Nacional de Derechos Humanos Federal y Estatal 2019. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cndhe/2019/doc/CNDHE_2019_resultados.pdf

Es una realidad que la justicia tradicional presenta serios obstáculos dentro del rubro de su procuración y administración, por lo que la situación actual de los derechos humanos, su promoción, defensa y divulgación implican un arduo trabajo no solo para el ombudsperson, sino también para todo el entramado de justicia; el fortalecimiento de su autonomía técnica y orgánica debe ser una constante, a la par de un compromiso total por parte de las autoridades para lograr una verdadera transformación en la cultura del respeto de los derechos humanos.

Es imperante diseñar y poner en marcha una hoja de ruta sólida que encamine a la cohesión y la resiliencia social (Olvera García, 2019, pág. 76), que visibilice todos los problemas que más aquejan a la sociedad y que conmine a su resolución conjunta, donde participen los organismos de protección y defensa de los derechos humanos, las autoridades, la sociedad civil y figuras análogas que promueven la cultura de respeto y defensa de los derechos humanos.

Dichas figuras análogas tienen un peso significativo en la sociedad y que intervienen como un ombudsperson y han venido a darle una nueva connotación y un replanteamiento a la defensa y promoción de los derechos humanos.

1. Ombudsman Universitario

A nivel nacional, en específico, la Defensoría de Derechos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México, se constituye como el primer antecedente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, inspirada en el ombudsman español, el Consejo Universitario aprobó el estatuto de este órgano defensor durante la sesión del 29 de mayo de 1985, mientras que su reglamento sería aprobado el 30 de julio de 1986 (Defensoría de los Derechos Universitarios, 2018), cuyo objeto es intervenir para alcanzar soluciones a los problemas planteados por estudiantes y académicos, cuando esas situaciones se encuentran dentro de su competencia.

La defensoría no juzga ni emite sentencias, sino que, al igual que todo ombudsman, emite recomendaciones dirigidas a las autoridades cuando se ha vulnerado un derecho establecido en favor de académicos o estudiantes. Estas recomendaciones no son vinculantes, pero se vuelven obligatorias cuando las autoridades las admiten.

En el caso de la Universidad de Guadalajara, la Defensoría de Derechos Universitarios fue creada con el Dictamen IV/2018/1565 el 30 de octubre de 2018; es competente para contribuir a la cultura del respeto entre las personas, promover los derechos humanos, proteger los derechos universitarios de quienes integran la comunidad universitaria y coordinar las acciones de prevención de la violencia y la atención en los casos en que se presente (Universidad de Guadalajara, 2018).

En algunas otras universidades, el rol del ombudsperson tiene por objetivo la resolución de problemas a través de la mediación y conciliación, conocidos también como *University Troubleshooters*, en el caso de la Universidad de Miami. Estos “solucionadores de problemas” permiten la apertura de canales de comunicación entre la comunidad y escuchar las preocupaciones de los estudiantes. Para esos efectos, dicha institución propone ciertas herramientas al ombudsman, como la mediación, la conciliación, la investigación y la confidencialidad (Universidad de Miami, 2020).

2. Ombudsman del medio ambiente

Figura muy novedosa –aún en ciernes en México– que tiene como objetivo frenar eficazmente el deterioro ambiental. Es una propuesta de colaboración con un planteamiento claro, que coadyuve con los propios organismos de defensa y protección de derechos humanos para la conservación y restablecimiento medioambiental y recursos naturales.

3. Ombudsman del contribuyente

Formalmente denominada en México como Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, entró en funciones el 1 de septiembre de 2011. Es un organismo autónomo y gratuito que defiende al contribuyente, mediante asesorías, representación y defensa legal, ante actos de las autoridades fiscales que vulneren sus derechos (PRODECON, 2020).

4. Defensor de las Audiencias

Este ombudsperson puede intervenir de manera unipersonal o a través de un cuerpo colegiado, donde actúa de manera independiente e imparcial para documentar, investigar, procesar y darle seguimiento a las quejas o señalamientos en materia de contenidos (Congreso de la Unión, 2020) de radiodifusión; es el interlocutor que promueve y defiende los derechos de la audiencia entre los medios y el público, lo que también motiva la participación ciudadana.

La figura del defensor de la audiencia es un derecho instaurado en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión de 2014 (Gobierno de México, 2020) y se constituye como pieza clave en la preservación, protección y defensa de los derechos de las audiencias, por lo que su participación es el principal garante de la funcionalidad de esta figura.

La defensoría participa directamente en la construcción de audiencias críticas, identifica y procesa las demandas y opiniones motivadas por la audiencia respecto a la programación. Son obligaciones establecidas por ley: recibir, documentar, procesar y dar seguimiento a las observaciones, quejas, sugerencias, peticiones o señalamientos en relación con los derechos de las audiencias.

La Universidad Nacional Autónoma de México, para el caso de Radio y TV UNAM, esta figura fue creada para mantener un contacto directo con la sociedad. Es un instrumento de diálogo que sirve a la audiencia para expresar sus críticas y opiniones respecto de los contenidos de los medios masivos de comunicación. Es, simultáneamente, el responsable de la protección y defensa de los derechos de las audiencias (Universidad Nacional Autónoma de México, 2020).

En la Universidad de Guadalajara, el 13 de septiembre de 2019, se nombró

a un nuevo defensor de las audiencias por el Consejo de Administración de la Operadora de Sistema Universitario de Radio, Televisión y Cinematografía (Universidad de uadalajara, 2020), y tiene como objetivo la protección y defensa de los derechos de las audiencias, recibir, documentar, procesar y dar seguimiento a las observaciones, quejas, además de intervenir con imparcialidad e independencia.

Por tanto, la figura del ombudsperson amalgama una gran cantidad de perfiles que incentivan la defensa y promoción de derechos humanos, así como la investigación de violaciones de estos y que, dentro de sus facultades y competencias, fortalecen el sistema de protección no jurisdiccional de derechos humanos.

IV. La Apertura a los Nuevos Paradigmas de Cultura de Paz

El contexto de violencia sistémica e inseguridad por los que atraviesa el estado y el país requiere toda la atención de las autoridades, con aras de dar marcha atrás a estos problemas que deterioran el Estado de derecho y que dejan de manifiesto vicios en todo el entramado de seguridad, prevención del delito, procuración y administración de justicia.

Andrés Sandoval Forero (2012) señala lo siguiente sobre la cultura de paz:

La paz no es solo la ausencia de la violencia física, es también la desaparición de la violencia cultural, social, económica, política, de género y de todas aquellas violencias que en lo simbólico agreden, denigran, excluyen y menosprecian a los otros, a los diferentes, a los extraños, o a los extranjeros. Es decir, la paz es la ausencia de la violencia de estructuras sociales y económicas, es el reconocimiento y valoración de la vida, la libertad, la justicia, los derechos humanos y las convivencias pacíficas de todos (pág. 21).

La consolidación de la cultura de paz es posible, vital y necesaria, y se puede construir a través de diversos ritmos y rutas (Fisas, 2002, pág. 17), donde deben intervenir forzosamente en el redil los tomadores de decisiones, académicos, sociedad civil organizada y los organismos de protección y defensa de los derechos humanos para la consecución de políticas públicas justas, pluralistas y equitativas.

La labranza de cultura y procesos de paz emergen como un baluarte que debe erigirse y ser impulsado constantemente, no como un elemento instantáneo, sino como un proceso dentro de las relaciones interpersonales, intercomunitarias, interautoridades y entre la autoridad y sociedad civil para tener otra perspectiva en la solución de los conflictos.

La premisa fundamental para el fortalecimiento de los procesos y cultura de paz debe estar sustentada en el pleno reconocimiento de los derechos humanos fundamentales que permitan la introducción y consolidación de este paradigma dentro de la convivencia social.

La Declaración sobre la Violencia de Sevilla (UNESCO, 1986) refiere atinadamente que la violencia y la guerra son las más destructivas y peligrosas actividades de la especie humana; además, cuestiona una serie de hallazgos fisiobiológicos que han sido utilizados para justificar la violencia, entre los que destacan la predisposición instintiva a la guerra como herencia de nuestros antepasados y la dominación a consecuencia de la fuerza física. Ello denota que la violencia no está en el legado evolutivo del ser humano, ni mucho menos en los genes.

La evolución de los conceptos de violencia y paz discurren paralelos y en íntima conexión. Cuando el estudio de los conflictos se hace más complejo, se amplía el concepto de violencia, entendida como todo aquello que, al ser evitable, impide el desarrollo humano; comprende no solo la violencia directa o física, sino también la estructural (pobreza, represión, alienación, contaminación ambiental, entre otras) (Jiménez Bautista, 2009).

Isabel Hernández Arteaga (2017) señala que se habla de paces en sentido polisémico por la complejidad y la amplitud que involucran los temas que están comprometidos en su definición y alcance, dada la complejidad teórica, metodológica, axiológica, histórica y práctica. Sin embargo, distingue dos tipos de paz:

a) Paz Negativa: Es la concepción de paz predominante en el mundo occidental, la cual pone el énfasis en la ausencia de guerra, la ausencia del conflicto, de violencia directa (agresión física). Según esta concepción la paz sería simplemente la ausencia de guerra; por tanto, consistiría sencillamente en evitar los conflictos armados.

b) Paz Positiva: Supone un nivel reducido de violencia directa y un nivel elevado de justicia; es a través de ella que se persigue la armonía social, la igualdad, la justicia y, por tanto, la transformación de manera radical de la sociedad. Esta paz, se considera una utopía en el mundo inseguro, violento e incierto, pero es un objetivo que se puede lograr, dejando a un lado o superando la ambición que busca desmesuradamente el beneficio particular, el interés personal y el yo individual; reformulando un nuevo concepto de pertenencia a la sociedad desde la cual se debe buscar intereses y puntos de vista comunes que posibiliten el progreso, el desarrollo y el bien vivir juntos. La paz positiva no quiere decir renunciar a los desacuerdos presentes, por el contrario, demanda el encuentro de compromisos en la resolución de conflictos, teniendo claro el concepto y la aplicación de la justicia.

c) Paz Imperfecta: Corresponde a aquellas situaciones en las que se satisfacen las necesidades humanas, pero, la violencia está presente en todas o al menos en una de las estructuras de carácter humano. Se agrupan bajo esta nominación experiencias en que los conflictos se regulan pacíficamente, se

denomina imperfecta porque, a pesar de gestionarse pacíficamente, convive con los conflictos y algunas formas de violencia. Esta concepción, reconoce la paz como una realidad dinámica, procesual, inacabada e incompleta; una categoría que asume las prácticas y experiencias, pero también, los escenarios, contextos y épocas en que los conflictos se transforman pacíficamente, debido a que los seres humanos deciden facilitar la satisfacción de las necesidades de los otros o desarrollar sus capacidades.

El ombudsperson –en cualquiera de sus formas– dentro de sus facultades, debe afianzar la cultura de paz positiva y observancia de los derechos humanos desde los planos de la tolerancia y la conciliación. La búsqueda de paz y el desarrollo de la cultura del respeto de los derechos humanos son interdependientes y ejercen influencia entre sí (Madrazo, 1996, pág. 371), por lo que su influencia es importante para que se engendre como un valor vigente y armonioso dentro del contexto social.

La cultura de paz, por tanto, en la que los derechos humanos ocupan un lugar primordial, conmina a todos los actores sociales a construir el descrédito de la violencia, a fomentar la educación para la paz, a no normalizar los actos de violencia y poner en marcha procesos de paz que trasciendan ante los conflictos y de esta manera migrar a procesos de reconciliación que fortalezcan el Estado de derecho.

V. Reflexiones Finales

Los derechos humanos caracterizados por su universalidad y progresividad constituyen el resultado de la evolución de la sociedad. Es incuestionable el rol tan trascendente que desempeñan los organismos de protección de los derechos humanos, en específico en lo que concierne a la defensa, promoción y protección de derechos humanos, así como en la prevención e investigación de violaciones de estos, por lo que se arriba a las siguientes conclusiones y propuestas:

1. La figura del defensor del pueblo, ombudsman, defensor de los derechos humanos, ombudsman, es una institución esencial vinculada para su ejercicio pleno tanto a leyes domésticas como a internacionales para la vigilancia y permanencia del Estado de derecho, pues funge como un intermediario entre las demandas de la sociedad y frente a actos arbitrarios de las autoridades y que atentan contra la dignidad de las personas.
2. Además de fungir como pieza clave para la consolidación de la vida en democracia, debe afianzar todos aquellos mecanismos o herramientas para el respeto irrestricto de los derechos humanos.
3. El ombudsperson tiene el gran desafío actual de ser un agente de paz que, desde su trinchera, promueva, respete, consolide y garantice la cultura de paz.
4. Es necesario un replanteamiento integral de las políticas públicas en materia de derechos humanos y sus indicadores, que fortalezca los espacios de

participación activa de la sociedad civil y de organismos internacionales promotores y protectores de derechos humanos.

5. Contribuir a aminorar la brecha entre la solicitud de la queja y señalamiento, hasta la investigación y procesamiento de la recomendación para que la persona que se queja, obtenga en el menor tiempo posible, una solución a su problema. Ello como un área de oportunidad por mejorar.
6. En estos tiempos de transformación política y democrática, el ombudsperson debe ser un agente de transformación y de control que evite la erosión del Estado de derecho en cada uno de sus ámbitos de competencia y que figure como un agente en el cual la confianza de la sociedad civil esté muy bien consolidada.
7. Al ser un contrapeso necesario dentro de toda democracia sana, la diversificación y especialización de cada uno de los organismos de protección de los derechos humanos (tanto nacional, como los locales) deben tener forzosamente una clara y permanente coordinación, colaboración y articulación para fortalecer el propio sistema de defensa y protección no jurisdiccional.
8. La violencia no es connatural al ser humano. Se considera de suprema relevancia la articulación y coordinación tanto de compromiso como de voluntades para consolidar los nuevos paradigmas de cultura de paz en diversos ámbitos, con la meta de que no solo sean una válvula de escape ante la situación de violencia e inseguridad que atraviesan tanto al estado como al país, sino que sean un referente transformador que catalice la reducción, en lo más posible, de los procesos y escalada de violencia.
9. El constructo social de la cultura de paz gesta procesos de cambio sociales duraderos y es una vía eficaz y mediadora ante los embates de la violencia generalizada, afecta de manera positiva siempre y cuando el compromiso para su puesta en marcha y consolidación sea en todos los ámbitos: gubernamental, académico, familiar, sociedad civil y desde los organismos de defensa y protección de los derechos humanos.

VI. Referencias bibliográficas

Amnistía Internacional (19 de Mayo de 2020). *Amnistía Internacional. Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos*. Obtenido de Amnistía Internacional. Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/defensores/>

Bernal Ballesteros, M. J. (2015). Una Perspectiva Global del Ombudsman Español. *Dignitas*, 87-111. Recuperado el 07 de Mayo de 2020

Cámara de Diputados (2015). *Congreso de la Unión*. Congreso de la Unión: http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/virtual/dip/dicc_tparla/o.pdf

Carpizo, J. (2014). El sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México: algunas preocupaciones. En H. Vázquez Ramos, *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales* (Estudios Jurídicos ed., pág. 469). México D. F., México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Castañeda, M. (2011). *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México*. México D. F. : Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Comisión Estatal de Derechos Humanos. (07 de Noviembre de 2019). *Comisión Estatal de Derechos Humanos*. Obtenido de Comisión Estatal de Derechos Humanos: http://cedhj.org.mx/que_es_cedhj.asp
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Situación de los Derechos Humanos en México*. Inter-American Commission on Human Rights.
- Congreso de la Unión (05 de Febrero de 1917). *Cámara de Diputados*. Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf
- Congreso de la Unión. (06 de Junio de 1992). *Diario Oficial*. Obtenido de Diario Oficial: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_123_28ene92.pdf
- Congreso de la Unión. (15 de Junio de 2020). *Defensor de Audiencia del Canal del Congreso*. Obtenido de Defensor de Audiencia del Canal del Congreso: <https://www.canaldelcongreso.gob.mx/micrositios/DefensorAudiencia/Quehaceres>
- Defensoría de los Derechos Universitarios. (Septiembre de 2018). *Defensoría de los Derechos Universitarios*. Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de Defensoría de los Derechos Universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México: <https://www.defensoria.unam.mx/defensoria/defensoria-de-los-derechos-universitarios/antecedentes>
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (s.f.). *El Ombudsman Una reflexión sobre lo público y el papel del Defensor del Pueblo en la protección de la democracia y del interés general en el entorno complejo y dinámico*. Bogotá, Colombia: Agencia de Cooperación Alemana GIZ-Federación Iberoamericana del Ombudsman.
- Fisas, V. (2002). La paz es posible, *Una agenda para la paz del siglo XIX*. Barcelona: Plaza & Janés Editores.
- Flores Vargas, R. (2015). Flores Vargas, Rosalba. Abatir la discriminación y la violencia contra las mujeres, desafío del ombudsperson. DH Magazine Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de México, México, p. 6. Más en: <https://app-vlex-com.wdg.biblio.udg.mx:8443/#/sea>. *Magazine DH*.
- Gobierno de México (28 de Mayo de 2020). *¿Qué es la Defensoría de Audiencias?* Obtenido de ¿Qué es la Defensoría de Audiencias?: <https://defensoria.televisioeducativa.gob.mx/defensoria>
- González Sanmiguel, N. N., & Rodríguez Lozano, L. G. (2018). *Derechos Humanos y su interacción en el Estado Constitucional*. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch.

- Hernández Aretaga, I., Luna Hernández, J. A., & Cadena Chala, M. (2017). Cultura de Paz: Una Construcción educativa aporte teórico. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, 19(28). <https://www.redalyc.org/jatsRepo/869/86952068009/html/index.html>
- Human Rights Watch. (2020). *World Report 2020: Mexico*. Obtenido de World Report 2020: Mexico: <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336494>
- Instituto Interamericano de Derecho Humanos. (2006). *La figura del Ombudsman. Guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios*. San José, Costa Rica: Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2019). *Censo Nacional de Derechos Humanos Federal y Estatal 2019*. Ciudad de México: INEGI.
- Madrazo, J. (Agosto de 1996). Derechos Humanos y Cultura de Paz. (C. N. Humanos, Ed.) *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, 367-375. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Gacetitas/73.pdf>
- Naciones Unidas. (Diciembre de 1991). Obtenido de <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/Sparisprinciples.pdf>
- Naciones Unidas. (12 de Mayo de 2020). *Naciones Unidas*. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Defender.aspx>
- Novoa Caín, M. (2002). ombudsman y derechos subjetivos en la tradición jurídica del defensor del pueblo. *Ius et Praxis* (033), 205-218.
- Olvera García, J. (2019). El sistema no jurisdiccional como una vía para la resignificación y socialización de los derechos humanos: permanencia y desafíos. En J. Narro Lobo, *Autonomía de los Organismos Públicos de Derechos Humanos* (pág. 244). Ciudad de México, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Pérez Daza, A. (2020). *Una visión para fortalecer al Estado mexicano*. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch.
- Pérez, L. R. (Julio-Diciembre de 2011). El sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (28), 99-122.
- PRODECON. (12 de Junio de 2020). *Procuraduría de la Defensa del Contribuyente*. Obtenido de Procuraduría de la Defensa del Contribuyente: <https://www.prodecon.gob.mx/index.php/home/cc/publicaciones/prodecon-ombudsman-fiscal-3-anos-en-la-defensa-de-derechos-fundamentales>
- Quinzio, J. M. (1988). El Ombudsman: Garante de la Seguridad y Defensor de la Democracia. *Revista Chilena de Derechos Humanos*(9), 37-48. <http://>

bibliotecadigital.academia.cl/handle/123456789/3814

Republique Française. (19 de Mayo de 2020). *Défenseur des droits*. Obtenido de Défenseur des droits: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/competences/services-publics>

Ridao Martín, J. (2017). La Evolución de la Institución del Ombudsman Autonomico: luces y sombras de su ejecutoria reciente. En G. Escobar (Ed.), *Actas del III Congreso Internacional del PRADPI* (pág. 426). Valencia: Tirant lo Blanch.

Rowat, D. (1990). *El ombudsman en el mundo*. Barcelona: Teide.

Sandoval Forero, E. A. (2012). Estudios para la Paz, la Interculturalidad y la Democracia. *Ra Ximhai de la Universidad Autónoma Indígena de México*, 17-37. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=461/46123366002>

Serrano Migallón , F., & Brito Melgarejo, R. (2017). La defensa jurisdiccional de los derechos humanos en la Constitución. En A. Soto Flores, *Derecho procesal constitucional. Colección INEHRM* (pág. 317). Ciudad de México, México: Instituto Nacional de Estudios Históricos. Universidad Nacional Autónoma de México. Secretaría de Gobernación.

UNESCO. (1986). *Declaración sobre la Violencia*. Obtenido de Declaración sobre la Violencia: <https://www.redalyc.org/pdf/805/80519211.pdf>

Universidad de Guadalajara. (Noviembre de 2018). *Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios*. Obtenido de Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios: <http://secgral.udg.mx/sites/archivos/normatividad/general/RDDU%20%28Noviembre%202018%29.pdf>

Universidad de Miami. (31 de Mayo de 2020). *Universidad de Miami*. Obtenido de Universidad de Miami: <http://www.miami.edu/sa/index.php/ombudsperson/>

Universidad de Guadalajara. (19 de Mayo de 2020). *Defensor de las Audiencias*. Obtenido de Defensor de las Audiencias : <http://udgtv.com/defensoria/defensor-audiencias/>

Universidad Nacional Autónoma de México. (12 de Mayo de 2020). Cátedra UNESCO. Obtenido de Cátedra UNESCO: https://catedraunescodh.unam.mx//catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/3_d_h_mujeres/14/6.pdf

Universidad Nacional Autónoma de México. (02 de Junio de 2020). *El Defensor de la Audiencia de Radio y TV UNAM*. Obtenido de El Defensor de la Audiencia de Radio y TV UNAM: <http://defensordelaaudiencia.unam.mx/#top>

Discurso de odio, necesidad de control y recursos efectivos

Hate speech, need for control and effective resources

Karina Alejandra Hernández Ponce¹

Sumario. I. Introducción. II. Desarrollo. III. Discurso de Odio. IV. Dignidad y Discriminación. V. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. VI. Legislación Mexicana. VII. Reflexiones Finales. VIII. Referencias Bibliográficas.

Fecha de recepción: 08 de febrero de 2021

Fecha de aceptación: 12 de marzo de 2021

Resumen

La historia de la humanidad por parte del Estado ha demostrado aciertos y errores como expresión de su desarrollo en comunidades a lo largo del tiempo. El lenguaje ha sido fundamental para lograr tales resultados, con una comunicación principalmente verbal, que ha permitido tener un acercamiento al dirigirse a sus gobernadas y gobernados y expresar el camino que se pretende seguir, que, a su vez, busca ser replicado por todas las personas dentro de un territorio determinado. La forma más sencilla y eficaz de lograr que dicha información llegue a todas las personas es por medio del discurso, que comúnmente se reproduce en la mayoría de los medios de comunicación.

Un discurso que conlleva posturas ligadas a la moral personal de quien lo enuncia, desarrollado por medios de locuciones estereotipadas que generan discriminación, además de expresiones agresivas hacia sectores específicos, que en su mayoría son grupos en situación de vulnerabilidad y que en el transcurso de la historia han sido desfavorecidos. Discursos que resultan en doctrinas de odio contra ciertas sociedades específicas que, al ser realizados por personas que ejercen poder, consideradas modelos a seguir y obedecer, son punta de lanza de conductas violentas por parte de una comunidad a otra, ello replica las palabras en acciones sin mencionar la incentivación y continuación de los estereotipos sociales que no permiten un avance conjunto como sociedad.

La importancia de las palabras y el eco que con ellas se logrará recae en quien las pronuncia, es por ello que debería considerarse una regulación efectiva acerca de los discursos de odio respecto de las y los servidores públicos debido al

1. Licenciada en derecho UDG, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades; desde 2019 labora en la relatoría especializada en los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género, además de presidir la unidad para la igualdad de género dentro de la CEDHJ. Correo electrónico: karina.hdez.ponce@gmail.com.

poder que conlleva su cargo; además, el deber de considerarles a estos actos como violación de los derechos humanos, así como la importancia de una creación de recursos efectivos para su denuncia, sanción y reparación del daño.

Abstract:

The history of humanity by the State has shown us successes and mistakes, expressing its development in communities over time. Language has been fundamental to achieving such results, all based on mainly verbal communication that has allowed us to have an approach by addressing its governed and expressing the path to be followed, which in turn seeks to be replicated by all people within a given territory. The simplest and most effective way to get such communication to all people is through speech, which is commonly reproduced in most media.

A discourse that carries postures linked to the very morale of those who enunciate it, in a locution usually full of stereotypes against humanity, thereby, generating discrimination, as well as aggressive expressions towards specific sectors, which are mostly vulnerable groups, same as in the course of history have been disadvantaged. This results in hate speeches against certain specific societies, which, being carried out by who exercise power, considered models to follow and obey, are the spearhead of violent behaviors from one community to another, which replicates words with actions, not to mention the incentive and continuation of social stereotypes that do not allow us to move forward as a society as a whole.

The importance of words and the echo that will be achieved, which lies with the person who pronounces them, is that it should be seen as an effective regulation of hate speech in respect of public servants because of the power that comes in their office and the duty to regard these acts as a violation of human rights, as well as the importance of creating effective resources for their denunciation, damage and repair.

Palabras clave: Discurso de odio, derechos humanos, discriminación.

Keywords: Hate speech, rights, human, discrimination.

I. Introducción

Es importante comenzar con la definición de quiénes son las y los servidores públicos, además de establecer su poder dentro de la sociedad en la que desempeñan sus funciones. Como lo define la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917):

Se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el

Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Las Constituciones de las entidades federativas precizarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México (Art. 108).

Este artículo menciona las áreas donde las y los servidores públicos se desempeñan y que, de no ser parte, entonces no sería un servicio público; sin embargo, no define sus características, para ello está el artículo 1º constitucional, que fue modificado como una forma en la que el Estado mexicano se compromete al respeto y cumplimiento de todos los derechos humanos. En este artículo, en su párrafo tercero, establece las obligaciones para quienes ejercen el poder como autoridades dentro del territorio mexicano, donde establece:

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 (CPEUM, 1917).

Esto genera dos premisas importantes dentro del tema. Por un lado, se encuentra el promover; lo que genera obligación de difundir acciones y ser ejemplo rector del buen actuar conforme a los derechos humanos; por otro lado, está la obligación de respetar, con ello exige a las y los servidores públicos no realizar acciones contrarias a los derechos humanos y evitar que se genere un menoscabo en la vida de las personas. Dentro del mismo párrafo establece las obligaciones para con el Estado y les da la autoridad a sus agentes de sancionar aquellos actos que vayan en contra de los derechos humanos y, como se ha establecido en su artículo 108, las y los servidores públicos son representantes del Estado, de manera que cuentan con un nombramiento que les permite tomar decisiones y acciones imperativas que, aunque pareciera independiente, se hace en nombre del Estado; esto es lo que los considera la voz y representación de la ciudadanía, lo que se engloba en una palabra: autoridad.

Ser autoridad representa poder y, por ende, subordinación. Si se cuestionara “qué significa verdaderamente en la vida social la expresión poder, solo puede uno contestar, que al expresar de alguien tiene poder sobre otro, se quiere decir que este alguien puede inducir al otro a seguir la conducta que aquel desee” (Kelsen, 1982, p. 93). Esta posibilidad de inducción es la que debe ser regulada y sancionada, ya que no por detentar poder las y los servidores públicos pueden incumplir con sus obligaciones establecidas dentro de la constitución y los tratados de derechos humanos de los que México es parte, así como de su legislación interna.

El Estado mexicano, en 2011, se compromete y establece en su carta magna la obligación de respetar los derechos humanos y los pone a la par de esta, a fin de siempre procurar el derecho que proteja con mayor eficacia a hombres y mujeres (principio pro homine).²

II. Desarrollo

Hablar de derechos humanos, su respeto y cumplimiento no es tarea fácil, para Wiktor Osiatyński (1993,p.9) el concepto de derechos humanos radica en por lo menos seis ideas fundamentales:

1. Que el poder de un gobernante no es ilimitado.
2. Que las personas que poseen una esfera de autonomía que ningún poder puede invadir y por la cual algunos derechos y libertades deben de ser respetados por el gobernante.
3. Que existen mecanismos y procedimientos para limitar la arbitrariedad del gobernante y para proteger los derechos y las libertades de los gobernados, quienes pueden hacer validas demandas contra el Estado para su protección.
4. Que el gobernado tiene derechos que lo habilitan para participar en procesos, por lo cual se convierte en ciudadano.
5. Que la autoridad no sólo tiene poderes, son también además obligaciones, las cuales pueden ser reclamadas por los ciudadanos.
6. Que todos estos derechos y libertades están garantizados para todas las personas (estos transforman derechos individuales y/o privilegios en derechos humanos).

A partir de estas postulaciones es posible ver cómo establece dentro y entre ellas las posturas de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; principios rectores de los derechos humanos y los cuales se encuentran en el artículo 1º constitucional, cuyo fin es la máxima protección de la dignidad de todas las personas.

Es oportuno entablar el ¿qué?, pues, para invadir derechos y libertades, debe existir un medio por el cual se irruman. En este caso se trata del discurso de odio.

No es posible hablar de influencia sin poder. Para Van Dijk (2000 p41) es la pieza clave entre el discurso y la sociedad, donde se establece la importancia de la comunicación para controlar el actuar por medio de la mente a “gran parte del poder de la sociedad, sin embargo, no es coercitivo, sino más bien menta. En lugar de controlar directamente las actividades de los otros mediante la fuerza física, controlamos la base mental de las acciones [...] los medios esenciales utilizados para influir sobre la mente de otras personas de forma que actúen como queremos son el texto escrito y el habla” (Cham, G, 2003 p. 11).

2. Artículo 1º, CPEUM, último párrafo “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Los discursos no reflejan fielmente la “realidad” como si fueran espejos, más bien constituyen, refuerzan y mantienen las diversas interpretaciones que desde distintos ámbitos se hacen “realidad”. Constituyen representaciones de la sociedad, de los acontecimientos, de los actores sociales, de las relaciones que se establecen entre ellos, así como de las prácticas y actitudes sociales (Gómez Bocanegra, 2008, pp. 36-37). De manera que generan ideas, que, mezcladas con el poder e influencia de quien las esboza, pueden ser un arma que pareciera atacar de manera silenciosa contra las personas.

III. Discurso de odio

De acuerdo con el tribunal europeo, el discurso de odio “engloba todas aquellas ‘expresiones peligrosas’ para la estabilidad del sistema democrático, entre las que encontramos ofensas, insultos y expresiones que discriminan a colectivos por condición de clase, género, color de piel, orientación sexual o etnia” (Esquivel, 2016, pp. 3-44). También lo entablan como aquellas ideologías que incitan a la violencia-física, verbal, psicológica, entre otras, contra la ciudadanía en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes, históricos, sociológicos, étnicos o religiosos (Pérez Portilla, 2015, p. 55).

El discurso del odio, o *hate speech*, encierra la deliberada intención de provocar una afectación en la dignidad de un grupo de personas a través de “expresiones hirientes”. Dichas manifestaciones suelen referirse a declaraciones racistas, xenófobas, discriminatorias, machistas, homófobas, entre otras (Alcácer, 2015, p. 45).

En distinto sentido, el Consejo de Europa lo ha definido como: los discursos de odio pueden definirse tanto por su intención como por su objetivo. Con respecto a la intención, el discurso de odio es aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o a la violencia [...] Históricamente, los discursos de odio no han tenido límites temporales o espaciales. Fueron utilizados por los oficiales nazis en Alemania y por el Ku Klux Klan en Estados Unidos, así como por una amplia gama de actores en Bosnia durante los años noventa y en el genocidio en Ruanda en 1994 (Bertoni, 2007, p. 179).

Es la acción de todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de negacionismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración (Recomendación 20 del Comité de Ministros sobre el Discurso del Odio 1997).

Es posible concluir que el discurso de odio incita a la violencia, por lo tanto, tiene un blanco específico, de manera que va más allá de la simple expresión de una idea; también se encuentra la intencionalidad, pues refiere manifestaciones

con el ímpetu de atacar de forma directa contra grupos determinados. Esto genera opiniones que dividen a la sociedad en buenos y malos y, con ello, rivalidades e ideologías antagónicas con argumentos basados en perspectivas cargadas de estereotipos discriminatorios que socialmente se han transmitido de generación en generación y con ello provocan incitación a la agresión.

Es importante mencionar que, aunque el discurso de odio es un tema que se ha buscado entablar desde tiempos posteriores a la segunda guerra mundial, son pocas las definiciones y autores que lo retoman y que, si bien distintos tratados internacionales lo nombran, no lo tienen determinado de forma específica. Esto debería generar mayor preocupación, pues, con el paso de los años, las expresiones de odio se han acrecentado en las esferas públicas al grado de normalizarse en alocuciones y campañas políticas. Además, se podría decir que el discurso de odio permite ver los conflictos sociales que más relevancia se presentan o se viven en sociedad, según la posición geográfica en la que fueron dichos; por ejemplo, por un lado, están África y Europa, donde su debate ocurre entre la migración, el racismo y los grupos religiosos, mientras que en América hay una contienda permanente de racismo, migración, diversidad sexual, género, pobreza y origen étnico.

Es importante enfatizar la problemática que proviene cuando se problematizan términos como “incitación”, que se enfatiza en las consecuencias de la conducta y en la posibilidad de su materialización; lo mismo sucede con “promover”, es decir, se soslaya lo que el discurso hace en sí mismo (dañar la dignidad humana, la autoestima y el estigma social del grupo en cuestión) a favor de lo que este podría ocasionar. Pues de la presencia de ambos se obtiene como conclusión la existencia de violaciones de los derechos humanos y de una discriminación de manera directa, por el solo hecho de haber sido pronunciado.

IV. Dignidad y Discriminación

Vivir bajo estigmas sociales es una forma de vivir la discriminación, donde las personas se enfrentan contra barreras que las estancan o limitan, pues solo les permiten desarrollarse dentro de estas, con ello se violenta su libertad. En muchos casos, la discriminación y estigmas sociales pasan a ser parte de una cultura, donde los estereotipos son parte de la cotidianidad, con ello atraen ideas de inferioridad y de superioridad de un grupo social a otro. La discriminación puede llegar a un punto de normalización que debe ser tratado con urgencia, donde los grupos favorecidos creen tener los derechos de estereotipar, denigrar y tratar como inferiores a las demás personas, a grados en los que, si alguna persona decide levantar la voz, puede llegar a ser vista como exagerada, sensible o ser alguien que no entiende a la sociedad y solo quiere llamar la atención.

Llegar al punto donde agredir verbalmente a una persona es normalizado por la sociedad no debe verse como bueno por más que la mayoría lo acepte. Es

necesario recordar que los grupos desventajados son quienes lo padecen a grados donde llegan a ser vistos como las “minorías”, palabra peyorativa que representa un menor valor, cuando realmente la palabra debería ser una alarma al señalar a grupos con menos acceso a los beneficios económicos-sociales.

Los estereotipos son una fuente de discriminación en varios sentidos, pues condicionan la identidad y las capacidades de las personas y a menudo son utilizados como guías que indican cuáles grupos son admirados o despreciados, así como la manera en que se deben tratar a ciertas personas. Esto supone un daño a la autoestima de la persona perteneciente al grupo o sector despreciado y su exclusión ilegítima en el acceso de bienes y servicios (Pérez Portilla, 2013, p. 13), con ello se generan afectaciones permanentes contra las personas que viven dentro de esa pretendida realidad y contra las personas venideras (si esto no se logra erradicar).

El discurso de odio lleva consigo alusiones discriminatorias, pues, aunque ciertas clases y grupos sociales parecieran quedar solo en la discriminación, no es así, ya que el discurso de odio no solo discrimina, sino violenta. Puesto que diversas insinuaciones van más allá de una simple opinión, conllevan una intención final: generar acciones violentas; por consiguiente, el discurso de odio trae consigo humillación, imposición de estereotipos, xenofobia, homofobia, violencia de género, estigmas sociales, etc., muchas de estas represiones resultan en crímenes de odio.

El discurso de odio atenta principalmente contra la dignidad humana, la libertad del ser, la seguridad física y emocional de las personas, así como el honor.

El honor de las personas se ve afectado como consecuencia de las discursos discriminatorios y estigmatizados que generan una concepción diferenciada contra grupos específicos. Entendiéndose por honor “la estima de los terceros, o bien la consideración social, el buen nombre o buena fama, así como el sentimiento y conciencia de la propia dignidad” (Herrera-Tejedor, 1994, p.77).

La CoIDH, dentro de la sentencia del caso Tristán Donoso vs Panamá, reconoce el derecho a la honra:

El artículo 11 de la convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque legal contra la honra o reputación e impone a los estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques (Sentencia Caso Tristán Donoso vs Panamá, 2009, párr. 57).

Los derechos humanos deben ser velados por las y los agentes representantes del Estado y no lo contrario. Debido a esta necesidad, se han creado distintos instrumentos internacionales y nacionales para proteger a todas las personas, a fin de que estos derechos no sean vulnerados por medios discriminatorios; sin

embargo, poco hacen mención sobre la tipología “discurso de odio”.

V. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

A partir de las reformas de junio de 2011, el Estado mexicano no solo se compromete al respeto, sanción, prevención y protección de los derechos humanos, sino además crea una defensa mucho más amplia, pues pone dentro de la misma jerarquía a los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado ratifique y lo establece dentro de la constitución en sus artículos 1° y 133. De manera que, en el actuar de las y los servidores públicos, se deberá cumplir también con lo establecido en estos tratados, ello también engloba parte de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, como las convenciones, tratados, convenios, Corte Interamericana de Derechos Humanos y su comisión, sus jurisprudencias, estándares e informes, etc. Algunos de estos pueden dimanar de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de los que México es parte.

En el derecho internacional de los derechos humanos se ha buscado por distintos organismos proteger la libertad de expresión; sin embargo, en todo existen límites, protecciones y excepciones que buscan como fin primordial la protección de la dignidad y el respeto de cada persona para lograr la paz y la libertad del ser dentro de la sociedad, con todos los beneficios y sin excluyentes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), primer instrumento internacional en entablar los derechos humanos y su protección a nivel mundial, en su artículo 7° protege la no discriminación e incitación a la misma contra de terceras personas.

De la DUDH emana el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que establece las libertades de cada persona, según sus derechos civiles y políticos, en un entorno económico social y cultural, por ello obliga a los Estados parte a velar porque esa libertad sea cumplida y vela para que no se actúe en contrario, de manera que su artículo 19 protege la libertad de opinión y la reputación de todas las personas, pero, en su párrafo tercero, apartado a), establece restricciones en contra de quien afecte la reputación de terceros y, en su artículo 20, prohíbe la apología de odio y su incitación.

Debido a la complejidad de lo que conlleva la libertad de expresión y su restricción, dentro del artículo 19, párrafo tercero, del PIDCP, se generaron dos opiniones generales (10° y la 34) por parte del Comité de Derechos Humanos, con el fin de darle mayor claridad y entendimiento a la aplicación en el derecho interno de cada Estado parte. Es conveniente resaltar algunos puntos:

Recomendación general 10:

El párrafo 3 subraya expresamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y por esta razón se permiten ciertas restricciones del derecho en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto. No obstante, cuando un Estado Parte considera procedente imponer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo. El párrafo 3 establece tres condiciones que han de cumplir las restricciones: las restricciones deberán estar “fijadas por la ley”; únicamente pueden imponerse por una de las razones establecidas en los apartados a) y b) del párrafo 3; y deben justificarse como “necesarias” a fin de que el Estado Parte alcance uno de estos propósitos (Observación general N° 10 Libertad de opinión, artículo 19, 1983, párr. 4).

Esta recomendación da apertura a la posibilidad de restringir la libertad de expresión y establece lineamientos clave para su realización, que deberán en todo momento respetar el derecho en sí mismo, una cuestión bastante compleja que deja aún abierta la idea a distintas interpretaciones.

Recomendación general 34

El párrafo 3 señala expresamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales. Por este motivo, se prevén dos tipos de restricciones que pueden referirse al respeto de los derechos o la reputación de otras personas o a la protección de la seguridad nacional y el orden público, o de la salud y la moral públicas. Sin embargo, cuando un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho. El Comité recuerda que la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse. El Comité recuerda también las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, según el cual, “ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

En el párrafo 3 se enuncian condiciones expresas y solo con sujeción a esas condiciones pueden imponerse restricciones: las restricciones deben estar “fijadas por la ley”; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3 y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad. No se permiten restricciones por motivos que no estén especificados en el párrafo 3, aunque esos motivos justifiquen restricciones de otros derechos protegidos por el Pacto. Las restricciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen.

La primera de las razones legítimas para introducir una restricción que se enumeran en el párrafo 3 se refiere al respeto de los derechos o la reputación de los demás. El término “derechos” comprende los derechos humanos reconocidos en el Pacto y, más en general, en la normativa internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, puede ser legítimo restringir la libertad de expresión para proteger el derecho de voto amparado por el artículo 25, así como los derechos enunciados en el artículo 17. Estas restricciones deben interpretarse con cuidado: si bien puede ser permisible proteger a los votantes de formas de expresión que constituyan intimidación o coerción, estas restricciones no deben obstaculizar el debate político, incluidos, por ejemplo, los llamamientos a boicotear una elección en que el voto no es obligatorio. La expresión “los demás” puede referirse a otras personas a título individual

o como miembros de una comunidad, por ejemplo, a una comunidad definida por su fe religiosa o a un grupo étnico.

La segunda razón legítima es la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Las restricciones deben ser “necesarias” para la consecución de un propósito legítimo.

Cuando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza.

Los Estados partes solo están obligados a promulgar prohibiciones legales con respecto a las formas concretas de expresión que indica el artículo 20. En todos los casos en que el Estado restringe la libertad de expresión, es necesario justificar las prohibiciones y poner sus disposiciones en estricta conformidad con el artículo 19 (La libertad de opinión y expresión en la Observación General No. 34 del Comité de Derechos Humanos del PIDCP, 2011).

De los puntos de la Recomendación general 34 se vislumbra un avance más diseminado del tema respecto de las limitantes y los lineamientos para su posible regulación, como la individualización de los casos y la obligación del Estado para protegerlos y justificarlos; por otro lado, entablan otras dos nuevas cuestiones “necesidad” y “proporcionalidad”, estas generan más preguntas que resoluciones.

Otro instrumento que ha buscado la erradicación de la discriminación es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su nombre segmenta la discriminación en uno de sus tipos debido a la proveniencia racial. Dentro de su artículo cuarto se habla por primera vez de penalización y establece la prohibición a las autoridades de promover o incitar al odio y la discriminación.

Además, dentro de la convención se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual tiene la facultad de realizar recomendaciones,³ a fin de ser guías para el cumplimiento de la convención, de esta manera se crea la Recomendación general N° 35, donde se entabla el término “discurso de odio”. Esta recomendación es de particular relevancia, pues coloca a la libertad de expresión como herramienta fundamental para la defensa de la dignidad de las personas.

Aunque bien es cierto que solo establece una penalización y una aplicación a las autoridades de manera específica contra de la discriminación racial, lo que podría llegar a verse como limitado, crea un precedente para replicarlo en los distintos tipos de discriminación existentes contra de las autoridades que busquen provocar o replicar dichas conductas.

En cuanto a la protección de derechos humanos a nivel regional se encuentra la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), o pacto de San

3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Artículo 9 [...]2. El Comité informará cada año, por conducto del Secretario General, a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se comunicarán a la Asamblea General, junto con las observaciones de los Estados partes, si las hubiere.

José. En su artículo 13 entabla la protección de la reputación y además extiende la regulación sobre eventos públicos. Otra acción importante de la CADH fue el establecimiento de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y una Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). Dentro de la CIDH se crean oficinas especializadas acerca de los distintos derechos humanos llamadas relatorías, tienen como finalidad investigar y tratar más a fondo los temas específicos de los derechos humanos y crear informes o declaraciones que sirvan de referente para su regulación; la libertad de expresión tiene la suya. Está relatoría reafirma la prohibición de cualquier medio de incitación al odio.

La CIDH y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión consideran que, a la luz de los principios generales de la interpretación de los tratados, la “apología del odio” dirigida contra las personas sobre la base de su orientación sexual, identidad de género o diversidad corporal, que constituya incitación a la violencia o a “cualquier otra acción ilegal similar”, se enmarca dentro de esta disposición y, por lo tanto, resulta contraria a la Convención Americana (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2009, Cap III).

Dentro de los informes anuales de la relatoría se ha establecido que, incluso cuando un discurso oficial puede no haber autorizado, instruido o incitado directamente a la violencia, con frecuencia puede poner a las potenciales víctimas de violencia en una situación de mayor vulnerabilidad ante el Estado y ante ciertos sectores de la sociedad. Asimismo, establece que la CIDH y la CoIDH han reiterado que, a la luz de las obligaciones estatales de respetar, garantizar y promover los derechos humanos, las y los funcionarios públicos tienen el deber de garantizar que cuando ejercen su libertad de expresión no están ignorando los derechos humanos (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2009, Cap II y III).

Aunque la distinta normativa habla de no discriminación, de prohibición de la incitación al odio o busca penalizar a quien lo realice, esta carece del establecimiento puntual del discurso de odio, es por medio de las sentencias de tribunales internacionales que se ha encontrado su nombrar. Se encuentra en un primer acercamiento dentro del Caso Ruanda *Caso de los Medios*, donde, en abril de 1994, se cometió el crimen de genocidio derivado de la incitación al odio por medio de emisiones de radio, donde se realizaron instrucciones específicas para que las y los ciudadanos hutus cometieran las matanzas contra de los tutsis. Dichas transmisiones fueron dirigidas por líderes políticos, aunque como tal no es tomado como discurso de odio debido a que El Tribunal Penal Internacional juzgó a Ruanda por genocidio, derivado de la incitación al odio, el cual fue visto como una causa y no como el crimen final.

Es con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos donde se encuentra un pronunciamiento de la tipicidad de discurso de odio, donde enfatiza la importancia de la protección y salvaguarda de la dignidad humana y rechaza de manera contundente el discurso de odio, el cual incita directamente a la violencia. Como ejemplo está la sentencia Féret contra Bélgica del 16 de julio de 2009. En dicha resolución se cuestionaba la condena impuesta al presidente del partido político Frente Nacional por la difusión de diversos panfletos en los que se promovía la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica. En la sentencia se afirmó

que, aunque las expresiones fueron proferidas en campaña electoral, y el debate político constituye el núcleo del contenido protegido por la libertad de expresión, la condena al presidente del partido se apreció según el artículo 10 del CEDH. Asimismo, se razonó que las expresiones empleadas para dar a conocer el proyecto político de dicho partido incitaban claramente a la discriminación y al odio racial.

El relator especial de la ONU ha advertido que, cuando las y los funcionarios inciden en discurso de odio, “menoscaban no solo el derecho de no discriminación de los grupos afectados, sino también la confianza que tales grupos depositan en las instituciones del Estado y, con ello, la calidad y el nivel de su participación en la democracia”, por lo tanto, los Estados deben adoptar “las medidas disciplinarias adecuadas en el caso de incitaciones al odio o apología del odio por parte de funcionarios públicos” (ONU, 2012, párr. 67).

A partir de lo establecido en los tratados internacionales, y conforme al principio de convencionalidad, la legislación mexicana ha creado su debida normatividad, donde busca que sea protegida la dignidad de todas las personas dentro del territorio mexicano.

VI. Legislación mexicana

A partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en su artículo 1º, párrafo quinto, se extienden los motivos por los que está prohibido discriminar:

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.

Es importante enfatizar en el establecimiento de la palabra personas dentro del ordenamiento, ello crea una línea que no permite segregar, dividir o excluir, al dar un panorama universal y al obligar a todas las personas a su cumplimiento dentro del territorio nacional.

El artículo 6º marca una protección a la libertad de expresión y, como en toda norma, existe su excepción, aquí la establece contra todo aquello que transgreda la dignidad humana por medio de incitar o motivar crímenes o transgreda a la sociedad.

Dentro de su legislación interna se cuenta con la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en su artículo 1º, párrafo tercero, define qué es la discriminación y, en su artículo 4º, establece la prohibición de replicar dichas acciones.

Artículo 1

III. Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.

Artículo 4 Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades en términos del artículo 1o. constitucional y el artículo 1, párrafo segundo, fracción III de esta Ley.

En su artículo 6° sobresale la interpretación de la ley, debido a que establece que debe realizarse no solo a las leyes que emanan del Estado mexicano, sino a los tratados internacionales de los que es parte.

Además, dentro de su artículo 9°, establece una lista de conductas que quedan estrictamente prohibidas, pues su realización se considera discriminatoria; resaltan las siguientes:

Artículo 9. Con base en lo establecido en el artículo primero constitucional y el artículo 1, párrafo segundo, fracción III de esta Ley se consideran como discriminación, entre otras:

XV. Promover el odio y la violencia a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación; ...

XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, injuria, persecución o la exclusión;

XXVIII. Realizar o promover violencia física, sexual, o psicológica, patrimonial o económica por la edad, género, discapacidad, apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual, o por cualquier otro motivo de discriminación.

De la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación se crea el Consejo Nacional para Prevenir La Discriminación (Conapred), el cual es una institución que busca generar políticas y medidas que garanticen la igualdad y la no discriminación, y que, de acuerdo con el artículo 20 de la ley, le establece distintas atribuciones, donde resaltan las siguientes:

Artículo 20.- Son atribuciones del Consejo:

XLIV. Conocer e investigar los presuntos casos de discriminación que se presenten, cometidos por personas servidoras públicas, poderes públicos federales o particulares y velar porque se garantice el cumplimiento de todas las resoluciones del propio Consejo;

[...]

XLVI. Emitir resoluciones por disposición e informes especiales y, en su caso, establecer medidas administrativas y de reparación contra las personas servidoras públicas federales, los poderes público federales o particulares en caso de cometer alguna acción u omisión de

discriminación previstas en esta Ley.

De las dos fracciones sobresale que, por un lado, no se segmentan dentro del Conapred los diferentes tipos de discriminación, sino que es un solo órgano el cual no cuenta con áreas específicas y que no hace mención de herramientas que ayuden a dilucidar los actos discriminatorios que acontezcan.

También es posible encontrar dentro del Código Penal para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) el primer antecedente que estableció como delito la discriminación y dentro de sus causas incluye la provocación al odio en su artículo 206.

Artículo 206. Se impondrán de uno a tres años de prisión o de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad y multa de cincuenta a doscientos días al que, por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

I.- Provoque o incite al odio o a la violencia;
Este delito se perseguirá por querrela.

Cabe resaltar dos puntos, en primera, aunque es cierto que no habla de autoridades, sí establece que todas las personas podrán ser juzgadas por este delito y, en un segundo momento, que es un delito, donde las propias autoridades deben estar pendientes de que este crimen no sea cometido y, de haberse efectuado, deben realizar lo procedente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha expresado su postura respecto a los límites que debe tener la libertad de expresión debido a las posibles afectaciones que estas generan.

El respeto al honor de las personas, como límite de lo ejercicio de la libertad de expresión cuando las manifestaciones se refieran a grupos sociales determinado..., Alcanzar un mayor estándar de protección, cuando las penas se refieran a colectividades que por rasgos dominantes, sociológicos, étnicos religiosos, han sido ofendidos a título colectivo por el resto de la comunidad. En efecto, esta protección de los grupos sociales se intensifica cuando en una sociedad determinada ha existido un constante rechazo a las personas que los integran, ante lo cual, en un lenguaje que se utiliza para ofender o descalificar a las mismas adquiere la calificativa de discriminatorio.

Es innegable que lenguaje influye en la percepción que las personas tienen de la realidad, provocando que los prejuicios sociales, mismos que sirven de base para las prácticas de exclusión, se arraigan en la sociedad mediante expresiones que predisponen la marginación de ciertos individuos... Las percepciones o las imágenes que tenemos de ciertos grupos influyen de forma definitiva en nuestras expectativas hacia ella, en nuestros juicios, en nuestro comportamiento (Amparo directo en Revisión 2806/2012, 2013, pp.40 -41).

De todo lo expuesto referente a la normativa se denotan vacíos y que hace falta mucho trabajo por hacer, por una parte, implica la necesidad de tener un instrumento que pueda determinar la afectación que el discurso pueda generar y, además, contar con recursos efectivos de evaluación de acuerdo con cada una de las modalidades de discriminación existentes. Cabría bien comenzar con que las normativas tuviesen bien expresado y clarificado al discurso de odio.

Los principios de Camden sobre la Libertad de Expresión y la Igualdad (2019), desarrollados por una organización de la sociedad civil sobre la base de discusiones en las que participó un grupo de alto nivel de expertos de la ONU y otros organismos, así como especialistas de la sociedad civil y académicos, recomiendan que:

[...] los sistemas nacionales jurídicos deberán dejar en claro, ya sea explícitamente o mediante interpretación autoritativa, que: i. Los términos 'odio' y 'hostilidad' se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo. ii. El término 'promoción' se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo. iii. El término 'incitación' se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos.

El Plan de Acción de Rabat de la ONU (2013) considera parte de los principios de Camden y establece una serie de criterios para posibilitar una forma de identificación del discurso de odio y además propone su penalización.

[...]

- i) el contexto social y político prevalente al momento en que el discurso fue emitido y diseminado;
- ii) la posición o el estatus social del emisor del discurso, incluyendo la postura del individuo o de la organización en el contexto de la audiencia a la cual se dirige el discurso;
- iii) la intención del emisor del discurso;
- iv) el contenido o la forma del discurso, que puede incluir la evaluación de hasta qué grado el discurso fue provocador y directo, así como un enfoque en la forma, estilo y naturaleza de los argumentos expresados en el discurso en cuestión o en el balance alcanzado entre los argumentos expresados;
- v) el ámbito del discurso, incluyendo elementos como el alcance del discurso, su naturaleza pública, la magnitud y el tamaño de la audiencia; y
- vi) la posibilidad, inclusive la inminencia, de que exista una probabilidad razonable de que el discurso tenga éxito en incitar a una acción real contra el grupo al que se dirige, reconociendo que esa relación de causalidad debe ser más bien directa.

[...]

Deben considerarse recursos y sanciones civiles, incluyendo daños pecuniarios y no pecuniarios, en conjunto con los derechos a la rectificación y a la réplica. También deben considerarse sanciones administrativas y otros recursos, incluyendo aquellos identificados e implementados por los distintos organismos profesionales y regulatorios. [...]

Aún con estos criterios, queda abierta la forma de evaluar e identificar el discurso de odio debido a falta de comprensión de la palabra incitación y cómo comprobarla, ello resalta la imperiosa necesidad de un protocolo o estándar para su identificación y corroboración, ya que debe tomarse como prioridad la

posibilidad de ocasionar consecuencias irreparables en la sociedad generada por medio de los discursos de odio. Además, que la réplica de estigmas y estereotipos sociales condena a los grupos a los que va dirigido a vivir bajo de estos y sufrir las secuelas que de ellos emanan, por lo tanto, cabría la posibilidad de escuchar a los grupos afectados y que expresen sus razones y sentimientos, para con ello ayudar al legislador a tomar una ruta más certera. Por lo tanto, las y los legisladores y juzgadores que traten el tema, deben ser capacitados con una perspectiva de inclusión y no discriminación, donde las personas sean realmente escuchadas y su dicho no se considere como una “exageración” o que “solo quieren llamar la atención”.

Por otro lado, no basta solo con sancionar, también dentro de la regulación deben existir métodos de prevención de las conductas y de medidas de reparación de las víctimas. La acción de prevenir puede provenir de distintos ejes, comenzando con seguir la obligación de neutralidad establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por parte de los agentes del Estado, que como tal son una extensión de este.

[...]la obligación primaria de la neutralidad del Estado frente a los contenidos de las opiniones y, en consecuencia, por la necesidad de garantizar que no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público (Tesis XXIX/2011, 2012, p.2319).

Respecto de la reparación, esta se puede realizar por distintos medios, como la disculpa pública, generar campañas de contravengan los estereotipos o vulneraciones realizadas contra la comunidad, el acceso efectivo a los servicios del Estado, derecho a réplica, acompañamiento psicológico, hasta compensaciones económicas. La propia CADH, en su artículo 14, establece la obligación de rectificación respecto de expresiones lastimosas en contra de otra persona:

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

[...].

Si bien es muy importante para las víctimas, el reconocimiento de las acciones y su rectificación no debe quedar solo en el discurso, sino que deben realizarse acciones específicas y certeras para mejorar las percepciones de los grupos vulnerados y para impedir que la violencia incitada llegue a cumplir su fin.

VII. Reflexiones finales

El discurso de odio no debe tomarse a la ligera o como una simple expresión, mucho menos cuando este proceda de agentes del Estado, quienes representan un poder y que hablan a nombre de este. Cualquier acto cuyo fin sea generar violencia debe ser prohibido y sancionado; además, deben crearse recursos efectivos de denuncia y reparación del daño de manera urgente contra quienes se vieron afectadas o afectados.

No escuchar a las víctimas es ser parte del problema y no basta con solo oírla, es importante generar acciones que desmientan y diluyan los estereotipos sociales, raciales, de género, etc., pues, de no ser así, el discurso realizará su cometido, donde persistan las discriminaciones, la segmentación y el odio y, con ello, existirán crímenes derivados de la xenofobia, la homofobia, el machismo, la intolerancia y la falsa superioridad de una sociedad sobre otra.

El Estado mexicano debe generar normatividad que realmente defina el discurso de odio, basándose en los tratados internacionales de derechos humanos de los que es parte y al tomar como referencia la jurisprudencia existente, que, aunque si bien el derecho internacional de los derechos humanos también se ve sobrepasado por todos los acontecimientos ocurridos cotidianamente, el discurso de odio y sus consecuencias se han visto ejecutadas desde antes de la creación de la ONU, ello hace pensar que, de haber existido una regulación oportuna, no estaríamos frente a la realidad que se vive hoy en día respecto de comunidades que se encuentran matándose y odiándose una a otras, o de grupos que se tienen como superiores y que someten a los que no consideran pertenecientes, así como el acceso a la justicia que varía según el grupo social que se trate.

El derecho internacional de los derechos humanos debe ser más claro y contundente respecto de la libertad de expresión y sus restricciones debido a que aún existen lagunas dentro de los distintos pronunciamientos, que no permiten el avance regulatorio y mucho menos su aplicabilidad.

También debe ser de vital importancia crear órganos o instituciones con áreas especializadas y que cuenten con personal capacitado para llevar de manera efectiva las denuncias, además de un seguimiento constante a cada cuestión en particular, porque no basta solo con una sentencia, pues es posible que existan consecuencias y amenazas contra los grupos vulnerables; además, es importante que cada dictamen tenga un cumplimiento efectivo y que genere un cambio permanente y la no repetición de las conductas.

Se deben dejar de naturalizar las conductas agresivas y lascivas contra la humanidad, mirar al pasado y ver todo lo que el odio entre culturas y sociedades ha ocasionado debería ser el foco rojo de la nota; negar lo ocurrido no evitará su repetición, pero aceptarlo y enfrentarlo será la diferencia y el primer paso para su erradicación.

VIII. Referencias Bibliográficas

- (1997) *Recomendación 20 del Comité de Ministros sobre el Discurso del Odio*; http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp
- ACNUDH | *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. (Dakota del Norte). Www.Ohchr.org. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>
- ACNUDH | (2019) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Ohchr.org. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Alcácer Guirao R, (2015) El discurso del odio' en EE. UU. y Europa, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 103
- Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2013) *Plan de acción de Rabat*, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf
- Amparo directo en Revisión 2806/2012*, sentencia de 6 de marzo de 2013, https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/actas-sesiones-publicas/documento/2016-11-14/ActaSesPub20130306_0.pdf
- Artículo 19 (2009) *Los Principios de Camden Sobre La Libertad de Expresión y La Igualdad*. <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf>
- Bertoni E, (2007) *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Editores del Puerto
- Cham, G. (2003). *Teoría del Discurso* (primera edición). Jalisco, México, CUCSH-UDG
- CIDH. (2009) *Informe Anual 2009*. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf>
- Código Penal Para El Distrito Federal* (2019) Df. Gob. Mx. <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r2409.htm>
- CoIDH, (2009) *Sentencia Caso Tristán Donoso vs Panamá* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf

- Comité de Derechos Humanos (2011) *La libertad de opinión y expresión en la Observación General No. 34 del Comité de Derechos Humanos del PIDCP* <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29429.pdf>
- Comité de Derechos Humanos (1983) Observación general N° 10 *Libertad de opinión (artículo 19)* https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html
- Consejo de seguridad de la ONU (2020) *Tribunales internacionales* <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/repertoire/international-tribunals>
- Diputados, C., Congreso De, D. y Unión, L. (1917) *Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos* http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf
- Diputados, Congreso de la y Unión. (2003) *Ley Federal Para Prevenir Y Eliminar La Discriminación*. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262_210618.pdf
- Esquivel A Y (2016). *El discurso del odio en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2016.35.10491>
- Gómez Bocanegra, J M (2008). *Fundamentos para el análisis del discurso político*, primera ed. CUCSH-UDG
- H. Kelsen (1982) *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. 2ª. Ed. Fondo de Cultura Económica.
- Herrero-Tejedor F, (1994) *Honor, intimidad y propia imagen*. 1ra. Ed. Colex
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (2012) *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*. A/67/357 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10876.pdf>
- Osiatynsky W, (1993) *The historical development of human rights*, Routledge Handbook of International Human Rights Law
- Pérez Portilla K. (2013). *Aspectos culturales de la discriminación a la luz de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos*. Comisión Nacional De Los Derechos Humanos.

Pérez Portilla K, (2015) *¿Sólo palabras? El discurso de odio y las expresiones discriminatorias en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Tesis XXIX/2011 de la primera sala, de rubro: “*LIBERTAD DE EXPRESION Y OBLIGACIÓN DE NEUTRALIDAD DEL ESTADO FRENTE AL CONTENIDO DE LAS OPINIONES*”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima época, Libro IV, Tomo 3, enero 2012

Tratados Multilaterales> *Departamento de Derecho Internacional, Convención Americana sobre los Derechos Humanos OEA* https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Van Dijk Teun A. (2000) *El discurso como interacción social. Estudios sobre el discurso II una introducción multidisciplinaria*. Gedisa

El derecho de la familia de personas contagiadas con COVID-19 a recibir información durante la pandemia en México

The right of COVID-19 patient's family to receive information during the pandemic in Mexico

Alma Jéssica Velázquez Gallardo¹

Sumario. I. Introducción. II. Derecho a la Protección de la Salud. III. El Derecho a la Información en Salud en la Normatividad e Instrumentos Internacionales. IV. Doctrina sobre el Derecho a la Información en Salud. V. Situación de COVID-19 en México. VI. Conclusiones. VII. Referencias Bibliográficas.

Fecha de recepción: 11 de febrero de 2021

Fecha de aceptación: 9 de abril de 2021

Resumen

En la relación médico-paciente es de suma trascendencia el derecho de las personas a recibir información sobre su estado de salud. La familia juega un rol protagónico respecto a la recepción de esta y, cuando no se proporciona, se mantiene la incertidumbre, situación que ocurre en las clínicas y hospitales a lo largo y ancho de México. Se expresa en las quejas presentadas ante las comisiones de arbitraje médico a nivel nacional y estatal. La irrupción de la pandemia ha dejado ver la falta de organización y la deficiencia en los canales adecuados para proporcionar información sobre los pacientes que padecen COVID-19. Ello ha desencadenado, no solo inconformidad y manifestaciones, sino que ha trastocado un derecho de los familiares a estar informados respecto de la salud de la persona enferma.

Abstract:

In the doctor-patient relationship, the right of people to receive information about their health status is of the utmost importance. The family plays a leading role regarding the reception of it and, when it is not provided, uncertainty remains, a situation that occurs in clinics and hospitals throughout Mexico, which is expressed in the complaints presented before the medical arbitration commissions at the national level. The irruption of the pandemic in the reality has revealed the lack of organization and the deficiency in the appropriate channels

1. Profesor Docente e Investigador del Departamento de Justicia y Derecho del Centro Universitario de la Ciénega de la Universidad de Guadalajara, con reconocimiento de perfil PRODEP y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

to provide information regarding patients who have the COVID-19 disease. That has triggered not only disagreement and demonstrations, but has disrupted the right of family members to be informed about the health of the sick person.

Palabras clave: Derecho a la información en salud, familiares, pandemia, COVID-19.

Keywords: *Right to information in health, family, pandemic, COVID-19.*

I. Introducción

La pandemia derivada de la existencia del SARS-COV2 (en adelante COVID-19), enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto recientemente y que afecta a los países del mundo (OMS, 2020), ha aparecido en las vidas de forma disruptiva y poderosa y ha cambiado la realidad, la forma de trabajar, de salir a la calle, de entretenimiento y de relacionarse, sin embargo, el foco de la pandemia es la situación de salud. Los gobiernos han sido puestos a prueba a la par que el Sistema Nacional de Salud y sus respectivas instancias estatales y municipales. Al ser la materia de salud una tarea que atañe a todos los niveles de gobierno, se han dado una serie de retos desde la organización, coordinación y comunicación entre estos para enfrentar la situación pandémica, donde se debe privilegiar en todo momento la salud de las personas y la prevención del contagio.

Los gobiernos, las autoridades y, en particular, las y los funcionarios públicos, deben cuidar las tareas de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos que mandata la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y ponderar las tareas de salud que representan un reto ante la pandemia, ello implica el respeto en todo momento de los derechos de las personas a la protección de la salud y de sus familiares a la información en salud, previsto en el artículo 30 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica (en adelante RLGS).

En este texto, se expone la situación internacional del derecho a la información en salud y lo relativo a cómo se encuentra normado en México. Asimismo, se aborda el problema desde las notas periodísticas que se han publicado en diferentes medios de comunicación, respecto a la desinformación que permea entre los familiares sobre la atención de pacientes con COVID-19, se resalta la importancia en la relación médico-paciente de informar siempre a los familiares y su trascendencia en las situaciones críticas de salud como las que actualmente se enfrentan y cómo se ha vulnerado este derecho humano a la información.

II. Derecho a la Protección de la Salud

La atención médica es una tarea prioritaria de todos los gobiernos y es un derecho fundamental previsto en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos y en diversos instrumentos internacionales que también son ley superior en el país. El derecho a la protección de la salud debe ser tutelado, al ser un bien jurídico primigenio, para gozar de otros derechos (Hernández-Torres, Coello Garcés, & Santacruz Varela, 2008).

Sobre el derecho a la salud, se ha afirmado por Casa Madrid que “es un derecho de crédito, es decir, el gobernado tiene derecho a determinados servicios en salud” (Casa Madrid Mata, 2000), y señala que, en el caso de no recibirlos, puede obtenerlos mediante un juicio de amparo.

Acosta señala que el derecho a la protección de la salud “no implica una obligación de resultados, pero sí una obligación de medios” (Acosta Gallo, 2002, pág. 36). El Estado debe poner todos los medios a su alcance para la protección de la salud de las personas.

El derecho a la protección a la salud, al ser un derecho fundamental, a la luz de lo que Peces Barba (1995) explica en el sentido de que son aquéllos vinculados a su reconocimiento constitucional o legal, como el caso del Estado mexicano, este tiene la obligación de poner todos los medios a su alcance para colmarlo en beneficio de la ciudadanía; la pandemia por COVID-19 pone en primer plano este derecho y los que se derivan de este. Al ser la atención en salud y la información derechos de las y los pacientes y de sus familiares, cobra relevancia su estudio por las circunstancias que rodean al COVID-19: su alta contagiosidad y el aislamiento de la persona enferma. Ello impide mantener una relación médico-paciente-familiares, como se hacía en las unidades hospitalarias del Sistema Nacional de Salud.

III. El Derecho a la Información en Salud en la Normatividad e Instrumentos Internacionales

El derecho a la información clínica está garantizado en los instrumentos internacionales. De acuerdo con Lema Añón (2009), es un derecho que se desdobra del derecho a la salud o también llamado a la protección de la salud. Es un derecho de las y los usuarios de la sanidad, llámese salud pública o privada. A continuación, se expone su regulación a nivel internacional y nacional:

Ámbito Internacional

El derecho a la salud se encuentra en diversos instrumentos internacionales, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25), como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 11), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Artículo 12), la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer (Artículo 12), la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 24), entre otros.

Respecto a la normatividad relacionada al derecho a la salud y su pronunciamiento a nivel internacional, se advierte que al paso del tiempo los derechos de las y los pacientes han sido constantemente reconocidos, entre los que se ha incluido el derecho a la información en salud y que se recoge en la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente,² adoptada en 1981 y reafirmada en 2015, que establece que el paciente debe estar totalmente informado de su salud, mientras que la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa,³ en su punto 2, amplía lo relacionado al derecho a la información de los pacientes en salud en su contenido, alcances y, en su caso, renuncia o suplencia de quién recibe la información sobre el estado de salud del paciente (Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, 1994). Mientras que en Oviedo, Asturias, se emitió el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, que en su artículo 10 establece lo relacionado al derecho a la vida privada y a la información y, en lo relacionado a esta última, a conocer toda la información obtenida respecto a su salud. (Consejo de Europa, 1997).

Si bien se ha reconocido a nivel internacional el derecho a la información en salud de las y los pacientes como titulares indiscutibles de esta, es el derecho de los familiares a la información en salud lo que plantea la necesidad de ser más específicos en torno a esta, al menos en cuanto a los instrumentos internacionales citados, sobre todo cuando el aislamiento del paciente se hace necesario frente a una enfermedad altamente contagiosa y los familiares no pueden estar presentes durante el proceso de atención médica, como con el COVID-19, por lo tanto, la información se vuelve fundamental para evitar incertidumbre, angustia y vulneración del derecho.

Ámbito Nacional

En cuanto a la legislación nacional en México, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece desde 1983 el derecho a la Protección de la Salud en los siguientes términos:

Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social. (Art. 4)

La importancia de este artículo estriba en la incorporación del derecho a la protección de la salud, su validación como un derecho fundamental y de obligatoriedad para el Estado mexicano en los diversos órdenes de gobierno. Se le reconoce como un derecho social y, actualmente, con la reforma de junio de 2011 al artículo 1º constitucional como un derecho humano, “vinculado a

2. Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial, celebrada en Lisboa Portugal en 1981, ha sufrido revisiones y modificaciones por subsecuentes asambleas de la asociación, reafirmada en abril de 2015.
3. Realizada el 28 de junio de 1994 por miembros de la Oficina Regional de Europa de la Organización Mundial de la Salud.

otros como el derecho a la alimentación, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación...” (Consejo Económico y Social ONU, 2000, pág. 2). Además, el derecho a la salud abarca de forma extensiva factores determinantes básicos esta, “como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano” (Consejo Económico y Social ONU, 2000, pág. 2).

Otro de los rasgos que caracteriza al derecho a la salud es que entraña libertades y derechos. Entre estos últimos figura “el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud” (Consejo Económico y Social ONU, 2000, pág. 3).

El Sistema Nacional de Salud tiene el reto de garantizar la protección de la salud de las personas, en la medida de sus posibilidades y, simultáneamente, cumplir las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos de forma holística.

En México, para regular y especificar lo relacionado con el derecho de protección de la salud, se expidió en 1984, la Ley General de Salud, que establece:

Artículo 51.- Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Artículo 51 Bis 1.- Los usuarios tendrán derecho a recibir información suficiente, clara, oportuna, y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen. Cuando se trate de la atención a los usuarios originarios de pueblos y comunidades indígenas, estos tendrán derecho a obtener información necesaria en su lengua (Art. 51 y 51 Bis).

En dichos artículos se establecen derechos de los usuarios a los servicios de salud, a obtener prestaciones de salud oportunas, de calidad, con ética y responsabilidad, recibir trato digno y respetuoso; asimismo, tener acceso a la información suficiente, clara, oportuna y veraz, con estas características del derecho a la información en salud establecidas en el derecho positivo vigente remite a los deberes que el personal de salud tiene, respecto a la forma y alcances de proporcionar la información en salud.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, de mayo de 1986, dispone, la obligación de proporcionar al usuario, familiares, tutores o representantes legales, cuando lo soliciten, un resumen clínico en los siguientes términos: “El responsable del establecimiento estará obligado a proporcionar al usuario, familiar, tutor o representante legal, cuando lo soliciten, el resumen clínico sobre el diagnóstico, evolución, tratamiento y pronóstico del padecimiento que ameritó el internamiento” (Art. 30).

En este artículo se fundamenta el derecho de los familiares a contar con información sobre el diagnóstico, la evolución del paciente, el tratamiento que se proporciona y el pronóstico del padecimiento. Información que, incluso, y de ser requerido, el establecimiento de salud debe entregar un resumen clínico escrito por parte de un médico, que contenga los aspectos mencionados y todo dato relevante de la atención médica de un paciente que figure en el expediente clínico, además de estudios de laboratorio y gabinete.⁴

Se considera a México un país pionero del reconocimiento público y expreso de los derechos de las y los pacientes, ya que en 2001 se expidió la Carta de los Derechos Generales de los Pacientes, se establecieron diez derechos de forma explícita, derivado de un trabajo conjunto que encabezó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. Si bien no es una legislación en sí sobre los derechos, sí se refieren a normatividad en materia de salud y a consensos con expertos de la salud (Tena Tamayo, 2002).

Dicha carta contiene el listado de los diez derechos y el tercero de ellos y establece: “Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz”.

Recibir la información en la atención en salud es un derecho primigenio del paciente y un derecho del familiar, tutor o representante legal, a la luz del artículo 30 del reglamento citado (*supra*).

Una característica que debe tener la información a otorgar al paciente o al familiar, tutor o representante legal es la oportunidad y veracidad, es decir, que “se brinde con oportunidad con el fin de favorecer el conocimiento pleno del estado de salud del paciente y sea siempre veraz, ajustada a la realidad” (Secretaría de Salud, 2002).

Las rutinas en el acceso a las clínicas y hospitales, al decretarse la pandemia por COVID-19, han dado un vuelco por las características de la enfermedad: alta contagiosidad, aislamiento del paciente, síntomas importantes, como la disnea, fiebre, entre otras (OMS, 2020). Por ello, es de suma importancia dar a conocer toda la información para el paciente y sus familiares, de esta manera podrán tomarán decisiones según su padecimiento, se respetará su autonomía y, principalmente, no se vulneraría el derecho a la información en salud establecido en la legislación mexicana.

IV. Doctrina sobre el Derecho a la Información en Salud

El derecho a la información en salud abarca una serie de elementos que no solo se limitan a la información sobre su estado de salud, sino también a la información sobre la situación de salud que prevalece en cada país: la información al paciente es reconocida normativamente y se ha dado una protección amplia en la relación

4. Lo anterior también a la luz del punto 4.10 de la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del Expediente Clínico.

asistencial (en salud) a las personas que reciben atención médica, información que debe reunir una serie de características para cumplir con el irrestricto respeto de esas disposiciones, de ahí que el personal de salud debe conocer ampliamente la forma y extensión en que esta debe proporcionarse. Para algunos autores, la información debe ser entregada de forma continua al paciente en primer término y “a las personas vinculadas a ellos por razones familiares o de hecho o a su representante legal” (Seijas, 2006, págs. 28-29).

Mientras que otros autores señalan que la titularidad de la información es del paciente, según la Ley española 41/2002, y se admite la posibilidad de que sean también informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida de que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (Sánchez-Caro & Abellán, 2003, pág. 21).

La ley española le permite al paciente ser quien decida, qué persona puede recibir información sobre su estado de salud y los procedimientos a realizarse; lo que no debe confundirse es que el titular para otorgar el consentimiento siempre será el paciente y, en casos excepcionales, lo harán los familiares cuando se delegue la potestad o cuando, por la situación de salud, el paciente no pueda hacerlo por sí mismo.

La información que se debe proporcionar tiene que reunir ciertas características, con la finalidad de ayudar a cada persona a tomar decisiones sobre su propia salud, por lo tanto, ha de ser veraz, razonable y suficiente, refiriéndose al diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, según la naturaleza, riesgos y consecuencias de cada intervención. Información que cotidianamente se proporciona de manera verbal y se deja constancia en la historia clínica (Seijas, 2006).

En México también se prevé la titularidad de la información en salud al paciente; asimismo, lo es, en su caso, sus familiares, tutor o representante legal, a quienes se debe proporcionar, por parte del profesional de la salud, la información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento correspondientes, según lo que dispone el artículo 30 del RLGS.

V. Situación de COVID-19 en México

La aparición de COVID-19 en el mundo se da a partir de la notificación del 31 de diciembre de 2019 en Wuhan, China (Organización Mundial de la Salud, 2020).

La situación de COVID-19 en las américas, al 8 de marzo de 2021, informa 116 673 685 casos y 2 592 484 muertes; en México son 2 128 600 casos y 190 604 muertes, por lo que ocupa el tercer lugar de fallecimientos en el mundo, detrás de Estados Unidos y Brasil (Organización Panamericana de la Salud, 2021).

La presencia de COVID-19 en México impulsó a realizar la primera sesión extraordinaria del Consejo de Salubridad General el 19 de marzo de 2020, donde se reconoció a la epidemia como una enfermedad grave de atención prioritaria. Allí se establecieron las medidas de preparación, prevención y control de la epidemia y se exhortó a los gobiernos de los estados a definir planes de reconversión hospitalaria y expansión inmediata de capacidad para la atención oportuna de los casos de COVID-19; asimismo, se expuso el Plan Estratégico de Reconversión Hospitalaria del IMSS, donde participan 18 hospitales del país (Secretaría de Salud, 2020).

El 27 de marzo de 2020 se emitió un decreto⁵ por parte del titular del Ejecutivo federal, en el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas del territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad generada por COVID-19. Allí se determinó destinar todos los recursos médicos y de asistencia social de los sectores público y privado existentes en las regiones afectadas y en las colindantes; adquirir bienes y servicios de equipo médico y mercancías y objetos necesarios para hacer frente a la contingencia, sin necesidad de agotar trámites administrativos, además de la coordinación con las dependencias y entidades de la administración pública federal para la instrumentación de las medidas de mitigación y control de la enfermedad causada por COVID-19 en el país (Secretaría de Salud, 2020). El 31 de marzo se emitió el acuerdo donde se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por COVID-19; entre las más importantes fue la suspensión inmediata de las actividades no esenciales, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV2 en la comunidad y así disminuir la carga de enfermedad, sus complicaciones y la muerte en la población mexicana del 30 de marzo al 30 de abril de 2020.

Acentuar la mirada en el derecho de las personas permite visualizar el compromiso que ha adquirido el gobierno para atender la situación de la salud. Ello ha implicado acciones y estrategias diversificadas; desde la suspensión de actividades no esenciales por determinados períodos de tiempo; el resguardo domiciliario para evitar el contagio; las medidas de prevención al salir de casa, como el uso del cubrebocas y desinfectantes; el lavado frecuente de manos; estornudar o toser según la etiqueta respiratoria; saludo a distancia, etcétera. (Secretaría de Salud Federal, 2020).

Se atendieron necesidades para el cuidado de las y los trabajadores de la salud, a fin de evitar el contagio, situación que no ha podido evitarse y México ocupa el primer lugar en muertes de personal de salud en América Latina, con 2 580 casos por COVID-19 (Valadez, 2021).

Asimismo, y en la línea de atención a los enfermos de COVID-19, se encontró otro desafío: la insuficiencia respiratoria; por ello se realizaron compras de ventiladores a otros países (Arista, 2020). Otra acción es la que ha realizado el

5. Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

Sistema Nacional de Salud para enfrentar la enfermedad y encargarse, de la manera más profesional y atinada, de los pacientes, es por ello que se hizo una reconversión de hospitales para la atención de pacientes con este virus (Partida, 2020).

Si bien han sido acciones a favor de la ciudadanía y protección de la salud pública, el gobierno, sus dependencias y las y los funcionarios deben evitar exceder su actuar en el afán de protección, no vulnerar derechos humanos inherentes a las personas por acción u omisión, en particular, el del derecho a la información sobre salud.

Para dar una idea del avance de la enfermedad en México, se tomó como referencia un corte al 31 de octubre de 2020, y el más reciente el 8 de marzo de 2021. Ello se expresa en la tabla 1.

Tabla 1

Avance de COVID-19 en México

| | 31 de Octubre 2020 | 8 de Marzo de 2021 |
|--|--------------------|--------------------|
| Casos de COVID-19 confirmados en México | 918 811 | 2 128 600 |
| Muertes registradas por COVID-19 en México | 91 289 | 190 604 |

Nota: Elaboración Propia con información de la Organización Panamericana de la Salud.

En la tabla se observa un alza constante de la propagación de la enfermedad, con una cifra considerable de decesos en el país. El Estado mexicano, a través de las instancias correspondientes, debe redoblar los esfuerzos para reducir el contagio y muertes en el país disminuyan y se avance en el rubro de la vacunación para la inmunización.

Vulneración del Derecho a la información en salud durante la Pandemia por COVID-19

Evitar el contagio para no saturar los hospitales y atender adecuadamente a pacientes portadores de COVID-19 ha sido uno de los retos insignes. Se han tenido que cambiar las rutinas por el confinamiento y las medidas sanitarias de prevención. Sin embargo, el paciente con COVID-19 que llega a los hospitales no lo hace solo, usualmente es acompañado por un familiar o pariente; si la persona comparece a la unidad de salud por propio pie, en el corto tiempo llegará al hospital alguien para preguntar por el estado de salud del familiar correspondiente.

Esto se ha convertido en un reto particular para el personal de la salud y en general de quienes laboran en los hospitales que atienden a personas afectadas por COVID-19, de ello se desprende el problema central de este estudio: falta de información a familiares.

Para sustentar el problema que se ha suscitado durante la pandemia se presentan en la tabla 2 notas periodísticas de diversos medios de comunicación que describen la falta de información en salud que han sufrido los familiares de los pacientes con COVID-19.

Tabla 2

Notas Periodísticas sobre la falta de información a familiares con Pacientes COVID-19.

| Medio de Comunicación | Fecha de la Nota | Autor | Encabezado | Síntesis de la Nota |
|-----------------------|--------------------|----------------|--|---|
| Animal Político | 4 de mayo de 2020 | Manu Ureste | “La Falta de información en los hospitales nos está matando”, denuncian familiares de pacientes COVID-19 | “El pasado miércoles 29 de abril, Anahí y otros familiares de pacientes sospechosos Covid internados en el Hospital General de Iztapalapa bloquearon la calzada Ermita... para exigir que se les informara del estado de salud de sus familiares”. |
| Milenio | 13 de mayo de 2020 | Azucena Uresti | Familiares se quejan por la falta de información de los pacientes COVID | Las quejas por falta de información en los hospitales que atienden a pacientes de COVID no paran. Los familiares siguen ahí, les señalan algún horario para darles información y no se las dan, permanecen a las afueras del hospital, las quejas se repiten y la angustia es la misma. |

| | | | | |
|----------------------|--------------------|---------------------------|--|--|
| Mega Noticias | 13 de mayo de 2020 | Claudia Rodríguez | Familiares de Pacientes COVID se quejan de la falta de Información | Los familiares se quejan de que una vez ingresados al hospital sus familiares, ya no les dan datos, les piden se retiren pero señalan que si no les dan informes no se pueden ir, desconocen el tratamiento médico que le estén dando, les proporcionaron un número para llamar a la línea habilitada para recibir información de pacientes COVID-19 y nadie responde. |
| Animal Político | 2 de mayo de 2020 | Redacción Animal Político | Familiares de Pacientes COVID-19 irrumpen en hospital de las Américas de Ecatepec. | “Ante la falta de información al menos 15 personas en dos grupos ingresaron en las instalaciones del hospital y agredieron a personal médico, de vigilancia y administrativo del lugar, de acuerdo con la información proporcionada por el gobierno del estado”. |
| El Heraldo de Juárez | 9 de abril de 2020 | Paola Gamboa | Denuncia de falta de información a familiares de pacientes con COVID-19 en IMSS 66 | Familiares de pacientes del IMSS 66 denunciaron esta mañana a las afueras del hospital la falta de atención del personal médico... “Desde la tarde de ayer se ha informado de manifestaciones a las afueras del hospital por parte de familiares de pacientes internados por diferentes enfermedades que buscan que les den información sobre lo que sucede en el hospital”. |

| | | | | |
|---|---------------------|---------------------|--|---|
| Milenio | 7 de mayo de 2020 | Noticias Milenio | Familiares con pacientes de coronavirus exigen información en el hospital Juárez. | Familiares de pacientes covid-19 exigen información del estado de salud de sus seres queridos, “Más de una decena de familiares de pacientes están afuera, solo piden información del estado de salud de sus familiares pacientes COVID-19”. |
| Imagen Multicast | 5 de mayo de 2020 | Excelsior TV | Familiares denuncian falta de información en el hospital de Xoco | Protestan familiares por la falta de información de los pacientes, no les permiten verlos por lo que tomaron la entrada y salida del hospital ante la falta de informes. |
| Gaceta de la Universidad de Guadalajara | 17 de junio de 2020 | Mariana González M. | Falta de comunicación ha provocado fricciones entre personal de salud y familiares de pacientes COVID-19 | “Cuando revisamos al paciente y salimos con los familiares, sí pudiera haber alguna fricción por falta de información; pero estoy convencido de que gran parte de esa fricción, o el que no haya una buena relación médico-paciente-familiar, es porque no nos comunicamos de manera adecuada”, dijo el doctor Sergio Zúñiga Quiñones, internista especialista de enfermedades infecciosas del área de COVID-19 del Hospital Civil de Guadalajara Fray Antonio Alcalde. |

Nota. Elaboración propia con información de los distintos medios de comunicación citados.

Sin pretender ser una investigación exhaustiva, estas noticias son relevantes, pues exponen el problema ocurrido durante la pandemia, donde incluso se han registrado actos de protesta por parte de los familiares de las personas con

COVID-19 por carecer de la información y atención por parte del personal de salud de los hospitales en los estos que se encuentran.

También se deben considerar los esfuerzos que han hecho las diferentes instituciones de salud para atender de mejor manera a los familiares de los pacientes, al instalar una línea telefónica exclusivamente para saber el estado de salud del familiar, una dirección de correo electrónico o, en su caso, un módulo de atención (Vega, 2020). Aparentemente, y según lo que señalan los familiares a los medios de comunicación (supra), no han sido los mecanismos más eficientes ni los mejores para dar a conocer la situación de salud del familiar con COVID-19. La falta de información produce incertidumbre, angustia e inconformidad, incluso se consignaron declaraciones del personal de salud que solicitan que se rompa el cerco informativo, así expone un médico que solicita el anonimato:

“Un tercer doctor entrevistado..., explica que, ante esta situación, están pidiendo a las autoridades sanitarias romper el cerco de información, para rebajar la tensión con los pacientes y sus familiares, y para dar más transparencia a todo el proceso y evitar casos como en el hospital de Ecatepec”. “Tenemos a pacientes y a familiares incomunicados, sin posibilidad de despedirse al término de la vida, y eso, obviamente, genera una situación de angustia y de incertidumbre”, expone el médico (Ureste, 2020).

Derivado de los contenidos de las notas de los medios de comunicación se enumeran en la tabla 3 algunas situaciones sobre el derecho a la información en salud en las instancias hospitalarias:

Tabla 3

Notas Periodísticas sobre la falta de información a familiares con Pacientes COVID-19.

| Situaciones relacionadas con la falta de información en salud para los familiares de personas enfermas de COVID-19 | |
|--|--|
| 1 | No se proporciona la suficiente información al familiar sobre la situación de salud del paciente con COVID-19. |
| 2 | El familiar espera obtener información continua sobre el estado de salud de su pariente hospitalizado y no la reciben o es escasa, por ello permanecen fuera de las instalaciones durante horas, días o semanas. |
| 3 | En algunas dependencias de salud se establecieron horarios para proporcionar información a los pacientes y no se han respetado o no les entregan información suficiente, oportuna, clara y veraz. |
| 4 | No hay servicio de internet libre en los hospitales públicos, por ello a los familiares les es imposible comunicarse con sus parientes enfermos o con las unidades hospitalarias. |

Nota. Elaboración propia con la lectura de las notas de los medios de comunicación citadas.

Problemas que enfrenta el sector salud con relación al tema:

- Los familiares han irrumpido de forma violenta en los hospitales.
- Los familiares siguen a las afueras de los hospitales en espera de información de sus parientes enfermos y no quieren retirarse, por lo que pueden contagiarse.
- Peligro a la integridad corporal del personal de salud de los hospitales por posibles agresiones de los familiares de pacientes con COVID-19, ante la falta de información del estado de salud de éstos.

Se puede afirmar que hay un problema de vulneración de los derechos humanos no solo por lo que se ha consignado en los diferentes medios de comunicación analizados, sino que también se cuenta con la estadística de 2020 de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, donde, en el recuento de los motivos mencionados en la presentación de las quejas concluidas según causas detalladas y sector de atención, se encontró que 25 por ciento del total de quejas (1 928) presentadas ante dicha comisión se refieren a falta de información o información errónea (Comisión Nacional de Arbitraje Médico, 2020). Además, no se atiende lo dispuesto por el artículo 30 del RLGS, con lo cual se vulnera el derecho fundamental a la información a familiares de personas contagiadas con COVID-19 y hospitalizadas por dicha razón.

Los problemas de falta de información o información errónea se suscitan en la relación médico-paciente-familiar, por lo que tanto la comunicación y el establecer una estrecha relación con los familiares de los pacientes es fundamental, estos, al acompañar a su pariente, requieren por encima de todo ser informados de lo que acontece con su salud, así como los cuidados que se deben proporcionar dentro y fuera de la unidad médica, es por ello que diferentes autores la han evaluado como una acción tan cotidiana dentro de la relación médico-paciente como la misma atención médica (Nogales-Gaete, Vargas, & Vidal-Cañas, 2013).

En el día a día, antes de la pandemia decretada por COVID-19, se entendía una relación médico-paciente-familiares de forma indisoluble, trascendente y de suma relevancia en la consecución de logros en la atención médica y el restablecimiento de la salud de la persona. Esto con los cuidados intrahospitalarios y, después del alta del paciente, es fundamental el seguimiento del tratamiento para el éxito en la recuperación de la salud. Ya se conocían las reglas de la institución hospitalaria y los protocolos de salud, seguridad y comunicación, los cuales se acataban.

Con la irrupción de la pandemia, los protocolos y las reglas han cambiado, las adaptaciones no han terminado de darse en los hospitales; sin embargo, los datos referidos dan la idea de cuántos familiares de pacientes aguardan la información que no llega de forma suficiente, oportuna, veraz, comprensible, continua; ello aleja a los familiares de las personas contagiadas de COVID-19, respecto a la certeza de su estado de salud, en ocasiones la información la reciben a destiempo, otras veces se trata de malas noticias. Asimismo:

el modo en que se transmiten las noticias adversas tiene un impacto significativo en la comprensión, recepción y en las diferentes emociones asociadas a estas situaciones. Para pacientes, familiares o cuidadores, el modo en que se llevan a cabo estas conversaciones impacta en la percepción de la calidad de la atención” (Belli, 2020).

El derecho a la información a familiares está garantizado por la normatividad en salud, y la falta de esta u otorgarla en contrario a lo dispuesto o con falta de alguno de los requisitos que la propia ley determina impide el goce del derecho, ante lo cual se puede acudir a las instancias no jurisdiccionales (Comisión Nacional de Arbitraje Médico o Comisión de Arbitraje de la entidad correspondiente, en su caso Comisión Nacional de Derechos Humanos o si similar en los estados de la república) o en la vía jurisdiccional mediante juicio de amparo.

Se insiste que la relación médico-paciente-familiar debe mejorar y, en esa medida, el irrestricto respecto de los derechos de las personas debe permear. La familia tiene un rol protagónico en esta relación, por lo que humanizar la relación a favor de la dignidad de las personas es el camino correcto para que simultáneamente se protejan los derechos tutelados por la norma.

Si se pregunta a los pacientes, la intervención de la familia en el proceso de atención médica es fundamental y prefieren que a la par reciban la información correspondiente. Según algunos estudios de satisfacción se ha constatado dicha circunstancia, “Para todos los entrevistados la familia es relevante en todo el proceso de información. Manifiestan el deseo de que algún pariente de la familia estuviera presente a la hora de recibir información clínica” (P. Simón, 2007, pág. 196). Otros estudios han afirmado que “la presencia de los familiares facilita la comunicación con el paciente, mejora el grado de satisfacción, optimiza tiempos, humaniza la relación” (Díaz Lobato & Mayoralas Alises, 2016, pág. 127).

El cuidado en la atención médica implica “la comprensión del ser humano en su proceso de vivir, en sus derechos, en su especificidad, en su integridad” (Correa, 2016, pág. 1228). La misma autora señala que los profesionales sanitarios deben orientar su conocimiento al servicio de los demás, se debe resaltar la dignidad humana y “ofrecer una óptima atención, comunicación e información a los usuarios, pacientes, familias y otros profesionales involucrados en el sistema” (Correa, 2016, pág. 1229). Explica que en esta relación se debe lograr una comunicación e interacción cercana y eficaz, no solo con el/la paciente, sino también con la familia en lo que denomina el “cuidado transpersonal”.

Se trata no sólo de cumplir lo que establece la norma vigente en la actualidad, sino que debe considerarse en todo tiempo la dignidad humana y es la situación de la pandemia la que presenta circunstancias críticas en el momento de la atención médica, en la que la información es pieza fundamental.

Derecho que se ha transgredido en diversas instancias de salud durante la pandemia de COVID-19 en contra de familiares de las personas contagiadas,

situación que no sólo ha ocurrido en nuestro país. Según un estudio en España, en dónde, para tratar de mitigar la situación de desinformación hacia los familiares de las personas con COVID-19, instauraron un grupo de personas capacitadas para dar seguimiento e interlocución a los familiares de las personas enfermas con gran éxito, entre los resultados que otorga el proyecto resalta el primer motivo de llamada fuera la solicitud de información médica (Avellaneda-Martinez, y otros, 2020).

VI. Conclusiones

La falta de información, la información errónea o a destiempo demerita la relación con los pacientes o familiares, les genera incertidumbre, ello atenta contra los principios médicos de no maleficencia, beneficencia, justicia, etcétera, contra la dignidad del paciente y de las personas allegadas a él, vulnera los derechos de las personas con COVID-19 y, en particular, de sus familiares de recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz y, por lo tanto, vulnera el derecho fundamental de protección a la salud.

Si bien la titularidad de la información en salud en primera instancia es del paciente, también los familiares detentan ese derecho. Aunado a ello, las condiciones críticas como las que se viven en la actualidad ante la presencia de la pandemia por COVID-19, resalta este derecho para que los familiares conozcan a cabalidad la situación actual de salud de la persona hospitalizada y, si bien se requiere del aislamiento y la previsión del contagio, las instancias de salud públicas y privadas están obligadas de respetar al máximo los derechos humanos en situaciones excepcionales y críticas y humanizar la atención médica.

En dichas circunstancias se propone la llamada telefónica como mecanismo de información, pues ha funcionado en otros países y, una vez adoptado, contratar personal de salud o designar de entre el personal para dicha labor, quienes deben recibir capacitación sobre transmitir noticias y cuenten con los elementos médicos y la instrucción para la interlocución, principalmente si lo que notificará son noticias adversas.

Otro mecanismo es establecer el horario de entrega de noticias a los familiares o cuidadores. Para el caso de una situación de emergencia, siempre tener identificada a la persona a quien se le entregará la información, respecto de cada uno de los pacientes COVID-19 que llegan a instancias hospitalarias; contar con los datos de contacto para el caso donde el paciente agrave su estado de salud o pierda la vida.

También se propone la contratación de internet gratuito para familiares, pues no en todas las ocasiones esperarán a cualquier hora del día noticias de su pariente, ya que les es imposible permanecer 24 horas fuera del hospital.

VII. Referencias Bibliográficas

- Acosta Gallo , P. (2002). *Salud, Profesiones Sanitarias y Constitución Española* (1a ed.). Madrid: MAPFRE S.A.
- Animal Político. (02 de Mayo de 2020). Familiares de pacientes con COVID-19 irrumpen en Hospital de las Américas de Ecatepec. *Animal Político*. Obtenido de <https://www.animalpolitico.com/2020/05/familiares-de-pacientes-con-covid-19-irrumpen-en-hospital-de-las-americas-de-ecatepec/>
- Arista, L. (5 de Mayo de 2020). México compra 211 ventiladores para pacientes con COVID-19 con ayuda de EU. *Expansión Política*. Obtenido de <https://politica.expansion.mx/presidencia/2020/05/05/mexico-compra-211-ventiladores-pacientes-con-covid-19>
- Avellaneda-Martinez, S., Jiménez.Mayoral, A., Humada-Calderon, P., Redondo-Pérez, N., Del Rio-Garcia, I., Martin-Santos, A., . . . Fernandez-Castro, M. (Noviembre de 2020). Gestión de la Comunicación de los Pacientes Hospitalizados, aislados con sus familias por la COVID-19. *Journal of Healthcare Quality Research*, 12-18. Recuperado el 04 de Marzo de 2021, de <https://www.elsevier.es/en-revista-journal-healthcare-quality-research-257-articulo-gestion-comunicacion-pacientes-hospitalizados-aislados-S2603647920301214?newsletter=true&coronavirus>
- Belli, L. F. (2020). Recomendaciones para la comunicación de malas noticias por teléfono durante la pandemia por SARS-CoV-2. *Revista Panamericana Salud Pública*(44). Obtenido de <https://scielosp.org/pdf/rpsp/2020.v44/e69/es>
- Casa Madrid Mata, O. R. (29 de Junio de 2000). Los Derechos de los Pacientes. *Ponencia impartida el 29 de Junio del 2000 en la CNDH*, Ciudad de México, 103- 117. Ciudad de México, México.
- Comisión Nacional de Arbitraje Médico. (31 de Diciembre de 2020). *Información Estadística Institucional acumulada al 4to. Trimestre del año 2020*. Obtenido de CONAMED: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/606270/Cuadro_Estadistico_07_4oTrim2020.pdf
- Consejo de Europa. (4 de Abril de 1997). *Consejo de Europa - Convenio de Asturias sobre Bioética*. Obtenido de http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinternacional/4._INTL.Conv_Asturias_de_Bioetica.pdf
- Consejo Económico y Social ONU. (11 de Agosto de 2000). Observación General número 14. 21. Ginebra, Suiza. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- Correa, M. (2016). La Humanización de la Atención de los Servicios de Salud: Un asunto de cuidado. *Revista CUIDARTE*, 7(1), 1227-1231. Obtenido de <http://>

www.scielo.org.co/pdf/cuid/v7n1/v7n1a11.pdf

Díaz Lobato, & Mayoralas Alises. (Octubre-Diciembre de 2016). Humanización de la Visita Médica en Pacientes Ingresados en la Planta de Neumología. *Revista de Patología Respiratoria*, 9(4), 124-128. Obtenido de https://revistadepatologiarrespiratoria.org/descargas/pr_19-4_124-128.pdf

Gamboa, P. (09 de Abril de 2020). Denuncian falta de información a familiares de pacientes con Covid-19 en IMSS 66. *El Heraldo de Juárez*. Obtenido de <https://www.elheraldodejuarez.com.mx/local/denuncian-falta-de-informacion-a-familiares-de-pacientes-con-covid-19-en-imss-66-noticias-ciudad-juarez-5079948.html>

González, M. (17 de Junio de 2020). Falta de comunicación ha provocado fricciones entre personal de salud y familiares de pacientes con COVID-19. Obtenido de <https://www.udg.mx/es/noticia/falta-de-comunicacion-ha-provocado-fricciones-entre-personal-de-salud-y-familiares-de>

Hernández-Torres, Coello Garcés, C., & Santacruz Varela, J. (enero-marzo de 2008). La protección al Usuario de Servicios de Salud en el marco de los derechos humanos de cuarta generación. *Revista CONAMED*, 13, 35-45.

Imagen Multicast. (5 de Mayo de 2020). Familiares denuncian falta de información en el Hospital de Xoco. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=JVJurTOLig0&t=1s>

Lema Añon, C. (2009). *Salud, Justicia, Derechos*. El derecho a la salud como un derecho social. Madrid, España: Dykinson.

Milenio. (7 de Mayo de 2020). Familiares de pacientes con coronavirus exigen información en el Hospital Juárez. *Milenio*. Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=L75_orw0vWc

Nogales-Gaete, J., Vargas, P., & Vidal-Cañas, I. (2013). Información Médica a Pacientes y familiares: aspecto clínicos, éticos y legales. *Revista Médica de Chile*, 1190-1196. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rmc/v141n9/art12.pdf>

Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud. (Abril de 1994). *Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa*. Obtenido de https://www.ffis.es/ups/documentacion_ley_3_2009/Declaracion_promocion_derechos_pacientes_en_Europa.pdf

OMS. (12 de Octubre de 2020). *Organización Mundial de la Salud/Temas de Salud/Coronavirus*. Recuperado el 06 de Marzo de 2021, de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>

OMS. (2020). *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*. Obtenido de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel->

coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses

Organización Mundial de la Salud. (02 de Noviembre de 2020). *Organización Mundial de la Salud - Temas de Salud*. Obtenido de https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019?gclid=Cj0KCQjwreT8BRDTARIsAJLI0KJIx2W_WoR15CuGPcXESWIXMS2vsjUzA0aF0x3JMh_KOlCB2uNbHpAaApMdEALw_wcB

Organización Panamericana de la Salud. (8 de Marzo de 2021). *Brote de enfermedad por el Coronavirus (COVID-19) Documentos*. Obtenido de <https://www.paho.org/en/documents/paho-covid-19-daily-update-8-march-2021>

P. Simón, I. B. (Mayo-Agosto de 2007). Satisfacción de los pacientes con el proceso de información, consentimiento y toma de decisiones durante la hospitalización. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 30(2), 191-198. Obtenido de <http://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v30n2/original1.pdf>

Partida, J. C. (05 de Noviembre de 2020). Oms: Ejemplar reconversión hospitalaria aplicó México. *La Jornada*. Obtenido de <https://www.jornada.com.mx/ultimas/politica/2020/11/05/oms-ejemplar-reconversion-hospitalaria-aplico-mexico-6501.html>

Peces-Barba, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales Teoría General*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.

Presidencia de la República. (14 de Mayo de 1986). Art. 30. *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica*. Distrito Federal, México. Obtenido de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2018-11/Reglamento_Ley_General_Salud_Prestacion_Atencion_Medica.pdf

Rodríguez, C. (13 de Mayo de 2020). Familiares de Pacientes COVID se quejan de la falta de información. *Meganoticias*. Obtenido de <https://www.meganoticias.mx/toluca/especiales/noticias/familiares-de-pacientes-covid-se-quejan-de-la-falta-de-informacion-13-05-2020/32334>

Salud, L. G. (7 de Febrero de 1984). Art. 51 y 51 Bis. Distrito Federal, México. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_070121.pdf

Sánchez-Caro, J., & Abellán, F. (2003). *Derechos y deberes de los Pacientes Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*. Granada, España: Comares.

Secretaría de Salud. (2002). Carta de los Derechos Generales de los Pacientes. 103-105. México: Revista de Enfermería IMSS 2002.

Secretaría de Salud. (19 de Marzo de 2020). Comunicado 092. Se declara en sesión permanente el Consejo de Salubridad General. Ciudad de México, México.

Derechos Fundamentales a Debate/Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco

Obtenido de <https://www.gob.mx/salud/prensa/092-se-declara-en-sesion-permanente-el-consejo-de-salubridad-general>

Secretaría de Salud. (27 de Marzo de 2020). Decreto de acciones extraordinarias en materia de Salubridad General. Ciudad de México, México. Obtenido de [https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590673&fecha=27/03/2020#:~:text=DECRETO%20por%20el%20que%20se,CoV2%20\(COVID%2D19\)](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590673&fecha=27/03/2020#:~:text=DECRETO%20por%20el%20que%20se,CoV2%20(COVID%2D19)).

Secretaria de Salud. (24 de Marzo de 2020). Sana Distancia COVID 19. Obtenido de <https://www.gob.mx/salud/documentos/sana-distancia>

Secretaría de Salud Federal. (31 de 03 de 2020). Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias par atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-COV2. Ciudad de México, México. Obtenido de https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020&print=true

Seijas, E. (2006). *Los Derechos del Paciente*. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado.

Tena Tamayo, C. y. (2002). Derechos de los Pacientes en México. *Revista Médica del IMSS*, 523-529. Recuperado el 09 de Febrero de 2021, de https://www.researchgate.net/profile/Gabriel_Manuell/publication/237358887_Derechos_de_los_pacientes_en_Mexico/links/0a85e53a2ea8ab088f000000/Derechos-de-los-pacientes-en-Mexico.pdf

Ureste, M. (4 de Mayo de 2020). “La falta de información en los hospitales nos esta matando, denuncian familiares de pacientes COVID-19”. Obtenido de <https://www.animalpolitico.com/2020/05/familiares-pacientes-covid19-denuncian-falta-informacion-hospitales/>

Uresti, A. (13 de Mayo de 2020). Familiares se quejan por la falta de información de los pacientes con COVID. *Milenio*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=C4rUNQh47-E>

Valadez, B. (24 de Enero de 2021). México, Primer Lugar de AL con más muertes de personal de salud por Covid: Experto. *Milenio*. Obtenido de <https://www.milenio.com/politica/mexico-primer-lugar-de-al-en-muertes-de-personal-medico-por-covid>

Vega, A. (4 de Mayo de 2020). Por Teléfono o correo Electrónico IMSS establece mecanismos para informar sobre pacientes con COVID-19. *ANIMAL POLÍTICO*. Obtenido de <https://www.animalpolitico.com/2020/05/imss-informes-pacientes-covid-19/>



CONSEJO EDITORIAL

Director

José de Jesús Chávez Cervantes

Consejo editorial

Alfonso Hernández Barrón
Eduardo Sosa Márquez
Ana Lézit Rodríguez Chapula
Kristyan Felype Luis Navarro
Katya Marisol Rico Espinoza
Paulina Hernández Diz

Derechos Fundamentales a Debate

CEDHJ
Comisión Estatal
de Derechos Humanos
Jalisco



**Instituto de
Derechos Humanos
Francisco Tenamastli**

“AXICAN OÜEMA, TEHÜATL, NEHÜATL”