



Derechos Fundamentales a Debate

CEDHJ
Comisión Estatal
de Derechos Humanos
Jalisco



**Instituto de
Derechos Humanos
Francisco Tenamaxtli**

"XACAN OUEMA, TEHUATL, NEHUATL"

latindex



Derechos Fundamentales a Debate, año 2022, núm. 19, mayo - agosto, 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	1
José de Jesús Chávez Cervantes	
La familia como construcción y reconstrucción social: apuntes sobre la pertinencia del acogimiento familiar como medio de cuidado alternativo de Niñas, Niños y Adolescentes.	6
Tatiana Esther Anaya Zúñiga	
La inexistencia de la dignidad Post Mortem	33
Stephany Elizabeth Montero López	
La violación a los derechos humanos laborales en la Policía Estatal del Estado de Jalisco	62
Hilda Villanueva Lomelí Fernando González Beltrán	
Metodología para investigar violaciones de derechos humanos, elaborar Recomendaciones y generar criterios de jurisprudencia no jurisdiccional.	91
Enrique Guadarrama López	
“Derecho de Autor como Derecho Humano: Análisis del conflicto”.	126
Diego Santiago Carrillo Garibay	
La importancia del derecho humano a la salud y su regulación jurídica en México.	158
Laura Fabiola Machuca Martínez Fharide Acosta Malacón Marina Lizbeth Álvarez Rodríguez	
Apuntes sobre la noción jurídica de los derechos y las garantías	174
Adrián Rodríguez Bribiesca	

Las directrices limitativas y la suspensión de derechos frente la contingencia sanitaria causada por el SARS-CoV-2. Reflexiones en torno a la dicotomía entre la perspectiva constitucional y de derechos humanos	197
Jorge Alejandro Góngora Montejano Francisco Antonio Ramírez Frausto	
“Preferencia u orientación, un principio constitucional problemático”	216
Karla Noemi Robles Rodríguez Diego Martínez Díaz	
Algunas consideraciones respecto a la contratación de personal de salud extranjero en el contexto de la acción extraordinaria en materia de salubridad general y su vinculación con el derecho a la salud	236
Luis Arturo Jiménez Castillo	
La (im)posibilidad de los Derechos Humanos. De la "realidad" de los discursos a lo Real	269
José Samuel López Jara	
El juicio de amparo a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	295
Marisol Luna García Anuar Fernando Gauna Horta	
Análisis de la vulneración del derecho a la protección de la salud de personas adultas mayores en México	317
Alma Jéssica Velázquez Gallardo Magdiel Gómez Muñiz María de Lourdes Manzanero Trejo	

El derecho a la buena administración pública
frente al principio de informalismo de la Ley
de Procedimiento Administrativo en Bolivia

Alan E. Vargas Lima

340

Hacia una nueva constitución mexicana:
derechos humanos en la era digital

Jersain Zadamig Llamas Covarrubias

364

Presentación

José de Jesús Chávez Cervantes

Director de la Revista “Derechos Fundamentales a Debate”

La Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, a través del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli, tiene el honor de presentar el décimo noveno número de su revista especializada “Derechos Fundamentales a Debate”. Esto, con el objetivo de incentivar el intercambio de ideas y propuestas teóricas relacionadas con el estudio de los derechos humanos y libertades fundamentales que favorezcan su deliberación y difusión. En esta ocasión, es un placer publicar quince trabajos de académicas y académicos de distintas instituciones en México y América Latina. Dichos trabajos, caracterizados por el rigor científico y el pensamiento crítico son una digna continuación de los números publicados con anterioridad en esta revista científica.

En ese sentido, el primer artículo intitulado “La familia como construcción y reconstrucción social: apuntes sobre la pertinencia del acogimiento familiar como medio de cuidado alternativo de Niñas, Niños y Adolescentes”, cuya autoría es de Tatiana Esther Anaya Zúñiga. Este primer trabajo resulta interesante pues estudia cómo la institución familiar, que es reconocida como un factor determinante en el desarrollo humano de las personas, puede ser un incentivo que genera el acceso a los derechos humanos y es una entidad que subsidia muchas carencias que existen en el entorno de las infancias para acceder a una vida digna. Cabe mencionar que la autora va más allá y no solamente construye respecto al papel de la familia dentro del desarrollo de una niña, niño o adolescente, sino que problematiza respecto a la ausencia o la fragmentación de esta y cuáles son sus impactos.

La autora Stephany Elizabeth Montero López, con su trabajo “La inexistente dignidad post-mortem”, realiza una construcción interesante respecto al concepto de dignidad y cuáles son los alcances que, usualmente, se le asignan. Destaca su problematización sobre el status quo de la dignidad humana dentro del derecho positivo mexicano y los esfuerzos legislativos que se han dado (tanto en nuestra cámara baja como alta) para extender la concepción jurídica de dignidad, con la intención de brindar protección a bienes jurídicos

que se mantienen fuera de la frontera de protección constitucional. En ese entendido, a través del desarrollo de argumentos jurídicos y filosóficos, la autora expone la necesidad de repensar el concepto de dignidad y propone extenderla a fin de proteger a las personas fallecidas, especialmente aquellas que no son identificadas y no tienen garantizado un tratamiento adecuado que se relacione a elementos espirituales y sociales

Hilda Villanueva Lomelí y Fernando González Beltrán son los autores del tercer trabajo de este número que se titula: “La violación a los derechos humanos laborales en la Policía Estatal del Estado de Jalisco”. A través de este trabajo académico, se da visibilidad a una de las corporaciones de Estado más importantes de nuestra época. La policía, como ente de seguridad pública, usualmente es analizada a través del ejercicio de sus funciones y su relación con la ciudadanía. Sin embargo, este trabajo traspasa ese nivel de análisis y da cuenta de la situación en que la policía del Estado se desempeña, así como de la relación que guardan las y los trabajadores de la policía estatal respecto a sus empleadores. Resulta un artículo académico relevante para acercarnos al entendimiento de quienes tienen la función de mantener la seguridad de nuestras vidas, reivindicando sus realidades y fortaleciendo la dignificación de su empleo.

El cuarto artículo publicado corresponde al trabajo realizado por Enrique Guadarrama López que se intitula “Metodología para investigar violaciones de derechos humanos, elaborar recomendaciones y generar criterios de jurisprudencia no jurisdiccional”. En esta contribución se ofrece un estudio serio e integral que entiende la situación de las defensorías de derechos humanos y logra esbozar líneas de trabajo para definir el futuro de las mismas.

Diego Santiago Carrillo Garibay hace una colisión muy interesante entre dos temas que se encuentran en auge dentro de la ciencia jurídica: los derechos humanos y los derechos de autor. En su trabajo que se titula “Derecho de autor como derecho humano: análisis del conflicto”, hace un estudio introductorio donde permite a las personas lectoras, adentrarse en el núcleo del debate y dotarse de las herramientas necesarias para analizar la situación y obtener posturas y proposiciones propias.

“La importancia del derecho humano a la salud y su regulación jurídica en México” es el nombre del sexto trabajo incluido en este número. Elaborado por Laura Fabiola Machuca Martínez, Fharide Acosta Malacón y

Marina Lizbeth Álvarez Rodríguez, se aborda uno de los derechos de mayor relevancia jurídica para la cultura jurídica mexicana. A partir de un abordaje doctrinal y jurídico, las autoras estructuran un trabajo destinado a incentivar el debate y nutrir la discusión, ello con la intención de encontrar soluciones a los problemas relacionados al acceso a este derecho y a fortalecer el Estado Constitucional de Derecho.

Adrián Rodríguez Bribiesca nos coloca sobre la mesa su trabajo “Apuntes sobre la noción jurídica de los derechos y garantías”, donde es posible estudiar un tema clásico de la ciencia del derecho, ofreciendo análisis históricos y filosóficos para comprender las características y peculiaridades respecto a este tema. Sorprende la diversidad de temas que son abordados y agotados de manera exitosa dentro del trabajo, estudiando desde el origen de los derechos hasta las clasificaciones de las garantías.

Escrito por Jorge Alejandro Góngora Montejano y Francisco Antonio Ramírez Frausto, el artículo denominado “Las directrices limitativas y la suspensión de derechos frente la contingencia sanitaria causada por el SARS-CoV-2. Reflexiones en torno a la dicotomía entre la perspectiva constitucional y de derechos humanos” es un trabajo que atiende a las realidades sociales y se preocupa por dar propuestas y respuestas al fenómeno pandémico que ha afectado las distintas esferas sociales en todo el mundo. Desde esta contribución es posible acercarnos a uno de los debates más interesantes de la filosofía del derecho, relacionado a las distintas fundamentaciones del derecho y la manera en que dos extremos (positivismo y iusnaturalismo), con sus respectivos matices y posturas diversas, se sostienen dentro de este contexto tan complejo.

En novena posición, Karla Noemi Robles Rodríguez y Diego Martínez Díaz publican la contribución “Preferencia u orientación, un principio constitucional problemático” donde se abordan algunas problemáticas conceptuales y jurídicas respecto al estado legal de algunas disidencias sexuales. En su lectura, es posible comprender abiertamente el problema constitucional que nos plantean y lo importante que es discutirlo a fin de garantizar la adecuada integración constitucional de la comunidad LGBTTTIQ+.

Sin duda, durante la pandemia mundial de SARS COV-2, ha quedado en evidencia la necesidad de reflexionar y preocuparnos por el acceso universal al derecho humano a la salud. En ese tenor, Luis Arturo Jiménez

Castillo atiende a las necesidades académicas de nuestros tiempos y contribuye con el artículo “algunas consideraciones respecto a la contratación de personal de salud extranjero, en el contexto de la acción extraordinaria en materia salubridad general, y su vinculación con el derecho a la protección de la salud”. Desde este espacio, es posible estudiar la gestión del sistema de salud pública y cómo impacta desde la esfera colectiva hasta la esfera individual en el acceso a los derechos humanos de las personas.

La formación de futuros investigadores en materia de derechos humanos, sin duda, es una de las responsabilidades de los centros de investigación y estudio. En ese sentido, José Samuel López Jara demuestra que las juventudes tienen mucho que decir y se incluye en la discusión con el artículo “La (im)posibilidad de los Derechos Humanos. De la “realidad” de los discursos a lo Real”. A partir de un conjunto de argumentos de origen filosófico y del lenguaje, Samuel hace una interesante reflexión acerca de las características que poseen los discursos masivos relacionados con los derechos humanos y cómo ello afecta a su pleno conocimiento y desarrollo. “El juicio de amparo a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” es el título del trabajo realizado por Marisol Luna García y Anuar Fernando Gauna Horta. Este trabajo no solamente resulta interesante sino contingente a un debate vivo entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. Así, se hace una construcción crítica respecto al juicio de amparo como herramienta para la protección de los derechos humanos, con la diferencia de establecer una lupa de carácter internacionalista y que permite comprender las obligaciones del Estado mexicano en la materia.

Alma Jessica Velázquez Gallardo, Magdiel Gómez Muñiz y María de Lourdes Manzanero Trejo nos comparten su trabajo intitulado “Análisis de la vulneración del derecho a la protección de la salud de personas adultas mayores en México”. Manteniendo la línea de este número y sus constantes preocupaciones académicas por el derecho a la salud, este artículo demuestra una sincera preocupación por las personas adultas mayores del país como un grupo en condición de desventaja respecto a los demás, colocándolos en una situación importante de vulnerabilidad, particularmente ante el derecho a la salud y una vida digna.

Desde el Estado Plurinacional de Bolivia, el autor Alan E. Vargas Lima contribuye con su artículo “El derecho a la buena administración pública frente al principio de informalismo de la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia”. Este artículo, derivado de la ponencia del autor en el Seminario Euroamericano de Derecho Público: Derecho Administrativo y Derechos Humanos, ofrece un vínculo importante respecto al buen gobierno y como es una condición necesaria para el adecuado acceso a los derechos humanos. Así, nos invita a reflexionar acerca de la necesidad de emancipar a los derechos humanos de las voluntades políticas y comenzar a incrustarlas dentro de los sistemas jurídicos.

Esta publicación culmina con las interesantes aportaciones de Jersáin Llamas Covarrubias, quien propone el trabajo de investigación “Hacia una nueva constitución mexicana: derechos humanos en la era digital”. En este apartado se da cuenta de los problemas que las nuevas tecnologías traen al ámbito jurídico y se dan esbozos importantes respecto a la regulación constitucional de las realidades digitales. La lectura de este trabajo resulta reveladora pues permite visibilizar contextos que requieren ser regulados por el Estado a fin de satisfacer adecuadamente los elementos necesarios para el desarrollo humano.

No sería prudente finalizar esta breve presentación sin destacar que este número, al igual que los anteriores, es resultado de los esfuerzos por generar conocimiento y difundir la reflexión respecto a los derechos humanos desde distintas latitudes del mundo como Bolivia y México. Así, el compromiso de las personas autoras por democratizar el conocimiento, en conjunción con los esfuerzos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, han dado como resultado una publicación de excelencia académica puesta a disposición de cualquier persona que encuentre en los derechos humanos, la pasión por la investigación. Ello sin dejar de mencionar al equipo editorial del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamxtli, María Capetillo, Allan Grymes, Rafael Amézquita, Dafne Paola Hernández Uribe, Verónica Narváez y Oscar Aréchiga, quienes hacen posible la materialización de cada etapa del proceso editorial, así como el inagotable entusiasmo de Alfonso Hernández Barrón, presidente de la CEDHJ, cuyo apoyo incondicional acoraza este constante esfuerzo académico.

Disfruten su lectura.

La familia como construcción y reconstrucción social: apuntes sobre la pertinencia del acogimiento familiar como medio de cuidado alternativo de Niñas, Niños y Adolescentes.

The family as social construction and reconstruction: notes on the relevance of foster care as an alternative care for children and teenagers.

Tatiana Esther Anaya Zúñiga¹

Sumario: I. Introducción. II. Marco jurídico. III. La familia como principio de construcción y reconstrucción social. IV. La fragmentación del núcleo familiar. Un asunto social. V. Contexto Actual y Panorama Nacional. VI. Reflexiones finales. VII. Bibliografía.

Resumen: Este artículo analizará - a partir de la perspectiva de la familia como un principio esencial en el desarrollo integral del ser humano-, el acogimiento familiar como un medio de cuidado alternativo pertinente y como una respuesta regeneradora de los derechos de las infancias y adolescencias en el camino hacia la desinstitucionalización residencial progresiva de niñas, niños y adolescente en el país.

Abstract: *This text will analyze -from the essential principle of the family in the human being development- the foster care option as an alternative care and*

¹ Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad de Guadalajara. Se ha desempeñado en diversos cargos públicos en Jalisco, así como docente universitaria y expositora en diferentes centros universitarios de Jalisco y en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado. Actualmente desempeña el cargo de Consejera Ciudadana del Consejo de la Judicatura del Estado de Jalisco. tatiana.anaya@cjj.gob.mx

as a compensatory response of childhood and adolescents rights in the way of progressive deinstitutionalization of children and teenagers in the country.

Palabras clave: Convención de los Derechos del Niño, institucionalización residencial, centros de asistencia social, acogimiento familiar.

Key-words: *Convention of Children's Rights, residential institutionalization, social assistance centers, foster care.*

Introducción

En México, la situación de Niñas, Niños y Adolescentes (NNA) institucionalizados se encuentra en una posición ampliamente ignorada debido, en gran parte, a la poca visibilidad sobre la cantidad de infancias y adolescencias al auspicio de instituciones residenciales de asistencia social, popularmente conocidas como “casas hogar”. Esta circunstancia doméstica infantil, de acuerdo al Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, 2013), es particularmente alarmante en la región compuesta por los países de América Latina. Dicha situación se debe a que la institucionalización infantil suele ser empleada como una medida “normalizada” cuando, en realidad, y debido a las implicaciones que la separación del núcleo familiar tiene sobre NNA, ésta debería de suscribirse exclusivamente bajo criterios de excepcionalidad. En este sentido, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, estima una cantidad aproximada de más de 240,000² menores en esta situación a lo largo de la región mencionada.

Cabe destacar, que también se percibe una gran opacidad sobre la sistematización de datos cuantitativos al respecto, por ejemplo, en México no se cuenta aún con un método eficaz y confiable de sistematización y recolección de datos, ya que sí bien la mayoría de las instituciones de asistencia funcionan mediante convenio con el Sistema de Desarrollo Integral para la Familia (DIF), sobre los cuales hay constancia, existen muchos otros casos que no suelen estar regularizados por múltiples razones, por ejemplo, hay instituciones de asistencia residencial que brindan atención particular a grupos específicos (migrantes, mujeres adolescentes, mujeres víctimas de

² Esta cifra es aproximada debido a la carencia de información específica en algunos países y dentro de estos, “una falta de criterio único de sistematización” (UNICEF,2013).

violencia, jóvenes en reinserción social, etc.) que aunque atienden a menores de edad separados de sus familias, son administrados de manera distinta a una casa hogar, por lo cual las modificaciones, el aumento o la disminución en cuanto a la cantidad de niñas, niños y adolescentes es siempre imprecisa. De acuerdo al censo más reciente en la materia México cuenta con una cantidad aproximada de 33,000 NNA viviendo en este tipo de esquemas de residencia (INEG,2015).

Sucede pues, que la verificación de la evolución en los últimos años es inexacta, sin embargo, las aproximaciones no dejan de generar mucha preocupación. Inquietud que sin duda enfatiza la urgencia de generar políticas de desarrollo infantil cada vez más precisas en materia de desinstitucionalización de NNA mediante la revalorización de la familia como columna social y la reintegración al y del núcleo familiar como objetivo de los cuidados alternativos para el reconocimiento y reparación de derechos tanto centrales como conexos de NNA.

Marco jurídico.

La normativa que regula el acogimiento residencial es plural pues parte desde distintas ópticas como son la local, la nacional y por supuesto, la perspectiva internacional. El siguiente esquema se realiza con la intención de facilitar al lector la localización de los instrumentos en la materia, esto sin omitir un posterior comentario sobre los mismos:

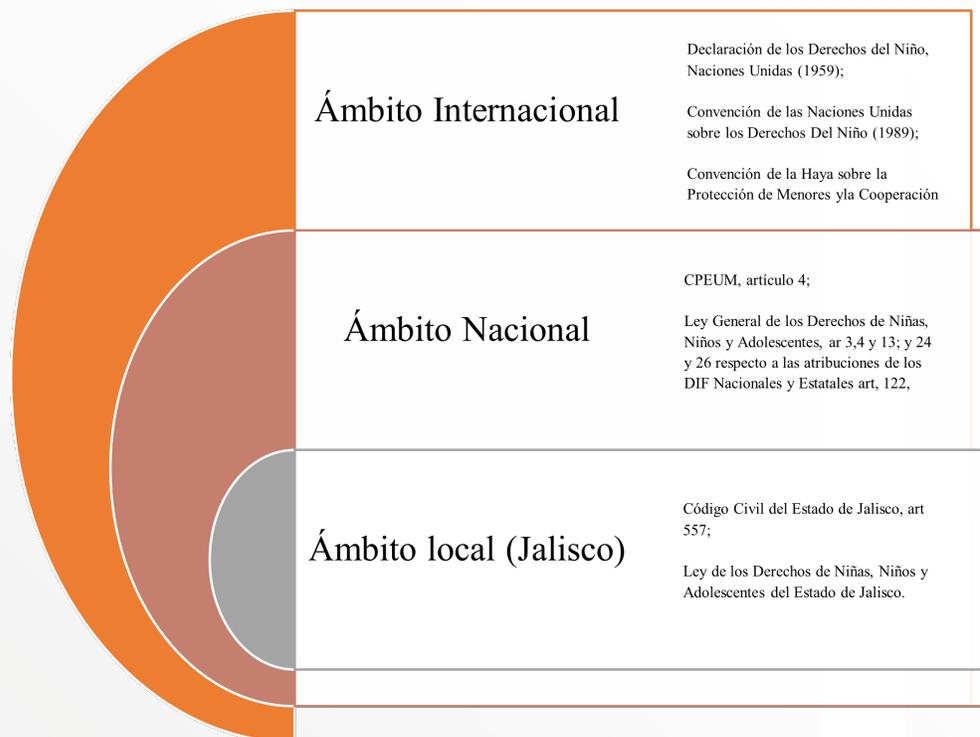


Figura 1, fuente: Elaboración Propia.

Vivir en familia es un derecho humano que cobra especial relevancia porque la familia es el centro de la organización social; pero cuando se trata de niñas, niños y adolescentes el vivir en familia es un derecho medular que adquiere una envergadura central para el desarrollo de las personas y de la identidad humana.

Resulta claro que el derecho a la familia es un derecho humano. Es por ello que se encuentra consagrado en múltiples instrumentos, por ejemplo, en la Convención de los Derechos Humanos en capítulo I, artículo VI, en la legislación internacional; mientras que, a nivel regional es posible verlo de nuevo en la Convención Americana de los Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José”, a lo largo de su artículo 19.

Importa y por muchas razones otorgarle la relevancia adecuada a la normativa internacional pues ella sin duda ha significado un impulso y una evidente la influencia de estos instrumentos a nivel interno pues son iniciativas que más tarde se ven plasmadas en el desarrollo y/o actualización de marco normativos especializados dirigidos a la infancia del país, como el acogimiento residencial y familiar.

En este sentido, el artículo 18.2 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), señala desde su preámbulo y acerca de la fundamentación que da origen a la convención lo siguiente respecto a la importancia de la familia:

[...]Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular los niños, deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. (ONU, 1989, párr. 5).

Es por ello que desde el punto de vista estatal, es posible considerar el derecho a la familia como una obligación con una doble dimensión de responsabilidad para el Estado, ya que éste es en primera y última instancia, el garante protector de todas y todas las infancias y adolescencias, por lo que debe allegarse de todos los medios disponibles para cumplir cabalmente con el compromiso social, histórico y perpetuo el asegurar la accesibilidad a todos y cada uno de los mecanismos que buscan materializar este derecho.

De forma tal que los Estados firmantes de la CDN, se adhieren a una la obligación convencional de procurar en todo momento los medios necesarios mediante el despliegue de todas sus capacidades para conseguir el objetivo de que niñas, niños y adolescentes en todas las etapas de su desarrollo puedan gozar de la amplitud de sus derechos, especialmente aquellos concernientes a vivir y crecer en una familia que le procure bienestar y protección. Son también obligaciones establecidas en la Convención, las siguientes:

- Respetar todos y cada uno de los derechos enunciados en la Convención;
- Tomar las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación;
- Garantizar que todas las medidas institucionales (políticas públicas) concernientes a niños consideren siempre atender de manera transversal el principio de interés superior de la niñez;
- Asegurar a los niños la protección y el cuidado que sean necesarios para brindarles bienestar por medio de medidas legislativas y administrativas adecuadas;
- Asegurar que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes;

- Adoptar todas las medidas posibles (administrativas, legislativas, etc.) para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

Esta última obligación, localizada en el artículo cuarto, hace referencia explícita al compromiso de los Estados miembro a actualizar constantemente su legislación nacional para cumplir de manera cabal con la protección hacia los NNA, de hecho subraya que este esfuerzo, se realizará de manera exhaustiva con el máximo de los recursos que disponga el Estado en cuestión y posibilita la opción de considerar a la cooperación internacional como un recurso disponible para el logro del mencionado objetivo.

Dentro de este orden de, México ya ha realizado esfuerzos por adoptar algunas medidas especiales comprometidas, así la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes, promulgada desde el año 2014, plantea sin duda un progreso considerable en la promoción y protección de los derechos de las infancias y adolescencias; por su parte, Jalisco tiene desde el año 2015 su propia normativa en la materia, no obstante, queda una gran agenda pendiente por consolidarse para dar vigencia efectiva al catálogo de derechos de NNA y así garantizar su crecimiento pleno y desarrollo integral en el goce de sus prerrogativas más fundamentales y en un ámbito de completa protección por parte del Estado.

Por otra parte y en particular, la figura de acogimiento familiar continúa siendo poco conocida en el país y consecuentemente en el estado de Jalisco, por lo que suele ser confundida dentro de las mismas legislaciones con otras figuras o medidas alternativas de cuidado, o bien se encuentra vagamente regulada en cuanto a su procedimiento especial, cuando de hecho, en muchos casos es la medida de protección más adecuada para restituir derechos familiares a NNA de forma inmediata, tomando en cuenta sus circunstancias particulares y por un tiempo limitado en beneficio de los mismos.

En este tenor, es necesario analizar de manera profunda las características de la figura de acogimiento familiar para visualizar sus alcances y efectos en beneficio de miles de adolescentes en el país y dar celeridad a la urgente necesidad de emitir normatividad especial en la materia para garantizar el derecho humano a la familia.

La familia como un principio de construcción y reconstrucción social.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege a la familia en su desarrollo y organización; en su artículo 4º, la carta fundamental plantea

el derecho de toda familia a disfrutar de una vivienda y decorosa y para ello contempla que, se establecerán los mecanismos propicios para ello. Por otra parte, plantea la obligación estatal actuar siempre bajo el principio de **interés superior de la niñez**.

Estas dos premisas normativas sin duda tienen una relación conexa trascendente, pues se dice que la familia es la unidad elemental que condiciona de alguna o muchas maneras el comportamiento de las personas, es decir, el medio físico (espacial y temporal) primario de socialización. Para Bourdieu (1998), la familia tiene una doble dimensión constructiva, ya que es un principio de estructuración del pensamiento que a la par ha sido estructurado socialmente, por lo cual es dinámico, es decir, permutable. En otras palabras, este autor quien a su vez retoma las ideas de Foucault, plantea que “la familia es una categoría social objetiva, una estructura estructurante” (p.4, párr. 2) reflexiona pues en el sentido de que son las palabras la que conforman el criterio universal aceptado, por lo que en lo que respecta a la familia, esta es una categoría social objetiva y subjetiva al mismo tiempo “(...) el principio de miles de representaciones” (*ídem*) es, tanto una categoría social natural, como la categoría social más natural.

También es su texto “el espíritu de la familia” Pierre Bourdieu hace una severa crítica al carácter ilusorio de la palabra familia, sin embargo, reconoce que, de todas las ilusiones sociales, la familia es la “mejor fundada” pues ella es un verdadero trabajo de institución, debido a que los miembros de la unidad familiar aseguran por medio de intereses morales, sentimentales, sociales o económicos, la integración y persistencia de la misma. Se establece así el funcionamiento de un “sujeto colectivo” que contiene un capital de tres aristas: simbólico, social y económico, pero también la familia contiene una definición intrínseca que consiste en afirmarse y reafirmarse como un privilegio:

[...] privilegio simbólico: el de ser como se debe, en la norma, y tener, por tanto, un beneficio simbólico de la normalidad. [...] Este privilegio es, en los hechos, una de las condiciones mayores de acumulación y la transmisión de privilegios económicos, sociales y culturales. En efecto, la familia juega un rol determinante en el mantenimiento del orden social, en la reproducción, no sólo biológica, sino social, es decir en la reproducción de la estructura del espacio y de las relaciones sociales (*ibídem*, pág 6, párr 1).

Así pues, como una sociedad fundadora, la familia estructura a su vez categorías oficiales como poblaciones u organizaciones, debido a ello es natural que sea el Estado mismo el ente protector de la familia mediante la codificación normativa tendiente a favorecer la organización social.

Dentro de este orden de ideas, resulta prudente realizar esta misma reflexión en el marco de lo que significa esta institución para las niñas, niños y adolescentes en cuanto a su desarrollo y por el contrario y aún más importante el significado que tiene la carencia de este ente colectivo unitario en el crecimiento y fortalecimiento de las personalidades a edades tempranas.

Para Ciordia (2020) la carencia de dicho colectivo a una edad temprana de crecimiento es una desigualdad social, que propicia la naturalización de jerarquías sociales alrededor de tener o no una familia, esto debido a que existe por las razones antes mencionadas, una concepción positiva de tener una familia, ello contra otra negativa sobre aquellas personas, en este caso menores que se encuentran imposibilitados para ello, lo cual deriva en la percepción de lo que la autora llama “crianza imperfecta”.

En este mismo orden de ideas, la familia se asume como un prototipo primario de interacción e identificación, si bien este prototipo lejos está de ser perfecto, juega un papel fundamental en las formas básicas de reconocimiento y empatía que tienen las infancias y adolescencias con el resto del mundo; en consecuencia, una crianza imperfecta tiene mucho que ver con la ausencia de tal modelo inicial de vida, el cual para las niñas y niños es esencial porque es una referencia de identificación de grupo.

Los niños y niñas, asumen papeles que desde su contexto se les asigna: niño, menor, delincuente consumidor. Estos se corresponden con los lugares que ocupan en sus grupos sociales de pertenencia y referencia, y con los significados de grupo (...) No hay identidad personal que no sea al mismo tiempo identidad social (Di Iorio, 2009, p.1)

La “crianza imperfecta”, por tanto, es consecuencia de la ausencia de un arquetipo base adecuado (mas no perfecto) de familia para la interacción e identificación con modelos secundarios.

En efecto, “la infancia se construye como un producto del entramado social que incluye estrategias sociales, teorías pedagógicas y psicológicas, prácticas jurídico política e ideológicas” (Di Iorio, 2009).

La identificación es un importante eslabón en la vida social porque significa el reconocimiento de los criterios y pautas de la interacción macro

colectiva, por lo tanto, tiene que ver directamente con los modos de comprensión de la realidad alrededor de la persona. En el caso de las niñas niños y adolescentes que se encuentran viviendo en un hogar institucionalizado está lógica también está presente, ya que las pautas grupales también existen, o como lo sugiere Di Iorio, (2009) las NNA aprenden pautas grupales dentro del grupo que hacen suyas y los redefinen, siendo a través de esta pertenencia al grupo que se relacionan con el medio y legitiman la manera de comprender al mundo y su actuar en él. Es así como la identidad surge en el transcurso de las relaciones e interacciones con los demás, con el grupo.

Para Lewkowicz & Corea (1999) en su ensayo titulado “¿Se acabó la infancia? Ensayo sobre la destitución de la niñez”, los individuos al interactuar con el orden social lo hacen a través de los siguientes principios:

1. Principio de identidad: a partir del cual soy lo que soy.
2. El de diferenciación: comparación y por el cual no me confundo con otros.
3. El de causalidad: soy quien soy por las razones sobre las cuales fui producido.

La identidad es a su vez una construcción social con múltiples finalidades para la vida del ser humano, en donde se resalta que la familia es un soporte no solo de pertenencia, reconocimiento y autorreconocimiento, sino también de comparación entre lo propio y lo ajeno. Y es allí donde cabe preguntarse qué sucede con las niñas, niños y adolescentes que por diversas circunstancias no cuenta con ese sostén de construcción para determinar el conjunto de rasgos o características que determinarán su personalidad, menores institucionalizados bajo tutela del Estado en el mejor de los casos, pero también en situación de abandono desde donde un prototipo moldeador es lejano por decir menos que ajeno.

La fragmentación del núcleo familiar: Un asunto social

Es un hecho irrefutable que cada niña, niño o adolescente, tiene derecho a vivir en familia y como se ha visto previamente, la familia, independientemente de su naturaleza (de origen, extensa, de acogida o adoptiva) es reconocida como la columna vertebral y el espacio primario para el desarrollo integral de los seres humanos. Esto ha sido reconocido y manifestado por diversos instrumentos de orden internacional entre los más importantes: la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención Interamericana de los Derechos del Niño, la Convención Americana de

Derechos Humanos, la Declaración Mundial Sobre la Supervivencia, Protección y el desarrollo del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Respecto a la debida observancia y adecuada preservación de este derecho, especialmente en lo que respecta a la niñez en el país, el Estado mexicano, continúa acarreando una gran deuda por saldar, cuyos intereses acrecientan día con día y cada vez un niño, niña u adolescente continúa separado de un núcleo familiar que pueda garantizar el crecimiento y el futuro adecuado, no sólo el ámbito económico, sino psicológico, comunitario y social.

Es por esta razón, que por desgracia, este adeudo genera a su vez un déficit social irreparable cada que un NNA termina su crecimiento alejado de las oportunidades y beneficios a los que habría podido acceder si los mecanismos adecuados para solucionar sus situaciones fueran asequibles para todos sin importar las circunstancias especiales de su situación particular. En este sentido, cabe preguntarse cuál ha sido la respuesta estatal ante esta problemática durante los últimos tiempos y qué elementos les hacen falta a las políticas públicas de atención para generar respuestas eficaces a las pretensiones sociales, no solo en lo discursivo sino a nivel molecular.

Desde la lógica de que es precisamente el Estado quien asume la “obligación paradójica”, tal como lo menciona Monje (2017), de ser el principal garante de la restitución de los derechos humanos cuando son vulnerados, los mecanismos, herramientas y estrategia para afirmar esta garante son comúnmente insuficientes y carentes de una visión de atención integral. Siendo este justamente el entramado burocrático en donde muchas niñas, niños y adolescentes se encuentran estancados y permanentemente vulnerados en sus derechos.

De acuerdo a la UNICEF, en su informe anual 2020, en México existen aproximadamente 33,000 niñas, niños y adolescentes quienes por alguna circunstancia especial se encuentran imposibilitados e vivir dentro de su núcleo familiar de origen y por lo tanto viven y crecen privados del derecho a vivir en familia dentro de algún Centro de Asistencia Social. Este informe reconoce que el Estado mexicano ha implementado acción como respuesta a estas cifras, por ejemplo, desde el año 2014 entrada en vigor de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se insta realizar una

modificación integral al sistema de cuidados alternativos en el país que pugne por un “desinstitucionalización gradual” y garantice de manera real la restitución de este derecho mediante la reintegración familiar.

Ya que tal como lo sugiere Monje (2017) la excesiva utilización de la institucionalización de NNA, que muchas veces surge como medida alternativa de cuidado derivada de situaciones de violencia al interior de la familia, se gesta desde una inadvertencia de observación, al tratar de comprender las distintas dinámicas de violencia de forma separada, sin comprender que cada una de ellas es compleja y muy posiblemente se encuentra relacionada con otras manifestaciones sociales de la misma:

Nos parece pertinente comprender que la violencia que reciben los niños/as en sus hogares, responde a la misma violencia que se da de forma recursiva en otros espacios sociales-relacionales y que la complejidad de la violencia al interior de la familia (...) es de difícil objetivación (...) En otras palabras, si un niño/a recibe algún tipo de maltrato y su vez también su madre lo recibe de parte de su pareja y ese sistema familiar a la vez cohabita en contextos de exclusión social con altos niveles de violencia en las relaciones sociales y, a su vez, sujetos a intervenciones de centro social que también sostienen dinámicas de violencia institucional, nos surge la pregunta respecto a si acaso no estamos frente a una dinámica social irreductible, y por lo tanto, que debe ser abordada de forma integral? *[sic]* (p. 90-91).

En este sentido, dicha autora se pregunta lo siguiente: 1) ¿Es la pérdida del cuidado de los niños, niñas y adolescentes la única intervención familiar que ofrece el estado cuando asume la protección de la niñez?; 2) ¿Es esta intervención lo único que tiene que ofrecer al niño, niña o adolescente para revertir la realidad social en la que habita?; Y, finalmente: 3) ¿Se hace cargo el Estado de las consecuencias biopsicosociales para las NNA y sus familias tras el desarraigo y quiebre del sistema familiar ante la pérdida de cuidados?

Pese a que el estudio de Mónica Patricia Monje, se refiere específicamente a la perspectiva chilena de la institucionalización infantil, se encuentran muchas similitudes con el caso mexicano a partir del análisis que hace la autora respecto a que las vulneraciones a los derechos humanos de la infancia, especialmente cuando tienen que ver con la familia en la gran mayoría de las ocasiones son producto de la **pobreza sistemática** que genera muchos tipos de desigualdades, discriminaciones y violaciones de derechos humanos; además se considera que estos tres cuestionamientos son muy acertados, particularmente cuando se tiene la intención de generar políticas públicas para atender situaciones sociales que emergen de realidades

endémicas que aquejan y generan fisuras importantes en el tejido social y que en muchas ocasiones al no ser políticas públicas de reparación integral, “no generan un impacto en la transformación de la estructura ni en la dinámica social” (Monje, 2017).

Referente a las políticas públicas que atienden la situación de NNA en México separados por diversas circunstancias de su familia, se urge que ellas sean integrales para buscar y preferir siempre el restablecimiento de la integración familiar, la restitución de derechos y por el contrario, se alejen de la fragmentación que trae consigo complicaciones mayores ignoradas, pues detrás del discurso institucional de “inhabilitación familiar” para el cuidado de NNA, se encuentra el desamparo de menores a un nivel multifacético en el presente y futuro.

Mientras que siempre que se esté consciente de ello, las verdaderas intenciones de las políticas públicas de intervención deberían de tener **un enfoque de reunificación** y búsqueda de métodos alternativos. Para Monje (2017), es necesario entender que la vulneración de los derechos de NNA dentro del ámbito familiar responde a una “historia de vulnerabilidades bio-psico-social” la cual se encuentra escasamente intervenida por el aparato estatal y por lo tanto es un ciclo repetitivo en las siguientes generaciones, desde lo cual la psicóloga argumenta que, lejos de justificar las violencias hacia la niñez y adolescencia dentro de su propio contexto doméstico, es un lente de realidad que exige un nuevo paradigma para la atención en el cual el Estado observe a la niñez tomando en cuenta lo que significa la familia para su desarrollo:

[...] **Mirar a la niñez, pero desde su contexto primario, la familia.**

Si lo que pretendemos es respetar, restituir y/o proporcionar el derecho de los niños/as a vivir y crecer en un contexto familiar y no residencial. Porque esto último, si no responde a un sentido de restitución, sólo constituye un contexto entorpecedor para el desarrollo de NNAJ (*sic*) [...]. Si no se trabaja con un enfoque de familia (biológica, extendida, de acogida o adoptiva, etc.). **No se está restituyendo un derecho, sino que se está revictimizando** (p. 93, párr. 2).

De esta manera la institucionalización de menores, como medida alternativa de cuidado, puede constituir en sí misma una forma de violencia hacia la familia como colectivo, esto desde la óptica de que es una política de solución parcial que desemboca inevitablemente en la fragmentación, cuando ello

debería de ser una medida excepcional; además tal como se explica en este estudio, la familia y sus problemáticas son atendidas de forma sectorizada. De la misma forma, en México, distintos servicios intervienen bajo sus propias lógicas, procesos, procedimientos y políticas cuando la atención a la familia debería de ser esencialmente integral y de estrategia conjunta.

Muestra de lo anterior, es el Informe conjunto de 2013 OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la UNICEF, referente a la necesidad de poner fin a la institucionalización a la niñez y adolescencia en las Américas, mediante la ponderación del cuidado alternativo de NNA separados por algún motivo del núcleo familiar con la finalidad de preservar el derecho humano a la familia por medio del interés superior de la niñez.

A grandes rasgos, el informe afirma la importancia del rol de la familia como procuradora primordial del cuidado, bienestar y protección de las niñas y niños especialmente en etapas tempranas de la vida. Una de las principales inquietudes manifiestas en dicho informe, es precisamente la inexactitud en la cuantificación de datos claros sobre la cantidad de niñas, niños y adolescentes bajo el cuidado alternativo de los centros de asistencia social, y cuántos de ellos se encuentran en dicha situación de manera innecesaria, ya que con el apoyo y las herramientas adecuadas brindadas por el Estado podrían ser cuidados en un ambiente propicio, ya sea su ambiente familiar de origen o alguna alternativa particular. Existe una tendencia a privilegiar a la institucionalización sobre el trabajo social ambulatorio, en donde la tendencia sea minimizar el número de NNA que desarrollan sus vidas en un centro de asistencia y utilizar esta medida sólo cuando se han agotado todos los recursos alternativos.

El informe referido también plantea una serie de principios a observar cuando en lo práctico se aplican las medidas de cuidado alternativo:

Objetivo primordial de preservación y restitución de derechos: Las medidas que afecten el derecho a la familia tienen una naturaleza temporal y siempre deben de aplicarse con el objetivo final de restituir los derechos de la niña, niño o adolescente en el menor tiempo posible. Estas medidas se deben de orientar para buscar la protección, seguridad y bienestar de la persona menor que el niño necesite, pero paralelamente deben de buscar el restablecimiento de todos sus derechos como forma de superar las circunstancias adversas que hayan originado la separación. La determinación para tomar la medida alternativa que convenga, debe de realizarse tomando en forma individualizada su circunstancia y necesidad, siendo necesario para esa consideración la ayuda de los profesionales adecuados por medio de

evaluaciones técnicas que tomen criterios objetivos y sean conducidas por un equipo multidisciplinario; además, de que en estas decisiones deberá tomarse en cuenta al niño y a sus allegados en cuanto a su opinión para hacer un correcto análisis circunstancial (CIDH-UNICEF, 2013, p.77, párr. 2).

Principio de interés superior del niño: todas y cada una de las decisiones concernientes a la niñez y adolescencia tomadas por autoridad competente, siendo esta administrativa, legislativa o judicial se darán con consideración primordial al interés superior de la niñez, siendo este un principio orientador de la interpretación y aplicación de todas las disposiciones jurídicas. Este principio se vincula a la toma de conciencia institucional, social y colectiva de la NNA como sujetos titulares de los derechos con dignidad y con necesidades especiales de protección.

Principios para la determinación y aplicación de medidas especiales de protección que impliquen separación de la familia.

En este sentido, toda norma, política o programa que afecte a NNA como un grupo colectivo, deberá de guiarse bajo este criterio. “Ello aplica a las normativas, regulaciones y programas que los Estados miembro, se deben adoptar en relación a la prevención y protección frente a situaciones en los cuales los niños se puedan ver privados de cuidados parentales” (*ibidem*, P.78, párr. 2).

Principios para la determinación y aplicación de las medidas especiales de protección que impliquen separación de la familia: Las medidas de protección de las infancias y adolescencias que de acuerdo al artículo 19 de la CDN, pueden llegar a implicar la separación temporal del niño de sus progenitores siempre que ello se resuelva con base en el interés superior del menor, deberá de observar a su vez los siguientes principios:

- De excepcionalidad y temporalidad;
- De legalidad y legitimidad;
- De necesidad e idoneidad;
- De diligencia excepcional;
- De especialidad y profesionalización;
- De diferenciación respecto a las intervenciones sancionadoras;
- De garantías del procedimiento y protección judicial (*ibidem* ,p.85, párr. 3).

Contexto Actual y Panorama Nacional

Durante el año 2020, la UNICEF en coordinación la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), el Servicio Social Internacional y con la participación multisectorial de actores como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, los Sistemas Nacionales y Estatales del Desarrollo Integral de la Familia, el Sistema de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPNNA), a través de las Procuradurías de Protección, así como de diversas OSC, llevaron a cabo interesantes diálogos multisectoriales

que tuvieron como finalidad organizar un conjunto de propuestas, acciones y estrategias para avanzar en la reforma integral del sistema de cuidado y cumplimiento del derecho de NNA a vivir en familia.³ De este diálogo, tres conclusiones llaman la atención.

1. Proceso de registro-supervisión de los centros de asistencia social que brindan cuidado residencial a NNA.

En efecto es evidente la carencia de datos precisos en este sentido, ya que México tal como se ha hecho mención administra diferenciadamente las situaciones derivadas de la separación familiar lo que trae como consecuencia una variación cuantitativa importante cuando se realizan informes sobre el contexto en el que se encuentran niñas, niños y adolescentes en tales situaciones, lo cual sin duda dificulta la toma de decisiones o puesta en marcha de programas efectivos para la restitución de los derechos familiares de la niñez.

Para efectos de esta investigación, se hicieron diversas solicitudes de información mediante la Plataforma Nacional de Transparencia, ello con la finalidad de contar con los datos más actualizados sobre la cifra registrada de niñas, niños y adolescentes en esquemas de programas de custodia institucional. Derivada de esta solicitud que fue turnada primeramente a la Procuraduría de atención Federal de Protección a Niñas, Niños y Adolescentes, se reproduce lo siguiente:⁴

(...) Informar que la Dirección General de Regulación de Centros de Asistencia Social se encarga de integrar el Registro Nacional de Centros de Asistencia Social (RCAS). (...) de acuerdo a la información contenida en el Diagnóstico Nacional de Centros de Asistencia social, cuya información es proporcionada por las diversas Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de las entidades federativas, se tiene que, con corte al 31 de diciembre de 2021, la cantidad de niñas, niños y adolescentes en CAS es de 17, 576.

En la respuesta de solicitud se hace posteriormente una anotación sobre la circunstancia de esta cifra, pues en ella está estimada la totalidad de las NNA

³ La jornada de diálogos se llevó a cabo el 11 y 12 de marzo de 2020 en Guanajuato

⁴ Esta información fue recibida como respuesta a la solicitud de información N. 330028822000

dentro de los Centros de Asistencia Social (CAS) de los cuales no todos ellos están a su vez contemplados en el recientemente inaugurado Registro Nacional de Centros de Asistencia Social,⁵ de los que sí están registrados la cifra varía drásticamente pues dentro del padrón de CAS actualizado a finales del año 2021, existen en total 4,077 niñas, niños y adolescentes, de los cuales 2069 son mujeres y 2008 hombres.

El RNCAS es una plataforma digital puesta en marcha en el mes de noviembre de 2021, cuyo objetivo es el de albergar y sistematizar información de las instituciones tanto públicas como privadas, así como asociaciones civiles que tengan funciones de cuidado alternativo o acogimiento residencial para NNA en el país. La instauración de esta plataforma constituye un mecanismo para disminuir la disparidad de cifras en la materia, homogeneizar los procesos de atención y coadyuvar en las decisiones enfocadas a la atención integral a este sector, no obstante, esta plataforma es muy reciente y es por ello que no arroja resultados cuantitativos del todo certeros, de hecho se estima que la totalidad de CAS en el país es de aproximadamente 742, de los cuales solo el 32% se encuentran debidamente registrados en las Procuradurías de Protección y de esa cifra hasta el momento solo 151 se contemplan en la nueva plataforma por el momento.

2. Es necesario dar prioridad a la promoción de procesos de reunificación familiar y desinstitucionalización gradual de hogares dependientes del Sistema Nacional DIF.

El 24 de febrero de 2010, la Asamblea General de la ONU publicó la resolución 64/142 sobre las Directrices sobre las *Modalidades Alternativas de cuidado de los Niños*, con el objetivo de promover instrumentos alternativos de bienestar para niños y niñas privadas del cuidado parental.

En dicha resolución se alienta a los Estados parte de la Convención de Derechos del Niño a crear las pautas adecuadas de orientación política y práctica para que conforme a los instrumentos internacionales adecuados en la materia a ampliar la difusión de acogimiento alternativo en sus distintas modalidades, tomando como principios guía el de pugnar que el niño o niña

⁵ Actualmente el RNCAS cuenta con 151 CAS a lo largo de la República Mexicana <https://portusderechos.dif.gob.mx/rncasvp/vistas/>

permanezca o vuelva a estar en el menor tiempo posible bajo la guarda de sus padres, familiares cercanos o cuando esto no sea una opción viable, además de que el Estado deba dar garantía de acceso a formas de apoyo para reorientar la función cuidadora de padres madre o tutores, se deberá preferir la medida de cuidado alternativo que mejor convenga conforme al interés superior de la niñez, siendo este el criterio esencial para en cualquier circunstancia se puedan determinar las medidas a adoptarse en relación a los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esta situación.

Al marco de lo anterior, es especialmente relevante que la separación de la niña, niño o adolescente respecto a su familia de origen debería considerarse como medida de **último recurso**, ello en atención al significado en el desarrollo adecuado de la NNA del que se ha hablado en este texto, es por ello que en el caso de absoluta necesidad de separación ella deberá de ser preferentemente provisional y todas las decisiones encaminadas a un acogimiento residencial deben de garantizar que sea fácil el contacto con la familia originaria, la pronta reintegración a ella para velar por provocar la menor afectación a la o el menor y en torno a ello, tratar de minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural o social.

Desde otro ángulo, otro de los grandes preceptos de ese documento de directrices es que pese a que se reconoce que los centros de acogimiento residencial son una modalidad utilizada para cubrir las necesidades de la niñez separada de su familia; en los lugares en donde el acogimiento residencial siga siendo frecuente y existan grandes instituciones que los administren, conviene elaborar medidas alternativas para fomentar progresivamente la desinstitucionalización progresiva, siguiendo de manera paralela la misma estrategia “*des-institucionalizadora*” en el establecimiento de nuevos centros de acogimiento residencial.

Por otra parte, se reconocen las siguientes **modalidades** de acogimiento alternativo:⁶

⁶ Fuente: Elaboración propia con definiciones adheridas a la A/RES/64/42: Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

Acogimiento informal	Es una solución en el ámbito privado, adoptada generalmente dentro del entorno familiar, por el cual el cuidado del NNA es asumido durante un tiempo indefinido o permanente por personas cercanas ya sea familiares o allegados con base en una decisión a título particular, por iniciativa del niño o de cualquiera de sus padres, sin que medie la decisión de un órgano judicial, administrativo o de una entidad debidamente acreditada para dictar esta medida.
Acogimiento formal	Este tipo de acogimiento tiene como característica el ser ordenado por un órgano competente el cual como resultado de medidas judiciales o administrativas dicte la encomienda de cuidado de NNA a un centro de acogida (particular o privado) o a dentro de una familia debidamente certificada.
Acogimiento por familiares	Acogimiento de la NNA en el entorno de su propia familia extensa, o con amigos íntimos conocidos por el niño. Este tipo de acogimiento puede ser de carácter formal o informal.
Acogimiento en lugares de guardia ⁷	Cuando la autoridad u órgano competente confía a la NNA como una medida de acogimiento alternativo a una familia distinta a la que ha sido su familia de origen, previa certificación de la misma y declaración aprobatoria de idoneidad. Teniendo esta figura un seguimiento supervisado durante todo el tiempo en el que dure la circunstancia.
Acogimiento residencial	Acogimiento y cuidado de NNA en un entorno colectivo no familiar. Estos entornos pueden ser centros de tránsito, centros de asistencia, agencias de acogimiento alternativo, centros de acogida, etcétera. Tiene como característica que es una institución administrada y organizada independientemente de que sea pública o privada.

Además, en el punto 44 de la resolución se establece a modo de escalafón preferencial las respuestas adecuadas para dar una resolución cuando existan niñas, niños o adolescentes cuyos progenitores o tutores legales acudan a las instancias con el fin y deseo de renunciar permanentemente a la guardia del niño. Siendo el Estado el garante de velar por el bienestar e interés superior del menor tomando las siguientes medidas en orden relativo:

- a. Garantizar e inducir al asesoramiento y apoyo social necesarios para alentar a conservar la guarda de NNA y hacerla posible.
- b. Sí esto no fuese posible, un asistente social o profesional deberá realizar una evaluación para determinar si hay otros miembros de la familia que deseen asumir con carácter de permanente la guardia y custodia y si está es o no una favorable al interés superior del menor.
- c. Cuando estas dos soluciones no sean viables con base en el interés superior del menor, puesto que no produjeran un beneficio a su

⁷ Esta figura es también conocida coloquial o generalmente como Acogimiento Familiar o Familias de acogida

bienestar, debería de tratarse de encontrar una familia de acogida permanente.

Es decir, la resolución establece que de manera previa a tomar una resolución definitiva que posiblemente pueda afectar de cualquier forma a la NNA, se estudien a profundidad las alternativas para que se conserve el entorno familiar y se salvaguarden los derechos más delicados de los niños relativos a una normalidad familiar como supremacía en la toma de medidas alternativas. Dicho en otras palabras, dar prioridad a las soluciones basadas en la familia, comunidad y más cercanas a la normalidad de la niña, niño o adolescente. Por otra parte, este mismo documento establece, que la determinación de la modalidad de acogimiento tendrá su base en una evaluación, planificación y revisión rigurosas por parte de un equipo profesional y multidisciplinario y consultando al menor en todas las fases. Esta evaluación se insta a ser ejecutada de forma pronta y minuciosa tomando en cuenta la seguridad y bienestar inmediatos del menor.

3. La reinstalación del Programa Nacional de Acogimiento Familiar, cuya finalidad es proporcionar un entorno familiar de cuidado temporal a NNA que no cuenten con cuidados de padres y madres.

Por otra parte, derivado de los diálogos multilaterales que recientemente se han desarrollado alrededor de la prudencia del acogimiento familiar, ciertos compromisos en la materia se están llevando a cabo con gobiernos de Chihuahua, Baja California Norte, Chiapas, Sonora y Ciudad de México. De entre los cuales destacan las alianzas con fundaciones como Familia *LightShine*.⁸ ciudades como Tijuana, Mexicali, Comitán, Hermosillo y Ciudad de México se han destacado por su trabajo con familias de acogida directamente, capacitando personal multidisciplinario de los centros de acogida, realizando cursos de especialización interdisciplinaria, o apoyo técnico a las autoridades gubernamentales y finalmente atendiendo la

⁸ Familia *LightShine* es una organización cristiana, con sede en Estados Unidos de América, esta organización tiene una fuerte presencia el estado de Chihuahua en donde por medio de iglesias locales y asociados con el gobierno estatal trabajan a favor de la desinstitucionalización de la niñez evaluando y capacitando a familias locales como hogar de acogida temporal. <http://familialightshine.com/>

situación de niños migrantes, detenidos durante su trayecto como adolescentes no acompañados.⁹

Siendo las cosas así, se espera pues un impulso progresivo a la figura de acogimiento familiar como medida alternativa. En función de este plan se deben tomar en cuenta los criterios internacionalmente trazados como lineamientos mínimos de actuación (ONU, 2010) mediante los cuales se llevarán a cabo la elección de alguna modalidad alternativa de cuidado, para el caso del acogimiento familiar se destacan los siguientes puntos:

- Las políticas coordinadas en relación al acogimiento deberán basarse en información fidedigna y datos estadísticos, favoreciendo el intercambio de información institucional para consulta entre las agencias e individuos con el fin de velar por la eficacia del cuidado, reinserción protección de los niños, es decir se obliga a adherirse a un registro obligatorio y asociado.
- En la modalidad de cuidado familiar deberá de prestarse atención a la idoneidad en la selección de los acogedores, una vez seleccionados deberán antes de concretarse la resolución, definirse el papel y las funciones de éstos y distinguirse de aquellas de ellos padres o tutores del niño.
- La resolución de acogimiento para formalizarse deberá de materializarse mediante un escrito en el que consten los fines, objetivos y naturaleza de responsabilidades en relación a la o el menor.
- Los acogedores deberán velar por que los niños que tienen a su cargo reciban una alimentación sana y nutritiva en cantidad suficiente, deberán promover la salud de los niños que tengan a su cargo, así como garantizar el acceso a la enseñanza escolar y extraescolar, respetar y promover el derecho a la intimidad, garantizando las necesidades sanitarias y de higiene, convirtiéndose pues en un coadyuvante del Estado al configurarse a modo de un doble garante de los derechos de la infancia.

⁹ Esta situación se suscita principalmente en estados fronterizos, tanto en el norte como en el sur del país. En Comitán, Chiapas, el informe de la UNICEF relata el apoyo a la capacitación de personal del Centro Municipal de Acogida de Niñas Migrantes, quien en conjunto con Aldeas Infantiles S.O.S, evitó en 2020 la detención de 61 adolescentes no acompañados.

- Cualquier entorno de acogimiento alternativo deberá de ofrecer una protección adecuada a los niños contra el secuestro, el tráfico, la venta y cualquier otra forma de explotación.
- Todos los niños acogidos en cualquier modalidad deben de tener un acceso a una persona de confianza en cuya absoluta reserva puedan confiar, designada por autoridad competente.
- Además, todos los niños acogidos en cualquier modalidad deben de tener acceso a mecanismos conocidos, eficaces e imparciales mediante los cuales pueden notificar sus quejas e inquietudes con respecto al trato que les dispensa las condiciones de acogida.
- Las personas responsables del acogimiento en familia deberán tener acceso a servicios especiales creados por el Estado para preparación, apoyo y asesoramiento al que puedan recurrir antes, durante y después del acogimiento.
- Fomentar y promover la creación de asociaciones de guardadores familiares que puedan prestarse recíprocamente apoyo para contribuir al desarrollo de la práctica y la política.
- Debe de alentarse el acogimiento del niño en la propia comunidad, cuando ello sea posible, ya que ello procura la continuidad de su socialización.

Programa Nacional de Familias de Acogida

Desde mediados del año 2020 el Sistema Nacional de Desarrollo Social (SNDIF), puso en marcha el Programa Nacional de Familias de Acogida (PRONFAC), este programa plantea la regularización del medio alternativo de cuidado transitorio para proporcionar cuidados parentales a NNA separados del núcleo familiar de origen, contempla la formación adecuada así como la capacitación constante de personal involucrado en el proceso, la emisión de convocatorias a familias interesadas y la promoción de esta figura como una forma de cuidado alternativo. Este programa ya está llevando cabo procesos piloto desde finales de año 2021 en donde se llevó a cabo la segunda sesión del Consejo Técnico de Evaluación de Familias de Acogida, que se integra por cinco representantes de las siguientes dependencias: la persona titular del Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia, la persona titular de la Procuraduría Federal de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Dirección General de

Restitución de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la persona titular de la Dirección General de Integración Social.

De acuerdo al documento Lineamientos para la integración del Consejo Técnico de Evaluación de Familias de Acogida (DIF, 2016), este órgano es la autoridad máxima que a nivel federal resuelve respecto a las solicitudes de familias de acogida, analizando cada uno de los expedientes para dar una resolución sobre el certificado privilegiando en todo momento al interés superior de la niñez. Este documento, además, contiene tres títulos que clarifican de manera general el procedimiento de acogimiento familiar, el título segundo y tercero prevé específicamente sobre la integración del expediente para solicitar un certificado de idoneidad para familias de acogida, y el tercero sobre los procesos de evaluación y seguimiento mientras este método de cuidado alternativo y temporal se desarrolla.

Además, en 2021 la Secretaría de Salud en coordinación con el Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia emitió un documento rector sobre el PRONFAC, en él se establecen 5 enfoques transversales sobre los que el programa se desarrollará e implementará de manera progresiva en el territorio nacional, son los siguientes:

Reconocer a NNA como sujetos de derechos y no como objetos de cuidado, promoviendo su participación en los asuntos de su interés.	Enfoque de DD.HH.
Desarrollo de políticas, programas y proyectos conforme a las necesidades y vulnerabilidades de etapa de la niñez y adolescencia.	Enfoque de niñez y juventud.
Generar condiciones y oportunidades para el desarrollo personal y social sin distinción de género.	Perspectiva de Género.
Promoción y valoración de diversas culturas. Respeto a las diferentes cosmovisiones, usos y costumbres de los pueblos.	Enfoque de interculturalidad.
Reconocer a la familia como un imperativo ético, incluyente y garante de los derechos humanos.	Enfoque de familias

Fuente: PRONFAC (DIF, 2021).

Además de ello, tal programa en marcha reconoce que, para su viabilidad, se deberán tomar en cuenta en cada Estado y Municipio, una serie de

condiciones mínimas para gestionar el programa, entre las que destacan la infraestructura, la localización, el marco normativo de referencia, los recursos económicos, los recursos humanos, los recursos de movilización para las gestiones de evaluación y seguimiento y las redes de apoyo institucional.

Finalmente el proceso de acogimiento según el PRONFAC (2021), se divide en tres etapas, **la inicial** que comprende la convocatoria a las familias, la formación y capacitación al personal, la evaluación y selección de las familias de acogida, la formación y capacitación a las familias de acogida; **la etapa o fase de ejecución**, que comprende el diseño del plan de trabajo, la presentación de la NNA con la familia de acogida, el acompañamiento y seguimiento del proceso; y, la **etapa de cierre**, comprendiendo ésta la finalización del acogimiento y la evaluación del proceso por parte del PRONFAC.

Registro Nacional de Centros de Asistencia Social

A finales del mes de diciembre de 2021, se dio a conocer la plataforma digital operada por el Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia que funcionará como parte del Registro Nacional de Centros de Asistencia Social (RNCAS). Para la fecha en la que se redactó este artículo, esta plataforma albergaba a 151 centros registrados. Este registro mediante la herramienta digital tiene el objetivo de consolidarse como un padrón certero y transparente de los Centros de Asistencia Social Autorizados para funcionar en el territorio mexicano. El RNCAS es importante porque a su vez significa una transformación marcadamente necesaria para la debida regularización de los CAS, y desprendido de ello la prevención de vulneraciones institucionales a NNA separados de sus familias, sin embargo, esta plataforma es muy reciente y queda un gran trabajo coordinado por hacer para que realmente se cumplan dichos objetivos. En el presente, según cifras del SNDIF, se estima la existencia de 742 CAS en el país.

Reflexiones finales

Sin duda nos encontramos en el momento más adecuado para llevar a la mesa de diálogo la multiplicidad de temas que tienen que ver con las infancias y adolescencias en México, pero es preciso que este diálogo se materialice en programas y proyectos de impacto transformador bien planeados que cambien de manera real la vida y circunstancias de la niñez en nuestro país. Esta es una tarea urgentísima porque cada minuto significa pérdida de

oportunidades y derechos vulnerados para NNA invisibilizados por la retórica político-discursiva. En este sentido, vale la pena redoblar esfuerzos ahora, especialmente después de lo que ha significado la pandemia por COVID-19 que dejó en la indefensión a miles de niñas y niños todas las etapas de la niñez y adolescencia. Es muy lastimoso pensar que de habernos encontrado más y mejor preparados en la procuración de sus derechos habríamos podido enfrentar y evitar muchas circunstancias que penosísimamente han afectado su desarrollo, provocando un daño perenne no solamente en lo particular de sus vidas sino en el tejido de la sociedad a un nivel macro.

En tal circunstancia, uno de los temas más necesarios para tomar acción, es el excesivo uso de la institucionalización infantil, es una preocupación central que las NNA que viven en México se vean innecesariamente sometidos a esquemas de desarrollo y crecimiento dentro de instituciones residenciales carentes de las oportunidades y atenciones de familiares; cuando se crean las circunstancias idóneas para ello, podrían acceder a estos beneficios, que por falta de proactividad, recursos o suma de voluntades políticas para desarrollar un sistema adecuado, integral y cooperativo le sean negados los beneficios que no solamente la restitución de su derecho a la familia sino una multiplicidad de oportunidades, cuya ausencia les afecta íntegramente el desarrollo a nivel psicosocial a lo largo de toda su vida. En tal sentido, se concluye con una serie de reflexiones finales que buscan no solo resaltar la importancia del tema sino poner en la mesa de debate ciertas ideas con el compromiso de materializar el resultado del diálogo multisectorial siempre con miras a beneficiar y brindar la protección más amplia posible a niñas, niños y adolescentes en Jalisco y en México.

- A. Contar con vínculos afectivos cercanos además de significar comprobadamente una ventaja evolutiva, favorece relaciones que son fundamentales para el entendimiento del mundo macro social, el funcionamiento cerebral, la personalidad del individuo y más tarde la interacción con otras personas y personalidades estableciendo relaciones sociales. En este sentido, la institucionalización y el exceso de su aplicación para el cuidado de NNA satisface de manera muy escasa esta necesidad, por no decir de manera prácticamente nula.

- B. Todos los derechos de NNA y en especial aquellos relacionados con su desarrollo deberían de ser temas transversales en todas las agendas públicas, así como la atención integral a la familia y sus necesidades.
- C. Se contempla efectivamente como urgente la necesidad de visibilizar la cantidad y variación de NNA viviendo en esquemas de institucionalización mediante un mecanismo único, homologado, transparente y certero. Un registro unificado es una de las herramientas más fundamentales para estar en la posibilidad de garantizar el interés superior de la niñez.
- D. El acogimiento familiar en un medio de cuidado alternativo que se plantea como una posibilidad ante la institucionalización excesiva, sin embargo, para que esta función, se debe dar prioridad a la homologación de criterios, programas y políticas de coordinación no solo a nivel local sino federal. Esta coordinación implicaría medidas normativas, presupuestos, infraestructura, recursos materiales, recursos humanos, etcétera.
- E. En este sentido el PRONFAC es un buen comienzo, pero los esfuerzos institucionales se deben redoblar, la proyección de estos esquemas debe de ampliarse. Hay que debatir más sobre ello para poder generar una coordinación efectiva.
- F. Las familias de acogida son una respuesta, pero no son la única vía para evitar la institucionalización familiar y en este sentido se debe de priorizar la reintegración familiar, por lo tanto, un programa integral debe de tomar en consideración también otro tipo de apoyos para las familias y en atención a las circunstancias que les impiden proveer el cuidado adecuado a NNA. Conscientes de que en la gran mayoría de los casos la pobreza sistémica es el factor fundamental del abandono de niñas, niños y adolescentes, en consecuencia, la atención adecuada debe contemplar soluciones mediante programas integrales.

Comentario final

Aun con estos puntos reflexivos, se contempla a el acogimiento a familiar debidamente monitoreado como una gran posibilidad de resarcimiento de derechos ya que las familias de acogida son una especie de co-garante de derechos de niñas, niños y adolescentes en un esquema de cuidado alternativo cuya principal función es la protección particularizada con todo lo que ella

implica, como la cercanía con la niña o niño, un ambiente más digno de desarrollo y crecimiento, la garantía de que las NNA siempre podrán seguir teniendo acceso y cercanía a sus progenitores o familia de origen mientras se encuentran en un programa de acogimiento familia.

Además, es importantísimo contemplar que este esquema no solo resarce el derecho a vivir en un ambiente digno y familiar, sino ayuda a garantizar y ampliar un abanico de derechos que las familias de acogida a diferencia de los Centros de Asistencia Social, pueden garantizar de una manera más adecuada y amplía a los niños, niñas y adolescentes, por ejemplo el derecho a la alimentación, puede amplificarse a garantizarse mediante una alimentación nutritiva y balanceada, el derecho a la salud podría conllevar acceso a atención médica de prevención y orientación, el derecho a la educación podría proyectar acceso a enseñanza extraescolar (estimulación temprana, educación musical, deportes) lo cual es difícil materializar cuando la cantidad de población es excesiva dentro de una institución que, con recursos en su mayoría públicos, difícilmente se da abasto para garantizar la equitativa atención de todos las y los menores residentes.

Bibliografía.

- Bourdieu, P. (1998). Espiritu de familia En Neufeld, M. R., Grinberg, M., Tiscornia, S. y Wallace, S. (comps.), Antropología Social y Política. Hegemonía y poder: el mundo en movimiento. Buenos Aires: Eudeba.
- CIDH-UNICEF. (2013). El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo, poniendo fin a la institucionalización en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>
- Ciordia. C. (2020). “Los mecanismos de reproducción de desigualdad social internacional en los procesos de orientación de niños hacia la adopción”, en: Las desigualdades en clave generacional hoy. Ed. Mayer L., Domínguez M. & Lerchundi M (comps). Buenos Aires: CLACSO, pp. 235-258. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv1gm01ch.12>
- DIF. (2016). Extracto de los Lineamientos para la Integración del Consejo Técnico de Evaluación que Resolverá respecto a la Emisión de Certificación a Familias de Acogida. Disponible en:

[http://sitios.dif.gob.mx/normateca/wp-content/Archivos/Procuraduria/Consejo Tecnico.pdf](http://sitios.dif.gob.mx/normateca/wp-content/Archivos/Procuraduria/Consejo_Tecnico.pdf)

- Di Iorio. J. (2009). Nosotros/los otros: La niñez en las instituciones asistenciales. V Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias. Buenos Aires: Facultad de Ciencias Sociales. Disponible en: <https://www.aacademica.org/000-089/4.pdf>
- INEGI (2015). Censo de Alojamientos de Asistencia Social. Subsistema de Información Demográfica y Social. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/caas/2015/>
- ONU (2010). Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/54/142. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064>
- Lewkowicz, I. & Corea, C. (1999). ¿Se acabó la infancia? Ensayo sobre la destitución de la niñez. Buenos Aires: Lumen Humanitas. Disponible en: <https://vozyvos.org.uy/wp-content/uploads/2015/09/se-acabo-la-infancia.pdf>
- Monje. M. (2017). “La institucionalización residencial de la infancia en Chile. Una mirada crítica a los supuestos sobre la familia y la tensión en el rol garante del Estado en materias de restitución del derecho a vivir en familia”. En *Cuidados y Políticas Públicas en América Latina*. [Ed. Patiño, J.A.]. CLACSO. Pp. 87-110.
- SALUD-DIF (2021) Programa Nacional de Familias de Acogida. Disponible en: [http://sitios1.dif.gob.mx/procuraduriaDIF/wp-content/uploads/2021/05/Programa Nacional Familias Acogida.pdf](http://sitios1.dif.gob.mx/procuraduriaDIF/wp-content/uploads/2021/05/Programa_Nacional_Familias_Acogida.pdf)
- UNICEF (2013). La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Panamá. Disponible en: <https://www.relaf.org/biblioteca/UNICEFLaSituaciondeNNAenInstitucionesenLAC.pdf>

La inexistencia de la dignidad Post Mortem

The non-existence of Post Mortem dignity

Stephany Elizabeth Montero López¹⁰

Sumario: I. Antecedentes. II. Medidas de aplicación en el debido proceso forense de las personas fallecidas. III. Análisis de los elementos de la persona como sujeto de dignidad post mortem. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

Resumen: La dignidad humana no solamente es el principio fundamentado de los derechos humanos más conocido y difundido en la cultura jurídica occidental, sino que también ha sido uno de los más estudiados en las distintas ramas de la filosofía y la ciencia del derecho. En ese sentido, este trabajo hace aportaciones respecto a este principio y su presencia bajo el ejercicio de la practica forense y su manifestación dentro de los fenómenos post mortem.

Abstract: Human dignity is not only the most well-known and widespread fundamental principle of human rights in Western legal culture, but it has also been one of the most studied in the different branches of legal philosophy and science. In that, this work makes contributions regarding this principle and its presence under the exercise of forensic practice and its meaning within postmortem phenomena.

Palabras clave: Dignidad, práctica forense, filosofía, marco jurídico.

Key words: Dignity, forensic practice, philosophy, legal framework.

¹⁰ Licenciada en derecho, maestra en juicio de amparo por la Universidad del Valle de Atemajac y doctora en derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado.

1. Antecedentes

Al hablar sobre las principales teorías y doctrinas necesarias para acreditar el fenómeno de estudio es evidente que se deben contemplar aspectos desde el derecho natural por cada forma de pensamiento de las diferentes escuelas que formaron propuestas diversas en razón del ius naturalismo, tomando en cuenta las observaciones de cada una de estas, a su vez es importante señalar que durante la gestación de las principales características de los derechos humanos se estableció una posición interesante del derecho positivo, conversando un modelo Inter constitucional diverso.

Para tales efectos se tomaron las doctrinas del derecho natural sofista, teológico y racionalista como las principales doctrinas del derecho natural, además utilizando la doctrina del derecho positivo, derechos humanos y la bioética y sus ramas jurídicas de estas, con el fin de soportar los argumentos de diversos puntos filosóficos y demostrar que el fenómeno de estudio, está a bien justificar su relación con la materia legal, iniciando con el derecho natural donde “el profesor argentino Carlos I. Massini distingue varias corrientes de pensamiento que pueden ser consideradas como iusnaturalistas, nosotros, por mera cuestión cronológica, no seguiremos el orden que él propone, aunque sí los tipos que describe. Massini distingue los siguientes iusnaturalismos:

- I) uno de corte clásico, cuya raíz se encuentra en las tradiciones filosóficas representadas por Aristóteles y Tomas de Aquino;
- II) un iusnaturalismo empirista, contractualista, que tiene como principal representante a Hobbes.
- III) el propio de la Escuela Moderna del derecho natural, teniendo a Grocio y Pufendorf a la cabeza.
- IV) Un iusnaturalismo de corte marxista.
- V) Uno de tipo kantiano. La corriente que tomaremos en cuenta para nuestro trabajo será la de corte aristotélico-tomista.

Tal corriente ius filosófica ha sido igualmente denominada por algunos autores como “realismo jurídico clásico” (Massini Correas, 2000, 646-649), por su parte la doctrina natural de los sofistas quienes fueron profesores con gran capacidad de retórica nos hace mención que la sociedad necesita de principios jurídicos y morales para satisfacer sus necesidades, una cuestión de relativismo ético jurídico en la cual la función del gobernante es

remplazar la ley menos perfecta por la que en cada momento se considera mejor.

El derecho teológico nos hace menciona como una corriente de la filosofía jurídica que domina el campo del derecho natural coadyuvado por aspectos de moralidad y cuestiones de universalidad, además, cuenta con aspectos que afirman que el origen dl derecho natural es dios y que las leyes positivas deben derivarse del mismo, siendo una de las corrientes del ius naturalismo teológicos sea por medio de un desarrollo histórico de adaptación variante, un tema de expresión de principios morales provenientes de un Dios que proclama que no se debe consagrar en la razón humana por que el hombre es un ser corrupto, como bien lo afirma san Agustín, otra línea es la teológica escolástica, que se llaman principios morales de dios, sin embargo considera que la razón del ser es igual de importante que el juez., mientras que para santo tomas de Aquino, nos habal de una ley eterna de la cual nace la ley natural de forma universal e inmutable, descubiertas por la razón y en ningún momento ser opuesto a dios, manifestado la sanción de desobedecer por no cumplir la sanción de un ser divino, manifestando que santo tomas de Aquino, considera que el gobernador general del estado es dios, y por medio de su voluntad genera una paz universal y sus reglas para edificar a la deidad y por último el ius naturalismo neoescolástico, donde el hombre es un ser racional que cumple con ciertas metas.

Si bien es cierto que dentro de las escuelas del derecho natural y sus principales academias tenemos que al ser humano es protegido por aspectos tolerantes y de respeto a su persona, sus bienes y sobre todo a un velo protector de su vida humana, que al interactuar con el estado dona el tangible espectar divino para configurarse en un hibrido de moralidad y ética, que de acuerdo Aristóteles y sus temas de interacción entre el estado y los seres humanos nos menciona que “La justicia política puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez que ha sido establecida, por ejemplo, que el rescate sea de una mina o que deba sacrificarse una cabra y no dos ovejas, y todas las leyes para casos particulares, como ofrecer sacrificios en honor de Brásidas, o las decisiones en forma de decretos. Algunos creen que toda justicia es de esta clase, pues lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas partes tiene la misma fuerza, como el fuego que quema tanto aquí como en Persia,

mientras que las cosas justas observan ellos que cambian. Esto no es así, aunque lo es en un sentido. Quizá entre los dioses no lo sea de ninguna manera, pero entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque haya una justicia natural y otra no natural” por otra parte otro punto de vista que se toman son los posicionamientos del derecho natural racionalista, donde los estudios de estas instituciones, son de corte griego, haciendo énfasis en justificaciones, de la cual los grandes filósofos estudiosos del ser humano y el estado nos hacen ver una interacción entre el derecho natural y su choque con el derecho positivo para la ponderación de derechos que establecen un dogma moderno y nos dan las herramientas para configurar la correlación entre el derecho natural y el derecho positivo.

Dentro del estado mexicano, tenemos que la doctrina establece una interesante relación entre un derecho natural configurado en legislaciones que resguardan la interacción entre la Genesis del derecho natural y su conceptualización legal, Eduardo García Máynez, nos habla sobre conceptos de leyes naturales de la cual nos dice “que son juicios enunciativos cuyo fin estriba en mostrar las relaciones indefectibles que en la natural existen. Toda ley enseña, según la fórmula de Helmholtz, que a determinadas condiciones que en cierto respecto son iguales, se hallan siempre unidas determinadas consecuencias, que en otro cierto respeto también son iguales” (García Maynes, E. 1953).

Simultáneamente se describe una finalidad como especie ejemplar para el debido acatamiento del interés del hombre como ser humano, miembro de un ecosistema general explicando que para la ley natura y su relación con el entorno humano “es la explicación de las relaciones constantes entre los hombres; el fin de las normas, provocar un comportamiento, los principios científicos tienen un fin teórico; el de los juicios normativos del orden práctico, las leyes naturales no deben ser confundir con las relaciones que expresa. no son encalces entre hechos, si no formulas destinadas a explicarlos, la gravitación universal, por ejemplo, es una realidad la ley newton, su expresión científica, destacar que las leyes naturales implican la existencia de relaciones necesarias entre los fenómenos el supuesto filosófico de toda norma es la libertad de los sujetos a quienes obliga, una ley natural es validad cuando es verdadera, o sea, cuando las relaciones a que su enunciado se refiere ocurren realmente, en la misma forma que este indica (Garcia,1992).

A diez años de la reforma en derechos humanos de 2011, en la cual el texto constitucional se modificó para adaptar los estándares internacionales de protección a los derechos humanos, ciertos elementos y figuras constitucionales se han modificado, dando pauta a una nueva era de legislación jurídica interpretativa conforme a los medios internacionales, así mismo el reconocimiento de los derechos humanos ha sido un tema extenso de aplicación, como de análisis interesante, donde se establecen nuevos criterios que se toman para la nueva doctrina actual en México y su marco regulatorio interno y externo vinculante matices que empiezan a crear el nuevo panorama de los derechos humanos, así bien Narciso Sánchez Gómez, hace mención que “los derechos humanos estos como bien se sabe, son inherentes a la personalidad humana, con natural, a la misma especie”; esto es, consustanciales a su propia razón de ser, que se adquieren por el solo hecho de ser concebidos un individuo y deben de respetarse, regularse y protegerse hasta su muerte, con son el derecho a la vida, salud, integridad física y moral, la legítima defensa, la libertad de pensamiento, expresión, tránsito y asociación, desarrollo sustentable y otros, que reconoce la legislación conducente como una exigencia indispensable de su entorno natural familiar, social, político, laboral, económico, cultural e institucional” (Sánchez Gómez, 2009) describiendo que para el autor los derechos humanos se deben respetar, proteger y cumplir durante la etapa de vida del ser humano, y no se toman en consideración otros aspectos importantes después de la vida.

De todos los derechos humanos que se vivencian al respecto la dignidad humana se encuentra articulado en el contexto integral de la constitución, los tratados internacionales, las leyes reglamentarias, reglamentos, acuerdos, principios generales del derecho y en todo ordenamiento que regula una actividad humana, esto al contar con libertades, igualdades y seguridad jurídica en el accionar del hombre, en tal razón, al hablar de dignidad humana se debe establecer que es un eslabón intrínseco del hombre el cual no deben tener límites en su convivencia social, cultural y en general en la vida del estado, siendo este la institución que debe proteger el debido cumplimiento de las leyes.

Así bien dentro de las legislaciones internacionales se reconoce a la libertad, la justicia y paz en el mundo como base de esta dignidad humana intrínseca, y de una base de igualdad inalienables de todos los miembros parte de la sociedad, esto al darse cuenta del gran paso de las catástrofes de las

guerras donde la vida se llevó al borde de una extinción clara, siendo la segunda guerra mundial un pilar base para el reconocimiento de esta dignidad como una condición esencial de vida, que se debe construir en toda plataforma jurídica, buscando proteger los derechos que emanan de la naturaleza del hombre.

Dentro de diversos puntos de vista se desprenden que la dignidad humana cuenta con características relacionadas a la personalidad del hombre, derechos de libre desarrollo de su persona, contar con una serie de factores de identificación ejemplar que dotan de una libertad general al ser humano, además la integridad del ser como un cuerpo corporal, siendo un organismo natural vivo y existente, si bien la idea de contar con una protección general se ha establecido por años dentro de los marcos constitucionales e internacionales la vida humana no ha tenido a investigar una protección ejemplar del cuerpo humano después de la muerte, consecuencias relacionadas al final de la vida, en tal razón todas las legislaciones que protegen la no esclavitud, la tortura, el acoso, discriminación entre otras son legislaciones inmediatas de protección del ser en un aspecto tangible de vida, más en un aspecto intangible de muerte el cuerpo humano termina su relación jurídico humana y pasa a ser de nueva cuenta un aspecto bioético fuera del tema legal.

Esto genera una implicación de diversas ramas de estudio que detonan en una creación de protección al sujeto al reconocer la dignidad como un cumulo total para la condición humana, atributo del ser humano como una expresión aplicada a un atributo de origen, a su vez se cuenta con un elemento central que no debe ser sujeto a comparación y es respecto a la integridad del hombre o mujer como instrumento funcional de un organismo miembros de un ecosistema.

Siendo que ningún ser humano puede ser sujeto o sometido a un arbitrio de actos de autoridad o semejantes si no por medio de una relación cuestionable de derechos y obligaciones siendo parte de un estado, además este instrumento condiciona el trato mínimo e indispensable del ser humano.

La figura del hombre como un grado mínimo de reconocimientos es de forma exponencial como un inicio y final pero que sucede para la protección posterior de la vida siendo un derecho que no se puede perder, teniendo el caso al derecho al olvido.

El ser humano no puede estar ligado únicamente a aspectos morales o físicos intelectuales de pensamiento o cualquiera si no es una creación absoluta natural, en tal razón las leyes que regulan la vida, el origen, desarrollo y decadencia del cuerpo en el trayecto de la vida es para un respecto legal de su persona desde el tema filosófico del deber ser, siendo parte fundamental, si bien es cierto el marco internacional y constitucional en México protege la vida del ser humano desde sus primeros meses de su concepción, de acuerdo al tema del embrión humano, como un organismo que pertenece a la especie humana, con un trato de respeto al ser parte de un ser humano, teniendo en cuenta el no albergar de forma amplia a la persona humana, entonces por qué no también proteger el estado posterior de la muerte de forma orgánica en tal razón tenemos nociones filosóficas y éticas nos comparan las características del tema como un lenguaje de ciencias naturales de forma técnica que aparta las ventajas de los diálogos, mencionando que un embrión es un organismo de la especie humana, como lo es una extremidad o cadáver, de la cual o cuales se compone el ser humano, entonces la implicación de clasificar el órgano, defender, proteger y prevenir toda conducta antijurídica o ética contra el embrión damos una serie de pasos para el respeto y prosperidad del embrión, siendo esto una posición efectiva para el posicionamiento de la vida.

Al proteger la etapa base de la gestación del ser humano, se esgrime el por qué no proteger la etapa final de la descomposición del cuerpo humano de forma integral.

Por otra parte, el derecho a la vida es un aspecto de teoría general que nos aboca a llevar a cabo un sentido de propiedad y expresión de libertad siendo una fuente de protección el derecho a la vida como una condición humana de todos los derechos y bienes posibles que tiene el ser humano, además el cambio es una limitante, en tal razón el estado no es sometido por actos ilícitos o denunciados por muerte natural.

Entonces no se habla de un derecho a vivir si no a existir, como parte funcional de las relaciones humanas y estado, que aparecen de forma gradual en la trayectoria del desarrollo cognitivo del humano,

Otra apertura que se estudio es la postura de una entidad externa denominada fe en contra de una posición pragmática de amor al estudio de la filosófica, mismas que al interactuar se definen campos de dirección diversos entre la aceptación del derecho humanos a la vida, siendo una esencial el tema del dolor, el sufrimiento y la muerte.

Más allá de cualquier cualidad o defecto, los seres humanos tienen, sin excepción, la misma dignidad, esta dignidad les viene no de aquellos aspectos biológicos, psicológicos o sociales que precisamente diferencian unos seres humanos de otros, sino de aquello que les es común y constitutivo, su filiación con el sujeto absoluto, o que se entiende por "dignidad" ha sufrido un cambio substancial desde que este valor surgió en la sociedad de la antigua Roma hasta que fue incorporado en la cultura cristiano-occidental: pasó de una conquista individual a ser inherente a la condición humana.

En la sociedad romana pre imperial la dignidad respondía a méritos en una forma de vida, ligada por una parte a la esfera política y por otra a una recta moral. En Roma la condición principal para adquirir dignidad era la acción política, la pertenencia al Senado, junto con la integridad moral. Pertenecer a la nobleza romana, tener entre los antepasados héroes troyanos, reyes, o como César una diosa confería más brillos a esa dignidad. El romano defendía su dignidad, luchaba por ella, la asentaba y lucía. Ésta no tenía un orden rígido: podía aumentarse, rebajarse, perderse, restituirse. La dignidad era un logro personal que, por un lado, daba derecho a un poder y, por otro, por el impulso interior a ser moralmente intachable, exigía un deber.

La dignidad obligaba y lo hacía más cuanto mayor era su grado. A esa forma de vida pertenecían la magnanimidad, disciplina, austeridad, moderación y serenidad de mente. La dignidad era elitista: no todos los ciudadanos gozaban de las condiciones para llevar esa forma de vida portadora de dignidad; además, no se concebía sin libertad: era incompatible con la condición de esclavo. Según Cicerón autor, la dignidad debe apoyarse en el dominio sobre sí mismo, el abandono de toda liviandad y del actuar impulsivo.

Para el cristiano la dignidad del hombre tiene el triple fundamento en su origen divino, en su calidad de imagen y semejanza de dios y en su finalidad en el Creador mismo, la dignidad queda así definida, para todos los hombres por igual, en relación directa con dios, con independencia de toda otra condición: raza, nacionalidad, sexo, edad, creencias, condición social, esa dignidad dota al hombre de ciertos derechos inalienables y de ella nacen las tareas de protección y respeto.

La evolución de este concepto a través de la historia del pensamiento occidental lleva a la conclusión de que la dignidad humana no puede ser fruto de una conquista, pues serían muchos los que, conforme al parámetro establecido, no la alcanzarían, la dignidad es intrínseca a la persona humana en razón de lo que es específico de su naturaleza: su ser espiritual, esta dignidad es más que moral, más que ética, más que psicológica: es constitutiva del ser humano y su naturaleza es ontológica. No se la puede dar él a sí mismo ni podemos hacerla depender de su vida moral, tampoco se la puede dar el estado, como sucedía en roma o la sociedad, aunque a ellos corresponda reconocerla y vigilar que no haya violaciones.

Para Emmanuel Kant nos indica que la dignidad humana es una teoría que establece como principio la exigencia enunciada como segunda fórmula del imperativo categórico, “obra de manera de tratar a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de otro, siempre como un fin en sí mismo y nunca solo como un medio” (Lefranc Weegan, F. ,2011, 87-124) esta influencia se ve en la protección de los derechos humanos, evidenciando un voto razonado en la legislaciones internacionales de derechos humanos, además Kant reconoce a la dignidad como una parte intrínseca que existe una debida protección del ser natural, en su esfera moral, ética, natural, jurídica, política y todas las áreas aplicables de la vida, conceptual del conocimiento y aplicación.

Demostrando diversos fundamentos físicos y metafísicos que dan valor a la integridad de la persona, al tener la facultad cada persona de pensar de actuar y realizar lo que a su persona le interesa entorno a una ley universal de protección libre del ser, estos imperativos de forma racional marca personal del individuo, de hecho la misma comisión de derechos humanos del distrito federal en su catálogo para la clasificación e investigación de violaciones a derechos humanos de 2008, hace mención que la dignidad humana se constituye por “ la suma de las virtudes y atribuciones humanas”

(Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2008, p. 99). Siendo un elemento plasmado al ser, por el hecho de estar en este espacio físico, además de la formación por su propia naturaleza, diferenciado la de otras especies en el planeta, al tener un grado de comprensión empírica, racional y científica en su actuar.

De esta forma y en resultado de los análisis desde la legislación, el paso por el estudio multidisciplinar del fenómeno de estudio se estima que existe una dignidad humana que valoriza un mínimo de prerrogativas en beneficio de este, para permitir un desarrollo vital, por conducto de las normas el respeto del estado y su debida ejecución de la protección de los derechos humanos, para efectos de hablar sobre una dignidad post mortem era importante demostrar la existencia de la dignidad humana como atributo, calidad y conducto por el cual se garantiza la vida el valor humano y su ejercicio continuo entonces la dignidad como un atributo de los seres humanos un deber humano más elemental, el deber humano más elemental es ayudar al hermano a vivir la última llamada que recibe en esta tierra, si la vocación personal tiene un sentido central en nuestras vidas, ella lo tiene máximamente en el momento en que la vida camina a apagarse. Cuando no quedan casi los rasgos de las cualidades que le han dado relieve al individuo, es donde resplandece más la pura dignidad. respecto del tema en específico de la dignidad póstuma de las personas fallecidas, la diputada federal Martha Patricia Ramírez Lucero, de la bancada del partido MORENA, presenta una iniciativa muy interesante en relación al reconocimiento de la dignidad póstuma, figura que se agregaría dentro de la Ley General de Salud, dentro de la exposición de motivos se hace énfasis a un desarrollo integral desde el ámbito moral en la civilización, promoviendo un bien tutelado desde la perspectiva, ética, social, cultural y jurídica, de las personas fallecidas, desarrollando una serie de argumentos interesantes sobre los principios bioéticos y de la necrótica, tomando como fundamento la doctrina de la bioética jurídica como la rama de la bioética para verificar la existencia de la relación jurídica, sus proyecciones y aplicaciones entre la interacción del derecho con los temas éticos del ser humano, enfocando de esta forma la exposición de motivos. el enfoque desde la necrótica, que considera de acuerdo a la iniciativa de ley lo siguiente “considera las relaciones afectivas y simbólicas en torno al cadáver, así como el valor intrínseco de los cuerpos y sus componentes anatómicos, histológicos y aún genéticos, como extensión

de la dignidad humana, la cual no claudica con el término de la vida” (Cámara de diputados, 2020).

Al constituir un análisis dentro de la iniciativa de ley podemos verificar que el fenómeno de estudio ha tenido grandes consecuencias a nivel nacional derivado de la contingencia por el COVID-19, esto al ser una enfermedad viral con alto potencial de contagio, que trajo una serie de cambios biosanitarios en todo el panorama mundial, destaco que el número de fallecimientos es alarmante los estados optaron por medidas de contingencia en fallecidos de las cuales destaca implementar fosas comunes, por su parte la iniciativa de ley propuesta nos tiene a dar una ponderación de principios bioéticos dentro de las acciones públicas de garantía del derecho humano, en tal razón la iniciativa de ley propone que se guarde respeto a los derechos fundamentales de las personas fallecidas por esta enfermedad al vulnerar diversos artículos constitucionales en materia de salud, a su vez es importante destacar que dentro de las legislaciones vista en el capítulo anterior se contraponen el concepto de persona dentro del derecho civil, donde se gesta la figura de persona y sus avances en la doctrina práctica del derecho, reconociendo la capacidad jurídica del ser humano tanto en vida y posterior a esta conformando a terceros el paso de la capacidad jurídica de los derechos y obligaciones, sin embargo para el tema de salud se prevé lo siguiente en la iniciativa:

Ley General de Salud el Artículo 350 Bis 8, dando fundamentación legal a que cualquier persona de la sociedad pueda exigir el respeto a la dignidad póstuma de las personas fallecidas, que si bien, constituyen el centro de la presente iniciativa a causa de las extraordinarias circunstancias que enfrentamos como humanidad, no se limita únicamente a las muertes diagnosticadas por esta enfermedad.

(..)

Por el contrario, las reflexiones en cuanto a los decesos y el trato jurídico, social, público y moral que se le da a la muerte, representan un llamado urgente a plasmar en las leyes de nuestro sistema la protección simbólica extendida a la persona humana.

La noción de dignidad póstuma es descrita en la academia como la identidad de un individuo que está íntimamente ligada a su cuerpo, “tanto en el nivel de los rasgos antropológicos distintivos, como en el nivel molecular de la identificación genética, los cuales persisten tras la comprobación de la muerte”.

La dignidad póstuma debe entenderse como la protección de la identidad, imagen, integridad, datos personales, información, historia, expediente clínico, información pública, perfiles en redes sociales, así mismo el contenido de los atributos de la personalidad que se modifican con la muerte.

Dentro de la idiosincrasia mexicana, la muerte es motivo de prácticas religiosas, principalmente católicas y cristianas, que contemplan despedidas y rituales de velación, mismas que ante la pandemia, se encuentran limitadas y restringidas para prevenir y evitar contagios. Acontecimientos lamentables como la saturación de cementerios públicos con cadáveres la entrega de cuerpos sin certezas por parte de autoridades locales la difusión de videos y fotografías son ejemplos de la problemática de urgencia para actualizar disposiciones que logren proteger los derechos fundamentales a la integridad física, imagen póstuma, luto familiar y respeto (Cámara de Diputados, 2020).

Si bien, es sabido que las autoridades realizan el mayor esfuerzo por atender la crisis, ciertamente deben observarse las faltas que se han cometido, anticipando un marco jurídico para la protección ciudadana y el acompañamiento institucional para todas las personas que han tenido que enfrentar, además de la pérdida de sus seres queridos, distintas circunstancias que amedrentan la memoria de sus seres queridos fallecidos, así como su propio luto, por su parte la misma iniciativa hace referencia diversa a la posibilidad de contar con derechos y atribuciones de protección en las personas fallecidas por la pandemia del COVID-19, encontrándonos lo siguiente:

La presente propuesta extiende el derecho al luto en el ámbito puntual de la protección simbólica que contempla los datos, imágenes, fotografías e información pública de las personas en cuanto a que los mismos, no puedan ser utilizados sin consentimiento por ninguna persona no autorizada para ello, lo anterior, basado en la sensibilidad y dignidad de las personas fallecidas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), dentro del contexto de la pandemia, hizo un llamado a los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) a respetar y garantizar los derechos de familiares de las personas fallecidas en el marco de la pandemia de la COVID-19 con el objetivo de permitir los ritos mortuorios de manera adecuada a las circunstancias y, con ello, contribuir a la preservación de su memoria y homenaje. Como parte del derecho al luto, se ha considerado fundamental que autoridades en todos los órdenes y niveles de gobierno permitan la identificación de las personas fallecidas y la trazabilidad de los cuerpos, así como garantizar la investigación de las muertes potencialmente

ilícitas, asegurando el derecho a la verdad, justicia y reparación de sus familiares. Lo anterior, recalado como una prioridad en dichos del subsecretario Hugo López Gatell, es una garantía contra la impunidad que ha sido perpetuada por gobiernos anteriores, en los que las desapariciones forzadas arrebataron hasta 60 mil personas. Martha Patricia Ramírez Lucero Diputada Federal Para dimensionar la problemática que se enfrenta, según la información de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en cifras actualizadas al día de 23 de abril del año en curso, la pandemia de la COVID-19 les ha arrebatado la vida a miles de personas en el continente americano. La mayoría de esas muertes han ocurrido en aislamiento hospitalario, o bien, en sus hogares, sin conocimiento o posibilidades de acceso de sus familiares, sin contacto; en otros casos, dentro de hospitales con saturación. Ambos casos han dificultado la entrega oportuna de los cuerpos o, en algunos extremos, estos han sido directamente cremados o sepultados, cuando no son reclamados. Mediante los reportes y cobertura de medios de comunicación, se ha tenido conocimiento sobre las demoras en la entrega y sepultura de los restos mortales debido, entre otros factores, a la gran cantidad de personas fallecidas, dificultades administrativas para el otorgamiento de actas de defunción, la fragilidad de los servicios funerarios que obstaculizan la transportación, así como las dificultades para ser recibidos por los cementerios debido a su saturación. A pesar de que, en México, al día dieciocho de mayo de dos mil veinte, no se ha presentado tal problema, países hermanos como Ecuador, han enfrentado la dura realidad de familias que sacan a sus seres queridos de sus domicilios a las calles debido a la descomposición y el temor a ser contagiadas.

Uno de los acontecimientos más dolorosos se concentra también en los casos en que no se ha dado notificación de los familiares e investigación de las personas fallecidas en instituciones de privación de libertad. La presente iniciativa busca también que se logre tener las condiciones necesarias para la preservación de la memoria y de homenaje a las personas fallecidas, cuyo trato digno es inherente a su condición humana y esencial en respeto a los vínculos y lazos existentes entre sus familiares y personas más cercanas. Asimismo, blindar la posibilidad de sepultar a los familiares fallecidos de acuerdo a sus creencias, como parte al proceso de duelo, contribuyendo a mitigar las secuelas del trauma, luto y dolor. Finalmente, colocar la salud mental en los procesos de duelo como una prioridad dentro de la nueva normalidad que se vivirá o se está viviendo ya, en nuestro país. En el mismo sentido, la CIDH ha destacado los obstáculos para que los

familiares puedan despedir a sus parientes de conformidad con sus propias creencias, ritos y costumbres, lo cual genera un profundo dolor e imposibilidad de duelo, emitiendo un recordatorio de que la muerte se relaciona en algunos casos con profundas elaboraciones simbólicas y religiosas, y que, por lo tanto, el culto o rito mortuario adquiere una importancia fundamental para que las personas puedan realizar más fácilmente el duelo y reelaborar sus relaciones con la persona difunta.

Asimismo, el Sistema Interamericano ha reconocido que la libertad de conciencia y religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Según ha sido interpretado por la Corte Interamericana, “este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida”. En particular, en casos relacionados con comunidades indígenas y afrodescendientes, tanto la Comisión, como la Corte Interamericana y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han estimado que la imposibilidad de realizar los rituales fúnebres o de acudir a los sitios sagrados constituyen serios obstáculos a su cosmovisión y religiosidad, que afectan severamente su identidad e integridad cultural. Sin que lo anterior sea óbice para no observar las medidas de precaución necesarias para evitar la propagación del COVID19. La dignidad póstuma y el trato público que se da a los fallecidos por COVID19 se ha lesionado en la vida privada y familiar, al ser exhibidos en fotografías y videos. Si bien, la libertad de expresión y la difusión informativa resulta un pilar de la democracia, es necesario que los contenidos vinculados con las defunciones sean difundidos con el respeto a la identidad y protección a los datos personales, para las que pueden usarse herramientas como colocar bandas en los ojos de personas fallecidas, la distorsión de rasgos personales e imágenes sensibles y principalmente, el consentimiento escrito obligatorio para el uso de imágenes y videos de personas fallecidas. En el mismo sentido, es fundamental plantear la protección a la privacidad en el registro de las personas enfermas en bases de datos que contribuyan a su identificación, localización y, en caso de fallecimiento, abriendo la posibilidad de que tal información sea puesta a disposición para contacto con los familiares.

En efecto jurídico el procedimiento presenta por la diputada es interesante para el fenómeno de atención jurídica en la cual se establece que efectivamente es un problema de relevancia nacional, vulnera derechos humanos y sobre todo que se debe proteger un velo ante muertes naturales, muertes por enfermedad, biológicas, y muertes violentas por su parte la propuesta de iniciativa se propone en el siguiente sentido:

Artículo Primero. Se adiciona el Artículo 350 Bis 8, de la Ley General de Salud, para quedar como sigue: Artículo 350 Bis 8. La dignidad póstuma de las personas fallecidas será protegida y garantizada por el estado a través de la Secretaría de Salud, quedando prohibida toda difusión de contenido gráfico explícito de personas fallecidas sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hijas e hijos, padres o familiares inmediatos, quedando exento de esta disposición las imágenes utilizadas para la cobertura periodística siempre que no permitan la identificación directa de la persona fallecida.

El derecho al luto de familiares, sus rituales y el acceso completo a la información de muerte estará protegido en cuanto a los actos relacionados con cadáveres de seres humanos, siempre que sea permitido por la autoridad sanitaria de la entidad federativa competente, en los términos de esta Ley y demás disposiciones generales aplicables (Cámara de diputados, 2020).

Iniciativa que queda corta al solo normar aspectos esenciales en la muerte de personas fallecidas por el covid-19 o bien sin demostrar alguna otra variante en las muertes violentas, sin embargo, tenemos que con este soporte documental encontramos justificantes que el fenómeno de la dignidad humana post mortem es un tema esencial para efectos de garantizar derechos intangibles a la persona.

2. Medidas de aplicación en el debido proceso forense de las personas fallecidas

La necropsia en el cuerpo humano se lleva a cabo cuando una persona fallecida por hecho violento o es necesario aclarar la muerte de una persona por causas naturales o biológicas, en tal razón la naturaleza comunitaria de la muerte y las implicaciones prácticas para reconocer la dignidad póstuma se diversifica dentro de las acciones de la medicina, estudios médicos con fines científicos y posterior una entrega del cuerpo, la enseñanza de la bioética en ciencias de la salud se ha enfocado en la identificación y, cuando es posible, en la resolución de los conflictos de valor suscitados en torno a las prácticas asistenciales y la investigación biomédica. Énfasis de la bioética, como ética de la vida, se traduce en la consideración de derechos, dignidad e intereses de los seres vivos (humanos y no humanos), Sólo en años recientes se evidencia un creciente interés por extender este foco de análisis a la consideración de los aspectos éticos relativos al tratamiento de los cadáveres, componentes

anatómicos y especímenes biológicos obtenidos tras la constatación de la muerte (Pinto, B. J. Gómez A. I. Marulandac J. Hernán A., 2018).

Siendo una transición entre la ética de la vida, el debido tratamiento del cuerpo humano y su cumplimiento legal dentro del marco mexicano, creando una relación desde el punto de vista afectivo con temas religiosos, morales y éticos, al dar un valor diverso a la integridad del cuerpo humano, sus partes anatómicas y genéticas, siendo una extensión del ser humano y de la dignidad humana.

Una de las medidas de aplicación que considera las relaciones afectivas y simbólicas en torno al cadáver, así como el valor intrínseco de los cuerpos y sus componentes anatómicos, histológicos y aún genéticos, como extensión de la dignidad humana, la cual no claudica con el término de la vida. En este sentido, proponemos los siguientes ejes de reflexión: referentes históricos en torno a la obtención de cadáveres para la disección anatómica, el concepto de dignidad póstuma, el papel la necrótica en la educación médica y los aspectos normativos en torno a la utilización de cadáveres y componentes

Los conflictos bioéticos relativos por ejemplo al fenómeno de bodies que es la exposición con carácter científico a nivel internacional que exhiben cuerpos de personas fallecidas con el fin de ser observador para el análisis y estudio del cuerpo plastificado, o también tenemos casos interesantes donde estudiantes de último año de medicina o los residentes de medicina interna utilizan ciertas metodologías para su enseñanza en cuerpo de personas con vida para experimentar en ellos y mejorar su habilidades, además tenemos que estudiantes de medicina se han tomado fotografías al lado de cuerpos fallecidos y son exhibidos ante las redes sociales con burla o por esta en la vanguardia de la vida sin respetar derechos de terceros a la imagen o cualquier otro derecho de la persona con o sin vida, entonces desde la perspectiva de la bioética como una ciencia de salud, enfocada a identificar, mediar y tolerar las praxis en los conflictos en materia médica y ética, enfatizando como el estudio de la vida, traduciendo la consideración de derechos, dignidad e intereses de los seres humanos, si hacer una distinción entre las personas vivas o muertas, reflejando un numero interesante de evidencias en las malas prácticas en el sector médico.

El interés por estudiar los aspectos relativos al tratamiento de los cadáveres, sus componentes orgánicos, anatómicos y especies biológicas

para el estudio posteriores de prevención se consideran que la perspectiva del movimiento del cuerpo en las etapas posteriores a su fallecimiento de cualquier forma sean controversia en relación con el debido tratamiento ético del cuerpo humano, en este sentido tenemos que el papel de la necropsia es un factor determinante en el respeto de la dignidad humana.

Los actos de necropsia tienen diversos antecedentes que justifican el tratamiento teniendo las primeras disecciones atribuidas a Herophilus (350-280A.C.) y Erasítrato (310-250 A.C.) en la Escuela de Alejandría, la disección de cayó desde el siglo II A.C. debido a la prohibición de esta práctica en el imperio romano, siendo permitida únicamente la disección de animales no humanos (Pinto, B. J. Gómez A. I. Marulandac J. Hernán A., 2018).

Por su parte también tenemos que durante los siglos XIII Y XIV se gesta una etapa de estudio humano en relación con la medicina obtenido por la disección como parte fundamental de la educación médica en las nacientes escuelas medievales. El texto *Anatomy*, de Mondino di Luzzi, incorporado al currículo médico en el siglo XIV y que permaneció como texto de consulta durante casi 200 años (Pinto, B. J. Gómez A. I. Marulandac J. Hernán A., 2018).

Por su parte los cadáveres que se obtenían para las prácticas provenían de personas que fueron juzgadas y ejecutadas como criminales, siendo esto antecedentes claros de la práctica en muertes violentas para el estudio del fenómeno que se estudia, además posterior a esto recordamos que, en la época de 1700, los médicos con el fin de conocer más el aspecto humano del cuerpo y sus funciones empezaron a ser profanadores de tumbas.

El cadáver al ser sujeto de las evidencias físicas que comprueban la muerte, este debe ser protegido dentro de la materia jurídica como un bien tutelado de derechos, por ejemplo, tenemos el caso de Paulette donde el cuerpo de la menor permaneció años en los servicios médicos forenses por cuestiones de la investigación y el cuerpo no pudo ser entregado a los familiares para sus actos fúnebres, violentando todos los derechos humanos existentes, representación clara de una violación de los derechos humanos, por su parte también tenemos el caso interesante de una menor de 14 años de edad, del reino unido ganó un procedimiento histórico en los juzgados y tribunales para poder ser criogenizada de forma legal antes de morir, con el fin de proteger un derecho a la vida, brindando una oportunidad a la menor para que con el pasar de los tiempos, se tenga una cura y ella pueda despertar para

ser curada, donde su cuerpo se trasladó a los estados unidos para permanecer congelada a más de -150 grados centígrados en espera de una cura a su enfermedad.

De acuerdo a lo siguiente esto nos da pauta para empezar a gestar la existencia de una nueva doctrina de derechos humanos que brindan una dignidad humana y calidad de vida, derecho de nuevas generaciones de derechos humanos, al tener nuevos derechos que se otorgan al ser humano y no se brindan a personas que han fallecido un reconocimiento igual de los derechos, por su parte al hablar de cadáveres muestras la historia de las personas que estuvieron en determinados momentos de la vida humana, siendo un derecho humano la necropsia para el reconocimiento de las causas de muerte como los mecanismos de muerte del cuerpo, mismo que sirven de utilidad para determinar la existencia de la muerte violenta o no, durante un procedimiento penal, además es importante que el proceso cuente con todas las guardias éticas del derecho y su debida implementación.

El problema que se ve es que durante la disección o extracciones de órganos, tejidos entre otros procedimientos se invada a la intimidad corporal o no exista un trato digno del cuerpo al ser utilizado únicamente como sujeto de la relación jurídico penal sancionable en proceso, tenemos entonces que el bien jurídico tutelado únicamente se basa en la reparación material del daño (el pago económico) y la sanción personal en su caso de la privación de la libertad, para Rosenblat el cadáver no es sujeto de derechos, pues solo las personas vivas pueden expresar intereses, autonomía y por tanto titularidad de derechos, por lo cual el respeto por el cuerpo y por lo que este representa en el contexto de su comunidad es la única obligación que se le adeuda (Pinto, B. J. Gómez A. I. Marulandac J. Hernán A., 2018). Al aceptar que la muerte es una circunstancia de hecho más no de derecho entendiendo que el tiempo del ser humano llego a su fin en este espacio universal, por su parte un estudio presentado en 2018 en relación a la debida diligencia de los cadáveres y sus atribuciones dentro del derecho por la universidad de Colombia nos hace mención de lo siguiente:

El cadáver representa "el ámbito donde las preferencias externas pueden desplegarse casi sin interposiciones" sin posibilidad para expresar deseos, propósitos, intenciones, sufrimiento ni resistencia ante la violencia, el cuerpo muerto constituye la mayor expresión de vulnerabilidad humana.

El cuerpo muerto puede ser dañado de muchas formas: puede ser desfigurado, tratado sin ninguna consideración y reducido al estatus de cosas,

así como pueden ser vulnerados sus deseos previamente expresados en vida, sus intereses póstumos, desestimadas sus creencias y valores y lesionada su reputación. Este razonamiento no implica erigir una estatua a la conmemoración de toda muerte ni desconocer los desaciertos individuales de cada quien; sólo recuerda que la persona muerta pertenece, a través de su cuerpo físico inanimado o a través de su memoria, a una comunidad moral que en el trato hacia los más vulnerables expresa el tratamiento que deben recibir otros miembros de la misma comunidad. Por esta razón, aunque paradójicos, los derechos póstumos exigen hacia el cadáver y la memoria que representa una particular protección y respeto.

- a) Sanitarias si atienden al interés de la salud pública.
- b) Docentes cuando su objetivo sea ilustrar procesos de enseñanza y aprendizaje.
- c) Investigativas cuando persigan fines de investigación científica, pura o aplicada.
1. Para su práctica se requiere:
 - a) Solicitud del médico tratante, previa autorización escrita de los deudos o responsables de la persona fallecida.
 - b) Disponibilidad de la historia clínica, cuando sea del caso.
 - c) Ubicación del cadáver en el sitio que el establecimiento médicoasistencial correspondiente haya destinado para la práctica de autopsias.

En el caso de las necropsias de tipo forense, la ley estipula las situaciones en las cuales estas deben ser practicadas para esclarecer la causa y mecanismo de muerte. En estos casos no se requiere de consentimiento por parte del representante del fallecido, dado que prima el principio de justicia y la protección del bien común sobre los intereses individuales. Incluso, a pesar de la petición expresada en vida de no practicarse este tipo de procedimiento, la autonomía manifestada en una voluntad anticipada no prevalece.

La autopsia médico legal es obligatoria:

- a. Homicidio o sospecha de homicidio.
- b. Suicidio o sospecha de suicidio.
- c. Cuando se requiera distinguir entre homicidio y suicidio.
- d. Muerte accidental o sospecha de esta.

- e. Otras muertes en las cuales no exista claridad sobre su causa, o la autopsia sea necesaria para coadyuvar a la identificación de un cadáver cuando medie solicitud de autoridad competente.²¹ En los demás procedimientos debe existir una finalidad lícita que sea proporcional con el hecho de vulnerar la integridad corporal de un cadáver. Se consideran finalidades ilícitas en el ámbito de una morgue o del acto pericial:
- La invasión a su privacidad (entendida como la perturbación del cuerpo).
 - Tratamiento inadecuado (ej. mutilación).
 - Cosificación, colección ilegal o robo de cuerpos o partes corporales.
 - Identificación de cuerpos por medios no fiables o injustificados.
 - Autopsias o investigaciones médicas realizadas fuera de la ley.
 - Tratamiento irrespetuoso o inadecuado de los cuerpos después de la autopsia o investigación (contenedores que pueden afectar la preservación de los restos).
 - Mezcla de los cuerpos.
 - Pérdida de evidencia asociada (indumentaria, evidencia balística) o desvinculación de los cuerpos y sus correspondientes evidencias asociadas.

De esta forma podemos ver que diversas legislaciones nos dan pauta para verificar el accionar del cuidado del cuerpo humano a su vez se cuentan con principios generales para su debida aplicación de los instrumentos forenses como lo son:

Respeto a la autonomía

Una de las formas de daño hacia la persona muerta, como lo hemos afirmado, es la invalidación de sus intereses y deseos expresados en vida. En este contexto cobran relevancia las disposiciones que se hacen a través de voluntades anticipadas. Se produce daño a un interés cuando la persona en vida se negó a donar su cuerpo con fines de docencia o investigación o, cuando deseándolo, terceros lo impiden. Estos intereses

"persisten más allá de la persona que los porta", no representan sólo intereses individuales, sino también disposiciones compartidas con otros miembros de la comunidad corresponden a una expresión de derechos negativos contra el ingreso arbitrario de terceros en la órbita privada, son una prolongación de la autodeterminación y su desestimación causa un daño que se produce incluso cuando la persona desconoce este hecho (como es el caso de la reputación).

La reticencia cultural a la donación del cadáver, de su titular en vida o por su representante una vez fallecido, es lo que determina que generalmente se empleen con fines de docencia o investigación cuerpos de personas de las que se desconoce su identidad, lo que implica desafíos éticos y jurídicos ya mencionados.

Finalmente, un escenario extremo del respeto a la autonomía lo constituye la inseminación *post mortem*, donde se requiere que el patólogo extraiga espermatozoides entre las 24 y 36 horas después del deceso para la posterior inyección intracitoplasmática. En estos casos se deberá consultar la regulación existente en el país, aunque en general se considera que se requiere del consentimiento en vida del titular del material biológico para poder practicar este tipo de intervenciones sobre un cadáver, lo cual vincula la filiación al consentimiento previo otorgado por el progenitor

Respeto a la intimidad y al derecho a la protección de datos personales: el deber de secreto prevalece después de la muerte, así como las excepciones previstas por la ley. La divulgación de información del paciente a terceros, incluso a su representante, debe estar justificada jurídicamente por la protección de un bien superior. Se debe entonces garantizar la confidencialidad e impedir el acceso de terceros no autorizados a los espacios donde reposan cadáveres que han sido resguardados con fines médicos, forenses, de docencia o investigación; se debe evitar además la difusión de imágenes o videos en los que se pueda

determinar la identidad del cadáver. El deber de secreto incluye al equipo de salud y al recurso humano en formación.

Gratuidad: el cadáver, sus órganos, tejidos y líquidos no pueden ser objeto de lucro, comercio o enriquecimiento de terceros.

Si bien es cierto comparando la legislación colombiana con la mexicana no está permitida la venta de organismo del cuerpo únicamente se establece la donación de forma esencial.

3. Análisis de los elementos de la persona como sujeto de dignidad post mortem

Una de las reflexiones más divergentes es el ver el derecho a morir como un aspecto aspiracional del ser humano, siendo este la mejor forma de proteger al derecho humanos, como una voluntad de la persona para su beneficio y sin perder una calidad de vida, el derecho a morir con dignidad se trabaja por medio de medicina paliativa, camino necesario para entender la hipótesis de la muerte como un acto humano, mismo acto que se debe regular de forma ejemplar para evitar tener conflictos morales y éticos por la muerte del sujeto.

Por ejemplo, la medicina paliativa se ha llegado a tener conclusiones en relación a la importancia de la vida y su cuidado para considerar la muerte como un proceso normal, además de establecer un debido proceso para asegurar este, así mismo establecer un parámetro de calidad de vida, proporcionando un alivio al dolor de las enfermedades, trabajar con los enfermos para su proceso de muerte y llevar a los pacientes a una vida más posible si es detectada a tiempo la enfermedad de muerte. En tal razón es importante destacar que, en personas fallecidas con enfermedades graves, se empieza a trabajar un debido control de su muerte, mientras que para las personas que sufren muertes violentas no se le garantiza nada a las personas Tomando en cuenta ciertos principios éticos como lo son:

- Principio de veracidad.
- Principio de proporcionalidad terapéutica.
- Principio del doble efecto en el manejo del dolor y la supresión de la conciencia.
- Principio de prevención.
- Principio de no-abandono.

En los cuales se garantiza una debida diligencia en el acompañamiento trabajando de forma gradual en los pacientes, de acuerdo al principio de veracidad nos enseña que es fundamental la confianza construida en las relaciones interpersonales, es decir siempre decir la verdad de las consecuencias como un sentido de ética profesional, coadyuvando con el principio de proporcionalidad terapéutica que no es más que aceptar la no obligatoriedad de utilizar este tipo de intervención medicada si no únicamente optar por las que cuentan con un beneficio probable al paciente, dando una dignidad humana en el proceso de forma útil para garantizar la intervención, es decir si una persona requiere de alguna operación que no resolver el problema y solo postergara el tratamiento la intervención médica, en este sentido podemos identificar el proceso que se cuenta previo a la muerte como una forma de brindar calidad humana al ser humano para su fallecimiento, además que los principios éticos nos encuentran y soportan el tratamiento en este sentido acreditando que anterior a la muerte se tienen desahogadas funciones morales y éticas del cuerpo.

Para los anteriores principios y sobre todo respecto al doble efecto de manejo del dolor, prevención y el no abandono, es importante ver la justificación del ser humano en su protección, esto al ser frecuente que una persona con problemas de salud intensos produzcan ciertas acciones que se puedan presumir con una intención de morir, reduciendo el grado de cumplimiento a otros aspectos, por ejemplo personas con problemas mentales que utilicen medidas para su mutilación, estos no deben ser motivos para efectos de alguna muerte asistida, eutanasia o cualquier otro tratamiento para la muerte inducida, en tal razón, todos estos principios se relaciona para prevenir las acciones en el ser humano, sin abusar de los medicamentos o tratamientos, y prevén posibles complicaciones en la evolución de las enfermedades o condiciones Clínicas de responsabilidad médica y posterior que el tema ético es responsabilidad del médico es de suma importancia para el acompañamiento además de brindar a los familiares para la aceptación y redición con la persona fallecida, resultado en un modelo útil de garantía de la dignidad humana y su calidad de vida, prospecto en una medicina paliativa, la cual sin duda reflexiona en todo momento el imperativo de la vida humana sobre cualquier tema abstracto de estudio médico, este modelo de salud se inicia implementación como una acción de gran respeto por las personas en etapa final de la vida, donde vemos que de acuerdo a los análisis de estas

ciencias de estudio existen métodos para mejorar la vida humana, siendo que el fenómeno de estudio ya cuenta con derechos en vida para la muerte que se gesta de forma natural o inducida en este caso.

La atribución de dignidad humana y derechos fundamentales se ha predicado casi exclusivamente en relación con la persona que puede expresar intereses, desplegar decisiones autónomas y asumir responsabilidades, en este artículo defendemos la tesis según la cual es posible atribuir la noción de dignidad póstuma a la persona muerta, de lo cual se derivan derechos y obligaciones en el tratamiento de su cadáver y componentes histopatológicos, así como referentes a la validación de sus intereses, deseos y creencias expresados en vida, lo cual es ratificado por las disposiciones normativas vigentes en nuestro país.

A partir del concepto de necrótica, sostenemos la naturaleza comunitaria de la muerte y las implicaciones prácticas del reconocimiento de la dignidad póstuma en la enseñanza de la medicina, la realización de autopsias con fines médico-forenses y la disposición de cuerpos para la exhibición pública.

Hay que recordar que como dice Torralba Rosello, la dignidad puede considerarse como el fundamento sobre el que se sustenta derechos humanos, pues cuando se afirma que el ser humano debe ser tratado dignamente o que es un ser digno de respeto, se está afirmando que se deben respetar sus derechos fundamentales (Torralba, F., 2006, 55-56).

4. Conclusiones

La diversificación de enfoques nos brinda la pauta para mejorar las reflexiones de la comprensión material y legal de la actuación de las autoridades institucionales para el debido tratamiento del cuerpo fallecido, en tal razón el trabajo en conjunto multidisciplinar es extensivo para el problema del fenómeno de estudio respecto a la muerte y su debido tratamiento legal, con la finalidad de relacionar teorías y prácticas en la regulación de los servicios médicos forenses.

El procedimiento que se lleva a cabo para la eutanasia en diversos planos del mundo se caracteriza por la comprensión y tolerancia ante la enfermedad que postra al cuerpo humano, siendo un tratamiento ante la muerte y preparación, especialmente en casos donde el cuerpo humano sufre en su esfera personal, si ben el conflicto de intereses colectivos que se vivencia es universal entorno a la muerte los argumentos a favor o en contra son diversos sobre el amplio horizonte vital de la figura peros obre se valora la dignidad humana y su calidad de vida en la existencia, al ser un punto de anclaje crítico para la regulación adecuada y reglamentación de técnicas tanto desde el enfoque médico forense, de las instituciones y procedimientos para llevar a cabo una conclusión de la muerte, sin embargo el tema posterior es el que ejemplifica la problemática actual en el sistema forense en México, llevado a cabo un número considerable de violación a derechos, prerrogativas u obligaciones del debido tratamiento del cuerpo humano,

La muerte en el tema procesal es un acontecimiento abstracto de reflexión religiosa, social cultural y muchas más que enfocan aspectos universales y parciales sobre diversas poblaciones en cada estado,

Por su parte el Comité Internacional de la Cruz Roja, desde el aspecto del derecho humanitario y derivado del gran acontecimiento del covid-19, o común mente conocido como coronavirus, estableció un parámetro interesante en la protección de los derechos post mortem, en razón de emitir una serie de recomendaciones para las instituciones forenses en el manejo, gestión y disposición del cuerpo humanos, manifestando parámetros semejantes a la pérdida de la vida a causas de una guerra, un desastre o una migración, donde sus restos se deben tratar con respeto y dignidad en la

memoria de la persona, el cual dentro del parámetro se establece una serie de procesos para recoger, identificar con el fin de conocer a la persona para informar a las personas cercanas.

En tal razón, la cruz roja internacional como institución humanitaria incorpora tareas interesantes en la materia forense por medio de sus equipos especialistas forenses para la debida diligencia de personas fallecidas y su valor como ser humano, adaptando la siguiente serie de actividades y programas necesarias para relacionar a las personas fallecidas por esta enfermedad y que no queden violatorios los derechos de terceros o de estos en la cual hace referencia a temas de salubridad, seguridad directamente en personas que trabaja de forma activa en los cuerpos y el equipo de protección para el personal correspondiente como se observa a continuación.

Todas las medidas adoptadas, incluidas las políticas, los reglamentos y las prácticas, deben exhibir respeto por las personas fallecidas y sus familiares, así como por las comunidades afectadas.

Todo plan de preparación debe contemplar la capacidad de responder a cualquier aumento repentino de víctimas fatales, además de los casos previstos, así como el bienestar del personal y de las comunidades afectadas. En la planificación, se debe tener en cuenta la posibilidad de que los familiares se despidan de las víctimas;

1. una estructura de contacto para familiares a fin de informar de manera respetuosa sobre el fallecimiento de un ser querido; puntos de información para que los familiares puedan recibir apoyo;
2. la entrega de documentación relativa al deceso necesaria para trámites sucesorios y otras obligaciones financieras; y
3. el trato digno de los restos y la inhumación (provisoria), en respeto de las especificidades culturales y según la voluntad de la víctima, en caso de haberla manifestado, y de los familiares.
4. Se deberán realizar todos los esfuerzos necesarios en favor de la identificación, la documentación y la trazabilidad, oportunas y confiables, de la persona fallecida.

Se deben localizar y registrar todos los cuerpos, incluso los que no se han identificado o reclamado, los que están almacenados en instalaciones provisionarias y los que se hayan inhumado.

Las autoridades competentes deben procurar contar con las estructuras físicas necesarias para el almacenamiento de cadáveres, así como con espacio suficiente para inhumaciones, y realizar entierros o cremaciones según las necesidades culturales o religiosas correspondientes.

Se deben realizar consultas con las partes interesadas pertinentes, como representantes religiosos y dirigentes comunitarios, a fin de procurar que se comprendan y respeten los cambios a las prácticas estandarizadas por razones de salud y seguridad.

Deben adoptarse medidas preventivas, particularmente, en lugares de detención, campamentos de refugiados y barrios marginales urbanos de gran extensión; por ejemplo, esclarecer conceptos erróneos y prepararse para afrontar un número de fallecimientos más elevado de lo normal, que exceda la capacidad actual.

Así el comité internacional de la cruz roja, desde su labor incentiva a los estados por medio de sus instituciones forenses a incorporar recomendaciones para mejorar las prácticas y la protección de los derechos humanos en razón de su dignidad, esto al ver el colapso de servicios médicos forenses y la utilización de fosas clandestina para la disposición final de los cuerpos que fueron víctimas fatales por el covid-19, en el cual el fenómeno se encuentra que al no ser práctica ninguna autopsia por la muerte se vulnera el derecho a los familiares y a la persona de conocer si la muerte fue a causa del virus, el cual es una violación grave a la normativa general del derecho

De acuerdo a los estudios podemos tomar en cuenta la teoría emergente del fenómeno de estudio, por medio de la información obtenida, permite comprender el fenómeno de estudio por la síntesis interpretativa de los significados, conceptos y teorías expuestas, siendo que podemos ver que al cuerpo humano se le puede asignar un valor inherente a su condición humana el cual puede ser desde el respeto, amor, tolerancia entre otros y de forma intangible el conducto de la dignidad y calidad humana del ser humano, estos valores y conductos de los derechos humanos nos dan resultados de la trascendencia más allá de la muerte física en las personas fallecidas, esto por considerar en todos los sentidos las teorías clásicas del derecho natural en sus escuelas teológicas, racionalistas, sofistas y modernas, encontrando que

dentro de todo la investigación el respeto a la muerte y el camino siguiente desde la antigüedad ha sido una costumbre de dignidad humana como el último acto solemne del ser humano, como un lazo de preservación de la condición humana, donde el estado debe de garantiza el tránsito de la vida a su muerte y posterior a esta identificado para comprender el fenómeno del trato al cuerpo sin vida del ser humano, utilizando la reflexión del pensamiento filosófica, la bioética en todo su extender.

Referencias bibliográficas

Comisión de derechos humanos de distrito federal (2008)

García Maynez, E. (1953) introducción al estudio del derecho, Porrúa.

Ley general en materia de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del sistema nacional de búsqueda de personas (28 de agosto de 2020)
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP_171117.pdf

Massini Correas, C. I., Espinosa, N A. (2000), Buenos el derecho natural y sus dimensiones actuales, Buenos Aires.

Sánchez Gómez N. (2009). Derechos humanos, bioética y biotecnología, Porrúa.

Navarrete Montes de Oca, N. (2009), Los derechos humanos al alcance de toda, Porrúa.

Torralba, F. (2006) Que es la dignidad humana, AcePrensa

La violación a los derechos humanos laborales en la Policía Estatal del Estado de Jalisco

Violation of labor human rights in the Police of the State of Jalisco

Hilda Villanueva Lomelí¹¹

Fernando González Beltrán¹²

Sumario: I. Introducción. II. Condiciones laborales inequitativas de las y los policías de la Secretaría de Seguridad del Estado. III. Tutela jurisdiccional inefectiva. IV. Inconvencionalidad de la restricción constitucional al personal operativo de seguridad. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

Resumen: Los derechos humanos laborales, son inherentes a la persona humana por el sólo hecho de ser persona y trabajar. Las y los policías, también tienen estos derechos fundamentales a pesar de que el sistema jurídico mexicano considere que la relación jurídica entre el Estado y éstos es de naturaleza administrativa y no laboral. No obstante, la legislación que regula las relaciones entre el Estado y el personal operativo de seguridad comete actos violatorios a sus derechos humanos laborales, en contra de este colectivo de funcionarios públicos. También, la tutela judicial resulta inefectiva cuando

¹¹ Abogada egresada de la Universidad de Guadalajara, Doctora en Derecho por la Universidad de Guadalajara (con mención honorífica), Maestra en Derecho Electoral por el Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco. Docente en la Universidad de Guadalajara a nivel licenciatura y en el Doctorado de Derechos Humanos del Centro Universitario de Tonalá. Docente en el Tribunal Electoral del Estado de Jalisco. Lideresa de Proyecto de la Unidad de Protección del Patrimonio Intangible de la Universidad de Guadalajara, adscrita a la Oficina de la Abogacía General.

¹² Abogado por el Instituto Vocacional Enrique Díaz de León, Maestro en Filosofía con terminación en Política por la Universidad del Valle de Atemajac y maestro en derecho laboral por el Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas. Socio fundador y abogado postulante del Bufete Jurídico “Soluciones Jurídicas Integrales”, cuenta con experiencia laboral dentro de la Secretaría de Seguridad Pública, Prevención y Readaptación Social del Estado y cuenta experiencia en la gestión educativa en la Universidad de Especialidades.

las y los policías reclaman alguno de sus derechos violentados. La presente contribución analiza las condiciones laborales de estos servidores públicos y la actuación de las diversas autoridades jurisdiccionales que de ninguna forma respetan, protegen, garantizan y promueven los derechos humanos laborales de las y los policías.

Palabras clave: Derechos humanos laborales. Condiciones de trabajo. Policías. Jalisco.

Abstract:

Labor human rights are inherent to the human person by the mere fact of being a person and working. The Police officers also have these fundamental rights, although the Mexican legal system considers that the legal relationship between the State and them, is of an administrative and non-labor nature. Nevertheless, the legislation that regulates relations between the State and security personnel, commits acts that violate their human labor rights, against this group of public officials. Also, judicial protection is ineffective when the police claim any of their violated rights. This contribution analyzes the working conditions of these public servants and the actions of the various jurisdictional authorities that in no way respect, protect, guarantee and promote the labor human rights of police officers.

Keywords: Labor human rights. Working conditions. Policemen. Jalisco.

I. Introducción.

Los derechos humanos laborales, son inherentes a la persona por el sólo hecho de ser persona y trabajar. Son prerrogativas mínimas de seguridad, salud, calidad de vida, que tienen las y los trabajadores en el empleo. Atinadamente la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH, 2017), señala que:

Los derechos humanos laborales se encuentran íntimamente ligados a la seguridad social, al derecho a la permanencia en el empleo, al derecho a ser indemnizado en caso de despido sin justa o legal causa, a un salario, a una vivienda, a capacitación y adiestramiento, a una jornada máxima laboral, al reparto de utilidades, al derecho a la asociación profesional, entre otros. (p. 4)

Las y los policías, o como les denomina Naciones Unidas “funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (ONU, 1979); son personas, que prestan un servicio esencial para el Estado. Que si bien, en México por disposición constitucional¹³, la relación jurídica que guardan estos con el Estado, no es de una relación laboral, sino administrativa. No obstante, son seres humanos, con dignidad y por lo tanto también tienen derechos humanos laborales dentro de la prestación de sus servicios.

Los derechos humanos laborales, dentro del derecho laboral, abarcan a las condiciones de trabajo con la característica imprescindible de la *dignidad en el trabajo*. Las condiciones laborales se establecen en un contrato de trabajo, en donde se acuerda: el salario, la jornada, el tiempo de descanso, etcétera. Los derechos humanos laborales, establecen que el salario sea digno, el horario sea digno, las vacaciones sean justas, etcétera. Como atinadamente lo establece la CNDH (2017) “El derecho al trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana” (p. 7), por lo tanto, las condiciones de trabajo deben de ser dignas.

Los derechos humanos laborales, no se limitan a las condiciones laborales dignas, también abarcan todas aquellas prerrogativas que tienen las y los trabajadores en caso de ser despedidos en forma injusta, al derecho por el reclamo de prestaciones justas, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral, los derechos colectivos, la libertad de asociación, etcétera. Reynoso Castillo (2015), con una visión positivista de los Derechos Humanos, nos dice que:

Con la expresión «derechos humanos laborales» se busca incorporar de manera directa y sencilla el tema de la necesaria reflexión sobre la protección de los derechos humanos, para persuadir a todos los directa o indirectamente involucrados en el

¹³ La fracción XIII, apartado B del artículo 123 constitucional, establece que “Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes”. Esta disposición ha dado pie a que el Pleno de la SCJN estableciera mediante la contradicción de tesis 11/94, la siguiente jurisprudencia: “POLICIAS MUNICIPALES Y JUDICIALES AL SERVICIO DEL GOBIERNO DEL ESTADO DE MEXICO Y DE SUS MUNICIPIOS. SU RELACION JURIDICA ES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA” (Tesis: P./J. 24/95). Que ha sido el fundamento para negar la relación laboral entre el Estado Mexicano y este personal operativo.

mundo del trabajo, sobre la necesidad de que ese debate se extienda a los terrenos del mundo laboral. (p. 38)

No obstante, –como se analizará en el desarrollo del presente trabajo–, la excesiva jornada de servicio, la inestabilidad en el empleo, las correcciones disciplinarias, la prohibición de sindicalizarse y otras prestaciones inequitativas; son condiciones laborales violatorias de los derechos fundamentales, que sufre el personal operativo que labora en la Policía Estatal del Estado de Jalisco. Además, que se afirma que la tutela judicial que tienen este tipo de funcionarios es inefectiva, ya que de manera constante la autoridad jurisdiccional negará las pretensiones de justicia laboral que pretenda hacer valer ante los tribunales, violentándose nuevamente los derechos humanos laborales de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Finalmente se analiza la inconventionalidad de la restricción constitucional a los elementos operativos, en virtud de que dicha restricción, violenta el *corpus iuris* interamericano, donde el Estado Mexicano pudiera incurrir en responsabilidad por incumplimiento a los acuerdos internacionales.¹⁴

II. Condiciones laborales inequitativas de las y los policías de la Secretaría de Seguridad del Estado.

Las condiciones laborales son el conjunto de características y factores peculiares que determinan una relación laboral, respetando siempre los principios del trabajo decente e igualdad sustantiva. Asimismo, las diferencias que existen entre el personal administrativo y el operativo, pueden parecer imperceptibles y en algunas ocasiones hasta favorables para las y los elementos de seguridad, pero eso es mera apariencia para quien no conoce la realidad fáctica.

Es importante señalar que las características y los factores peculiares de la función policial, hacen que sea una labor de innegable compromiso, entrega y disciplina. Estas particularidades no pueden ser de una manera

¹⁴ Esta restricción es discriminatoria y violenta los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); además de jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) establecidas en las sentencias de los casos: Yatama Vs. Nicaragua, Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; y Atala Riffó vs. Chile; las cuales establecen los parámetros de igualdad y no discriminación.

distinta si se persigue como fin la paz y el orden público. Al personal operativo, se les exige ciertos rasgos y condiciones que no se le exige al personal no operativo (desde cosas muy básicas como el corte de cabello, estar bien afeitados, uniformidad, limpieza; mayor capacitación y destreza en ciertas áreas; pero, sobre todo se exige mucha disciplina, subordinación jerárquica y disponibilidad para el servicio).

Es de considerarse que, existen ciertas condiciones laborales dentro de la función de seguridad pública que son notoriamente injustas e inequitativas, para este tipo de servidores públicos.

II.1. La excesiva jornada de servicio.

Desde esta óptica, la principal condición laboral inequitativa, es la jornada de servicio de las y los policías. La Ley Federal del Trabajo (LFT), define a la jornada de trabajo se cómo “el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo” (LFT, art. 58). Por lo que, de manera análoga se puede aseverar que la jornada de servicio es el tiempo durante el cual el personal de seguridad está a disposición de la Institución de Seguridad para prestar su servicio.

La LFT establece que, “La duración máxima de la jornada será: ocho horas la diurna, siete la nocturna y siete horas y media la mixta” (art. 61). Semejante a lo establecido en la Ley para los Servidores Públicos del Estado de Jalisco y sus Municipios (LSPEJM), aplicable a todos los servidores públicos del Estado de Jalisco. No obstante, para los elementos operativos de la Policía Estatal dependiente de la Secretaría de Seguridad del Estado de Jalisco (SSEJ), no es así, ya que la Ley del Sistema de Seguridad Pública para el Estado de Jalisco (LSSPEJ) establece que:

Los servicios que presten los elementos operativos de las instituciones de seguridad pública, estatales o municipales, así como el personal ministerial y peritos se regirán por el horario que para tal efecto haya sido establecido en sus respectivos reglamentos y demás disposiciones aplicables, sin que en ningún caso se deba cubrir contraprestación económica excedente a la remuneración que se perciba por el servicio prestado. (art. 57, parr. 2)

Por lo que en la práctica para el personal operativo se aplica el anacrónico Reglamento de la Policía Estatal (RPE), toda vez que no han

legislado para la elaboración de un nuevo reglamento acorde a las nuevas disposiciones legales. Las jornadas de servicio, están estipuladas en el capítulo XV del RPE, el cual establece lo siguiente:

Las jornadas de servicio que deberán cubrir los policías estatales podrán establecerse dependiendo de las necesidades de los servicios que deban cubrirse, del estado de fuerza de la corporación y de los acontecimientos y eventos en el estado. (art. 83)

Las jornadas de servicio a que se refiere el artículo anterior, podrán ser en las siguientes modalidades:

- I. Veinticuatro horas de servicio por cuarenta y ocho horas de descanso;
- II. Veinticuatro horas de servicio por veinticuatro horas de descanso;
- III. Doce horas de servicio por veinticuatro horas de descanso; y
- IV. Ocho horas diarias de servicio diarias. (art. 84)

En el caso de las partidas ubicadas de manera permanente en el interior del Estado, fuera de la Zona Metropolitana de Guadalajara, las modalidades de las jornadas de servicio serán similares a las estipuladas en el artículo anterior y los policías que se encuentren en dicho servicio podrán contar adicionalmente con tres días de descanso continuos por cada quince días de servicio foráneo. (art. 85)

Las jornadas de servicio, así como los periodos de descanso a que se refieren los artículos anteriores, serán asignados por el Director General o, en su caso, por el Director del Área a la que pertenezca cada elemento. (art. 86)

En eventos extraordinarios que afecten la seguridad pública, la tranquilidad del Estado, así como en casos de siniestros o desastres, el Secretario o el Director General, a su criterio, podrán ordenar a los policías estatales de la corporación que permanezcan en servicio indefinido, hasta en tanto se normalicen las condiciones que lo suscitaron. (art. 87)

El numeral 83 del RPE, establece que las jornadas de servicio serán “dependiendo de las necesidades de los servicios” por lo que existe una discrecionalidad por parte de los encargados de las Instituciones de Seguridad, para establecer cuáles serán estos horarios. En la práctica esto es muy común. Por “necesidades del servicio”, cualquier comandante, oficial o encargado, exige a las y los policías con menor jerarquía que se queden a laborar tiempo extraordinario, sin ninguna justificación como lo establece el propio RPE en su artículo 87 por “eventos extraordinarios que afecten la seguridad pública”, sino solamente por gusto o por una situación personal en contra del subordinado.

Las jornadas de servicio son excesivas para este tipo de servidores públicos. Pero para las y los elementos que se encuentran adscritos a la Comisaría de la Policía Regional, es mucho peor. Toda vez que estos elementos de la Policía Regional, tienen que estar a disposición por quince días completos de servicio por tres días de descanso, para hacer su función policial al interior del Estado. A estas comisiones en los diversos municipios del Estado le denominan “partidas”¹⁵. Quince días de servicio por tres de descanso. ¡Prácticamente pasan su vida en servicio!... y por desgracia, son legales estas jornadas (como se observó en el artículo 85 del RPE) ... y si quieren demandar tiempo extraordinario de servicio... es denegado, tal y como se verá más adelante.

II.2. La inestabilidad en el empleo.

La duración de la relación laboral es un elemento básico de las condiciones de trabajo. La duración se establece en el contrato de trabajo (o en el nombramiento para los servidores públicos), pero depende sobre todo de la naturaleza del trabajo para determinar si este será temporal o definitivo. Que las y los trabajadores tengan certeza de tener un trabajo seguro, es una aspiración y un derecho humano indispensable. De la Cueva (2011), dice:

La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente a la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación. (p. 219)

Cosa muy diferente pasa con las y los policías, ya que éstos no cuentan estabilidad en el empleo. Si la principal condición laboral inequitativa, – violatoria de derechos humanos laborales– es la jornada de servicio, la inestabilidad en el empleo es la más descarada. Esta afirmación se hace, en tres aspectos: el primero, por la ausencia de requisitos legales para obtener un nombramiento definitivo; segundo, por la facilidad para separarlos del servicio; y tercero –la más aberrante–, por la imposibilidad de reinstalación en caso de separación injustificada.

¹⁵ Las “partidas”, es un término utilizado por el personal operativo dentro de su caló o lenguaje coloquial.

Para que un servidor público en Jalisco pueda tener una plaza definitiva, en la práctica lo único que necesita es que la plaza esté vacante y que sus superiores estén de acuerdo en otorgársela. Ahora, de acuerdo a la ley, es necesario que:

- I. Que permanezca la actividad para la que fue contratado el servidor público;
- II. Que exista suficiencia presupuestal; y
- III. Que la plaza laboral esté vacante. (art. 7, LSPEJM)

Por otra parte, los servidores públicos con nombramiento temporal tendrán derecho a que se les otorgue su definitividad cuando cumplan en forma consecutiva seis años y medio de servicio o nueve años interrumpidos en no más de dos ocasiones por lapsos no mayores a seis meses, en el caso del gobierno estatal. Para el poder legislativo y los municipios, logran la definitividad laboral con sólo acreditar tres años y medio consecutivos o cinco años interrumpidos, lo anterior de conformidad al artículo 7 de la LSPEJM.

En cambio, la LSSPEJ que rige al personal operativo, no establece en artículo alguno, la posibilidad de tener nombramientos definitivos. Solo establece los requisitos de *permanencia*, es decir, como lograr estar en la corporación sin que sea separado, independientemente de la temporalidad del nombramiento. Este ordenamiento, establece:

Son requisitos de permanencia, los siguientes:

...

II. Para elementos operativos de las instituciones de seguridad pública:

- a) Ser de notoria buena conducta, y no haber sido condenado por sentencia irrevocable por delito doloso;
- b) Mantener actualizado el certificado establecido en los artículos 86 y 87 de la presente ley;
- c) No superar la edad máxima de retiro que establezcan las disposiciones aplicables;
- d) Acreditar lo siguiente:

En el caso de los elementos operativos, acreditar que se han concluido, al menos, los estudios siguientes:

...

2. Tratándose de integrantes de las áreas de prevención, enseñanza media superior, equivalente u homologación por desempeño, a partir de bachillerato; y

3. En caso de integrantes de las áreas de reacción, los estudios correspondientes a la enseñanza media básica;
- III. Aprobar los cursos de formación, capacitación y profesionalización;
- IV. Aprobar los procesos de evaluación de control de confianza;
- V. Aprobar las evaluaciones del desempeño;
- VI. Participar en los procesos de promoción o ascenso que se convoquen, conforme a las disposiciones aplicables;
- VII. Abstenerse de consumir sustancias psicotrópicas, estupefacientes y otras que produzcan efectos similares;
- VIII. No padecer alcoholismo;
- IX. Someterse a exámenes para comprobar la ausencia de alcoholismo;
- X. Someterse a exámenes para comprobar el no uso de sustancias psicotrópicas, estupefacientes u otras que produzcan efectos similares;
- XI. No estar suspendido o inhabilitado, ni haber sido destituido por resolución firme como servidor público;
- XII. No ausentarse del servicio sin causa justificada, por un periodo de tres días consecutivos o de cinco días dentro de un término de treinta días; y
- XIII. Las demás que establezcan las disposiciones legales aplicables. (art. 80)

Que la ley no establezca requisitos para obtener un nombramiento definitivo, genera incertidumbre laboral. Puede un elemento tener cinco, seis, siete u ocho años de servicio ininterrumpidos y le pueden seguir otorgando nombramientos temporales a pesar de cumplir con todos los requisitos de permanencia. Aquí existe discriminación legislativa. ¿Por qué a los servidores públicos del Estado de Jalisco sí pueden aspirar con el tiempo a tener definitividad laboral y el personal operativo no? Si un elemento, –tenga el tiempo de servicio que tenga–, tiene nombramiento temporal, aunque cumpla con todos los requisitos de permanencia, siempre tendrá la incertidumbre que no le puedan renovar su contrato; porque el artículo 83 de la citada ley, establece que concluirá el servicio profesional de carrera policial con “la terminación de su nombramiento”. El propio Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco (TJAEJ), ha corroborado este criterio en sus resoluciones ordinarias. Lo peor, es que los Tribunales Colegiados de Circuito en materia del Trabajo, en sus sentencias de amparo directo, han resuelto en este mismo sentido.

La ausencia de requisitos legales para obtener un nombramiento definitivo hace que sea una práctica común en la SSEJ el otorgar casi exclusivamente nombramientos temporales por uno, tres y acaso seis meses. Esta situación hace que los elementos de seguridad no tengan definitividad

laboral, –y lo peor– que estén a merced de los mandos superiores a que al término de su nombramiento los den de baja, aunque, estos hayan cumplido puntualmente con los requisitos de permanencia.

Pero esta incertidumbre laboral no es exclusiva del personal con nombramiento temporal, también existe inestabilidad laboral en las y los policías que tiene nombramientos definitivos. Este personal sabe que, si de forma injustificada dan por terminado su servicio, éstos no tienen posibilidad de regresar a laborar. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece que:

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido. (art. 123, B, f. XIII, parr. 2)

Este apartado constitucional está redactado en forma reglamentaria, no debería formar parte de la constitución, –pero ahí está–. La constitución debe establecer los derechos fundamentales, la estructura y naturaleza del Estado. Su forma de redacción, debiera ser en forma de principios y de normas generales. Para desarrollar, reglamentar y precisar los preceptos constitucionales, se encuentran las leyes reglamentarias. Además, este párrafo señala que si alguno de los elementos ahí mencionados, no cumple con los requisitos de permanencia, entonces se dará por terminada la relación de servicio. Hasta aquí, la norma se escucha amenazante, no apegada al espíritu garante en defensa de los derechos humanos, como lo fue la reforma constitucional del 2011. En ningún momento se otorga a estos elementos el derecho de presunción de inocencia, ni su garantía de audiencia y defensa. Pero lo más grave aún, es cuando establece que:

...Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el

resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido. (art. 123, B, f. XIII, parr. 2)

Muchos juristas estudiosos del tema, consideran a este apartado constitucional como discriminatorio. Quizás la constitución mexicana sea la única constitución en el mundo que valide la injusticia, tal y como lo aseveró Juan Jaime González, secretario de acuerdos de Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el programa de Justicia TV, “Ya lo dijo la Corte”, que conduce Miguel Carbonell, en donde junto con Jazmín Bonilla, – también secretario de acuerdos–; discuten el Amparo en Revisión 115/2017. Juan Jaime, al momento de referirse al texto constitucional analizado, exclama: “¡la constitución está validando la injusticia!”, Carbonell agrega: “dije que era peculiar (el texto constitucional), lo voy a cambiar por «barbaridad»” (Carbonell, M., 2021, 39m00s). Se coincide con Carbonell, que es una “barbaridad” lo que el legislador estableció en este apartado constitucional al validar la injusticia. Pero además, también discrimina constitucionalmente a estos servidores públicos, al establecer que en ellos “en ningún caso proceda su reincorporación al servicio”, mientras que el resto de los servidores públicos sí pueden ser reinstalados. Al respecto Carme n Macías Vázquez (2013) dice: “Con la determinación legal de no reincorporar a los policías al resolverse que la terminación de la relación fue injustificada persiste la distinción o trato desigual a los trabajadores, situación que puede plantearse como discriminación” (p. 117). Otra violación a los derechos humanos laborales en contra de las y los policías, –pero más grave–, porque ahora es a nivel constitucional.

II.3. Las correcciones disciplinarias.

Las sanciones que se les puede imponer a las y los servidores públicos, en el Estado de Jalisco, por incumplimiento injustificado en el desempeño de sus labores, consisten en:

- I. Amonestación;
- II. Suspensión hasta por treinta días en el empleo, cargo o comisión;
- III. Cese en el empleo, cargo o comisión;

IV. Inhabilitación para desempeñar cualquier cargo, empleo o comisión pública hasta por un periodo de seis años; o

V. Cese con inhabilitación para desempeñar cualquier cargo, empleo o comisión pública hasta por un periodo de seis años. (LSPEJM, art. 25)

La simple amonestación, la puede imponer el titular de la entidad pública; el resto de las sanciones, se deberán imponer a través de un procedimiento administrativo de responsabilidad laboral. No existen correcciones disciplinarias, toda vez que al personal administrativo no se le exige el deber de disciplina.

En cambio, a los elementos de seguridad, además de las obligaciones semejantes que se le imponen a cualquier servidor público, tienen el deber de la disciplina. Esta comprende según la LSSPEJ:

[E]l aprecio de sí mismo, la pulcritud, los buenos modales, la carencia de vicios, entendidos éstos como la falta de rectitud o defecto moral en las acciones, la puntualidad en el servicio, la exactitud en la obediencia, el escrupuloso respeto a las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas, así como lo relativo al ceremonial y protocolo que demanda respeto y consideración mutua entre quien detente una jerarquía y sus subordinados. (art. 93)

En la práctica, la disciplina implica la diligencia en la portación correcta del uniforme, el aseo, el corte de cabello (para los varones), el cómo dirigirse ante los mandos superiores o de mayor jerarquía, etcétera. Por lo que las faltas a este precepto, implica una corrección disciplinaria que puede consistir en: el apercibimiento, la amonestación, la privación de permisos de salida y el arresto. La LSSPEJ define las correcciones disciplinarias de la siguiente manera:

El apercibimiento es el acto público en el cual se previene al elemento operativo a fin de no reiterar la conducta sobre la comisión de faltas a la disciplina y se le conmina a su corrección. (art. 97)

La amonestación es el acto mediante el cual se le señala al elemento operativo sobre la acción u omisión indebida en que incurrió en el ejercicio de sus funciones. Será pública cuando el infractor se niegue a recibir la notificación por escrito de la resolución que la contenga. (art. 98)

La privación de permisos de salida es el impedimento hasta por quince días naturales para que el elemento operativo abandone el lugar de su adscripción; ésta será decretada por el superior jerárquico o agente del Ministerio Público, del cual para el desempeño de sus labores se encuentre bajo su conducción y mando. (art. 99)

El arresto consiste en la restricción de la libertad ambulatoria del elemento operativo, quien no podrá abandonar las instalaciones de la corporación de su adscripción, y nunca se realizará en celdas.

Los arrestos serán aplicados de conformidad con la ley y con el reglamento correspondiente, de acuerdo a la gravedad de la falta y podrán ser hasta por treinta y seis horas, debiendo ser impuestos por el superior jerárquico, ya sea con motivo de su grado o de su cargo. La duración del arresto será determinada por el titular de la corporación o quien tenga el mando en la unidad en que se encuentre asignado. (art. 100)

El apercibimiento y la amonestación son actos públicos, por lo que se considera que se denigra al personal operativo, al ser exhibidos ante sus compañeros por una situación vergonzosa, que si bien pudiese ser cierta, ésta la pudiesen realizar siempre por escrito, agregándose a su expediente personal, como es el caso de la amonestación al personal no operativo, la cual nunca se realiza en forma pública.

Si el apercibimiento y la amonestación, son medidas disciplinarias cuestionables, la privación de permisos de salida y el arresto, son sanciones que se encuentran entre una línea muy delgada entre la legalidad y la ilegalidad. La privación de permisos de salida y el arresto, privan de la libertad de los elementos de seguridad, al obligarlos a permanecer en las instalaciones de la corporación a la que pertenezcan. El arresto hasta por treinta y seis horas y la privación de permiso de salida hasta por quince días... –¡parece más bien privación ilegal de la libertad! –. Además, es muy común que, si un elemento no justifica su inasistencia laboral, se les sancione dos veces por la misma causa, es decir, se le haga el descuento por su inasistencia y además se le arreste como correctivo disciplinario. Nadie podrá negar estas sanciones como violatorias a sus derechos humanos (al establecer disciplina castrense a personal no militar).

II.4. La prohibición de sindicalizarse.

En general, todas las personas trabajadoras tienen derecho a formar parte de un sindicato para la defensa de sus intereses. Sucede lo mismo para las y los servidores públicos. En este caso existe una restricción. Sólo los servidores públicos de base tendrán derecho a sindicalizarse (LSPEJM, art. 70). Las y los servidores públicos de confianza no tendrán este derecho (LSPEJM, art. 72). Aquí pudiese hablar de una discriminación en contra del personal de confianza. Porque el personal de confianza no sólo es aquel funcionario público de elección popular, magistrados, jueces, o los integrantes de los órganos de gobierno o directivos (LSPEJM, art. 3, f. I, a) 1º); o los empleados públicos que realicen funciones de dirección, mando, coordinación, supervisión, inspección, vigilancia, fiscalización, auditoría, manejo de fondos o valores, etc. (LSPEJM, art. 3, f. I, a) 2º). En realidad, a prácticamente a todos los servidores públicos, se les otorga nombramiento de confianza y sólo a aquellas plazas de menor cuantía, se les da la categoría de base.

En el caso del personal operativo de la Policía Estatal en el Estado de Jalisco, existe un silencio legislativo y la Ley es omisa en señalar si este personal puede o no formar parte de un sindicato. Considero que ni siquiera toma en consideración la posibilidad de que formen asociaciones en defensa de sus derechos laborales, por el simple hecho de que *de jure* en el Estado de Jalisco, no existe relación laboral entre el Estado y sus policías; y por lo tanto no tienen derechos laborales. Luego, a las y los policías en Jalisco, se les excluye de todo tipo de asociación sindical.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), como organismo especializado de las Naciones Unidas, en materia laboral, se ha pronunciado sobre el derecho a la sindicalización en diversos convenios. El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (Convenio 87), eleva la libertad sindical y el derecho de sindicalización a la categoría de derecho fundamental. Este instrumento internacional establece:

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. (OIT, 1948, art. 2)

El Convenio 87, fue aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1949 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de octubre de 1950.

El Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública (Convenio 151). Instrumento internacional que va enfocado a la protección laboral de los trabajadores al servicio de la administración pública; dentro del cual se desprende:

1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo.
2. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.
3. La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía. (OIT, 1978, art. 1)

Convenio no ratificado por el Estado mexicano, (seguramente por no convenir a sus intereses), de manera que, no es vinculante como lo establece el artículo 1 constitucional.

II.5. Prestaciones inequitativas.

Aunque se rigen por diferentes ordenamientos legales, el personal administrativo o no operativo y el personal operativo de la SSEJ, tienen las mismas prestaciones en lo que respecta a: vacaciones, prima vacacional, aguinaldo, licencias, descanso por lactancia, servicios de salud, pensiones, gastos funerarios y licencia de paternidad. Si bien es cierto que el hecho de tener iguales prestaciones equivale a tener igualdad, también es cierto que esta igualdad no es equitativa, toda vez que no se están considerando dos factores: la mayor carga laboral y el riesgo en el servicio.

En cuanto a la carga de trabajo, sólo hay que remitirse a las jornadas de servicio exhaustivas que tienen las y los policías, de veinticuatro horas de servicio por cuarenta y ocho horas de descanso; o veinticuatro horas de servicio por veinticuatro horas de descanso; o de doce horas de servicio por veinticuatro horas de descanso; o por todo el tiempo que sea necesario

dependiendo las “necesidades del servicio”, según el RPE; ya analizados párrafos atrás.

El artículo 55 de la LSSEJ, establece que los riesgos de trabajo que sufran los elementos operativos se registrarán por las disposiciones de la LFT. Por su parte el numeral 473 de la LFT, señala que son riesgos de trabajo todos los accidentes y enfermedades a los que están expuestos los trabajadores en el trabajo. Existen múltiples estudios en cuanto a los riesgos laborales de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Una investigación realizada por el Departamento de Salud Pública del Centro Universitario de Ciencias de la Salud de la Universidad de Guadalajara, dio como resultado que:

La salud mental de los policías se vio afectada por el trabajo violento, presentando sintomatología como ansiedad, angustia, pesadilla, infarto cardiaco, tristeza, coraje, impotencia, sentimiento de culpa y miedo. Las vivencias expresadas por los policías, manifestaron, en su mayoría, preocupación por sus familiares, la educación de sus hijos, sueldo precario y convivencia social limitada al trabajo y a la familia. (Hyemin, Valencia, Rodríguez, Preciado y Soltero, 2013, p. 31)

Otro estudio publicado por la CNDH, dice que los síntomas que presentan los cuerpos de seguridad pública, ocasionados por los riesgos laborales son físicos y psicológicos. Los primeros son los siguientes:

- Insomnio
- Úlceras estomacales
- Dolores de espalda (lumbalgia)
- Migraña
- Obesidad abdominal
- Presión arterial alta

...

Una jornada laboral que no se respeta y que es mayor a la que la OIT recomienda, o en su defecto «por necesidades del servicio», un descanso no proporcional a las horas laboradas, así como falta de vacaciones, castigos consistentes en la supresión de los días de descanso, largos periodos de servicio fuera de sus lugares de residencia, salarios bajos, ausencia de tiempo para el ocio, desconexión con la familia y demás faltantes propios de un desarrollo adecuado del ser humano y de un trabajo dignificante, dan como resultado los factores arriba presentados. (Novoa Peniche y Delgado Ballesteros, 2019, p. 44)

Por otra parte, los síntomas psicológicos son:

- Agotamiento
- Estrés
- Depresión
- Falta de motivación
- Problemas para socializar
- Tensión en las relaciones sociales y familiares
- Psicosis
- Neurosis

...los policías llegan a presentar reacciones de estrés crónico como resultado de estar expuesto diariamente a situaciones de tensión violencia, un ambiente laboral hostil, hostigamiento laboral que afecta no solo su salud, sino que modifica su sistema de creencia y su relación con el entorno...

La situación de los elementos policiacos en México se agrava en función de la labor que deben desempeñar, ya que como policía se supone es un agente de cambio social en contacto con distintos sectores sociales conflictivos. La o el policía es un mediador social y pareciera que está o debiera estar en condiciones óptimas física o mentalmente, más la realidad es todo lo opuesto. (Novoa Peniche y Delgado Ballesteros, 2019, p. 46)

Por otra parte, es de conocimiento público, los riesgos que se tiene de perder la vida en la función policial. Como es el hecho de que 1,422 policías fueron asesinados en los años 2018, 2019 y 2020 (Causa en común, p.12); o que en esta pandemia por Covid-19, han muerto 204 elementos, más del doble de fallecimientos por cada cien mil habitantes del promedio en México (Causa en común, p. 21). A esto se enfrentan los elementos de seguridad, en virtud de que la función policial resulta ser uno de los trabajos más peligrosos en México.

Para concluir este punto, se puede afirmar que a las prestaciones profesionales, se les debe aplicar de manera analógica el principio laboral de “a trabajo igual, salario igual”, establecido por el artículo 86 de la LFT, así como en el Convenio sobre Igualdad de Remuneración (OIT, 1951, art. 1). Es decir, “a trabajo igual, prestaciones iguales; a trabajo desigual, prestaciones desiguales”. Si las y los policías tienen una mayor carga de trabajo y sin duda –por la naturaleza del servicio– riesgos muy superiores; entonces deberían otorgárseles prestaciones superiores que al personal no operativo. Pese a todo,

tienen las mismas prestaciones que otros servidores públicos que tienen menor carga de trabajo y menor riesgo. Esto es otra violación más a sus derechos humanos laborales.

III. Tutela jurisdiccional inefectiva.

La tutela judicial o jurisdiccional, se encuentra comprendida dentro del derecho fundamental de acceso a la justicia, contemplado por los artículos 14, 17 y 20 de la CPEUM, así como al artículo 8 de la CADH. La Primera Sala de la SCJN, en jurisprudencia definió este derecho como:

[E]l derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijan las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. (Tesis: 1a./J. 42/2007)

La misma Sala, en diversa jurisprudencia, consideró que este derecho fundamental, tiene tres etapas:

- I. Una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte;
- II. una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y,
- III. una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. (Tesis: 1a./J. 103/2017 (10a.))

Cuando una persona considera que se le violentaron sus derechos, tiene derecho a acceder a la justicia; es decir, que a través de una demanda, denuncia o petición ante una autoridad jurisdiccional, reclame el derecho violado. Posteriormente, la autoridad jurisdiccional tiene la obligación de atender la petición y otorgar la garantía del debido proceso. Finalmente, si la

autoridad otorga la petición solicitada, la resolución debe cumplirse puntualmente.

Si a un trabajador, se le violentan sus derechos laborales. Tiene el derecho de demandar ante la autoridad competente para que se le repare el daño. No obstante, parece que no sucede lo mismo con las y los policías. Al menos no de la misma manera.

En Jalisco, el Tribunal de Arbitraje y Escalafón del Estado, es la autoridad jurisdiccional a quien corresponde conocer y resolver los conflictos laborales entre las dependencias, entidades públicas del Estado, los Municipios, Organismos Públicos Descentralizados, Organismos Constitucionales Autónomos, que funjan como patrón y sus trabajadores. Pero como el Estado no reconoce al personal operativo como sus trabajadores, sino que se guarda una simple relación de naturaleza administrativa –como se vio al inicio–; será entonces el TJAEJ, quien conozca y resuelva los conflictos de índole laboral entre las y los policías y sus corporaciones.

Empero si a un elemento policial, se le instaura un procedimiento de responsabilidad administrativa o de separación, de acuerdo a la LSSPEJ, y éste tiene como resultado una sanción que puede ser una amonestación, suspensión, remoción o inhabilitación. Esta resolución no podrá combatirse por ningún medio administrativo o jurisdiccional (art. 107). Por lo que únicamente deja la posibilidad de promover el juicio de amparo indirecto. Desde este punto de vista, el artículo 107 de la LSSPEJ, es inconstitucional al no permitir el acceso a la justicia (habrá quién pueda pensar, que el hecho de poder presentar el amparo, es suficiente para no perder este derecho, aunque a nuestro criterio es insuficiente por limitativo). Esta es la primera causa de tutela jurisdiccional inefectiva.

Si un servidor público reclama alguna de las condiciones de trabajo que le fueron violentadas, el Tribunal de Arbitraje y Escalafón, atendiendo a los principios pro operario y de suplencia de la queja (siempre en beneficio de los trabajadores), y cuando considere que existen los elementos suficientes, condena a la entidad pública demandada a resarcir el daño.

Sin embargo, si algún policía, reclama horas extras por la excesiva carga laboral; la estabilidad en el empleo; la inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias; la posibilidad de sindicalizarse o exija mejorar las prestaciones que considera inequitativas. Tendrá que demandarlo en el

TJAEJ, donde no se atenderán los principios pro operario y de suplencia de la queja. Además que regularmente, dicho tribunal dictará sentencias absolutorias, negando las reclamaciones que hizo. Incluso si el elemento apela la sentencia, la segunda instancia confirmará la sentencia, argumentando que el reclamo son derechos que no se encuentran contemplados en la LSSPEJ, ya que de conformidad con la multimencionada fracción XIII del artículo 123 apartado B de la CPEUM, “los miembros de las instituciones policiales se regirán por sus propias leyes”. Por lo que dicha autoridad jurisdiccional, al negar sus peticiones, cumple con la legalidad y la constitucionalidad. Aquí la segunda causa de tutela jurisdiccional inefectiva. La ley sí permite a los elementos de seguridad el acceso ante un órgano jurisdiccional, pero éste es inefectivo; ya que se limita a la legalidad y no a la justicia, violentando nuevamente los derechos humanos laborales de estos servidores públicos.

Pero no solo el TJAEJ, resulta inefectivo, también los Juzgados de Distrito, cuando se presentan amparos indirectos en contra de las separaciones ilegales, argumentando en sus sentencias, los mismos elementos de legalidad y constitucionalidad. Igualmente resultan inefectivos los Tribunales Colegiados de Circuito en materia administrativa, que niegan los amparos directos promovidos en contra las sentencias definitivas del TJAEJ, confirmando sus sentencias; o en los recursos de revisión en contra de las sentencias de amparos indirectos. Siempre alegando la legalidad del acto, justificada por decenas de criterios jurisprudenciales perjudiciales en contra de las corporaciones policiales. Por ejemplo, en el caso siguiente, el Juez de Distrito no concede un amparo indirecto, cuando se reclama la ilegal separación, al no renovársele el nombramiento a un elemento que tiene más de seis años en el servicio y dice:

Al concluir el nombramiento del quejoso y al tratarse el nombramiento de un acto condición, debe considerarse que el derecho de estabilidad y permanencia que le otorga el artículo 28, fracción III, de la Ley del Sistema de Seguridad Pública del Estado de Jalisco, no se extralimita a conceder mayores prerrogativas o condiciones que las asentadas en el nombramiento de mérito, esto es, que no implica como lo pretende la parte quejosa, que con la obtención de un nombramiento por tiempo determinado, se adquiriera el derecho de permanecer en el cargo de forma indefinida, hasta en tanto se le siga el procedimiento de separación correspondiente, sino que dichos derechos se contraen al cumplimiento de las condiciones y temporalidad en el asentados; máxime que en atención a lo expuesto, es evidente que no se violaron las formalidades esenciales del procedimiento en perjuicio de la parte quejosa,

puesto que se insiste, en el particular no se actualiza la figura de cese injustificado de un nombramiento, sino que se insiste, en la especie, se advierte que el nombramiento que fue otorgado en su momento al hoy quejoso como policía adscrito a la Fiscalía General del Estado de Jalisco, llegó a su fin. (Juzgado Quinto de Distrito en Materias Administrativa y de Trabajo en el Estado de Jalisco, 2017, p. 19)

Fundamentando su argumento con lo establecido en la LSSPEJ, que establece que “La conclusión del servicio profesional de carrera para personal ministerial y elementos operativos de las instituciones de seguridad pública y peritos del Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses es la terminación de su nombramiento” (art. 83); así como con la siguiente jurisprudencia que a rubro señala: “POLICÍA FEDERAL MINISTERIAL. LOS NOMBRAMIENTOS DE SUS AGENTES NO SON CONTRATOS DE TRABAJO SINO «ACTOS CONDICIÓN»” (Tesis: 1a./J. 104/2010).

Otro ejemplo, es en un caso cuando un elemento reclama horas extras y tanto el TJAEJ, los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados, niegan la posibilidad de su pago, fundamentándose nuevamente en la LSSPEJ, que establece:

Los servicios que presten los elementos operativos de las instituciones de seguridad pública, estatales o municipales, así como el personal ministerial y peritos se registrarán por el horario que para tal efecto haya sido establecido en sus respectivos reglamentos y demás disposiciones aplicables, sin que en ningún caso se deba cubrir contraprestación económica excedente a la remuneración que se perciba por el servicio prestado. (art. 57, parr. 2)

Existiendo una amplia gama de jurisprudencias que niegan este derecho fundamental, las principales son las siguientes:

ELEMENTOS DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL ESTADO DE JALISCO. NO TIENEN DERECHO AL PAGO DE TIEMPO EXTRAORDINARIO, AL NO ESTAR PREVISTO EN EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY DEL SISTEMA DE SEGURIDAD PÚBLICA DE LA ENTIDAD. (Tesis: PC.III.A. J/46 A (10a.))

HORAS DE TRABAJO EXTRAORDINARIAS. NO PROCEDE SU PAGO A LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES, NI SIQUIERA BAJO UNA INTERPRETACIÓN CONFORME, CUANDO LAS RESPECTIVAS LEGISLACIONES SECUNDARIAS PROSCRIBAN ESA PRESTACIÓN. (Tesis: 2a./J. 17/2018 (10a.))

Tal y como se puede apreciar, la tutela judicial resulta inefectiva para las y los policías, ya que, si bien es cierto que pueden presentar sus demandas ante una autoridad jurisdiccional, la realidad es que siempre existirá un argumento legal por el cual no les concedan sus peticiones en respeto a sus derechos humanos laborales, argumentando siempre la legalidad por su restricción constitucional.

IV. Inconvencionalidad de la restricción constitucional al personal operativo de seguridad.

Toda autoridad jurisdiccional o no jurisdiccional, en el ámbito de sus competencias, tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, que se encuentren consagrados en la CPEUM o en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano. Este es el principio de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad, establecido por el artículo primero constitucional y señalado por las jurisprudencias que a rubro establecen “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)” (Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.)); y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD” (Tesis: P. LXVII/2011(9a.)).

El control convencional es el cuidado que debe tener toda autoridad, a efecto de que sus propios actos jurídicos, administrativos o jurisdiccionales; las normas jurídicas con las que se fundamenta; las decisiones que toma; y en fin, toda actuación dentro del ámbito de su competencia, esté apegada a los derechos humanos que emanen de las convenciones internacionales en las que el Estado forme parte. México, al formar parte de la Organización de Estados Americanos y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el control de la convencionalidad se ejerce concentradamente por la Corte IDH y difusamente en cada uno de los países que adoptan la CADH. En nuestro país, el control convencional es también constitucional, al establecerse la propia CPEUM¹⁶. Además, tiene el carácter de ser *ex officio*, en virtud de que

¹⁶ La convencionalidad se establece en el artículo 1, al señalar que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”.

no requiere querrela de parte para su ejercicio, sino que es obligatorio para toda autoridad. Por ende, en el Estado mexicano, la protección de los derechos humanos es a través de un modelo de control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad ex officio.

Cuando del texto constitucional se desprenden prohibiciones o limitaciones al libre ejercicio de los DDHH, se habla de restricciones constitucionales. A raíz de la contradicción de tesis 293/2011, el Pleno de la SCJN (2014) emitió una jurisprudencia controversial:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. (P./J. 20/2014 (10a.))

Uno de los avances más importantes en el sistema jurídico mexicano, fue la reforma en materia de derechos humanos del 2011. En donde se equiparaban las normas de derechos humanos emanadas de los tratados internacionales al plano constitucional, –estableciendo el control de la convencionalidad antes mencionado–. No obstante, la contradicción de tesis 293/2011, parece que echó por borda este significativo avance, al contradecir a la propia Corte IDH, donde se había establecido la obligatoriedad de los criterios internacionales sobre los nacionales, siempre y cuando favorecieran más a las personas. Por eso la propia SCJN, estableció en nueva jurisprudencia que:

RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. (Tesis: 2a./J. 163/2017 (10a.))

El Estado mexicano decidió establecer una serie de restricciones a los derechos humanos de sus ciudadanos, como lo es el arraigo, el derecho de los ministros de culto a ser votados, la geolocalización de equipos móviles, algunas limitaciones a los derechos de privacidad y por supuesto el tema que abordamos por la fracción XIII, apartado B, del artículo 123. El hecho de que

la propia constitución impida la posibilidad de la reincorporación al servicio, en caso de que se haya determinado jurisdiccionalmente que la separación fue injustificada, es sin duda una restricción constitucional.

Al dialogar sobre este tema, Carbonell (2021) señala que difícilmente este apartado constitucional pasaría un test de convencionalidad. El test de convencionalidad es “una interpretación de las prácticas internas a la luz o amparo del *corpus iuris* capital en materia de derechos humanos acerca del cual el Tribunal Interamericano ejerce competencia material” (Víctor Bazán, 2017, p.97). Es decir, si se compara lo señalado en el texto constitucional analizado con lo establecido por la CADH, los instrumentos incorporados al Sistema Interamericano, los protocolos adicionales, o la jurisprudencia de la Corte IDH (que en su conjunto conforman el *corpus iuris* interamericano); sin duda no pasaría la prueba, toda vez que esta restricción es discriminatoria y violenta los artículos 1 y 24 de la CADH, además de jurisprudencias de la Corte IDH establecidas en las sentencias de los casos: Yatama Vs. Nicaragua, Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; y Atala Riffo vs. Chile; las cuales establecen los parámetros de igualdad y no discriminación.

El incumplimiento de la CADH, por parte de los países firmantes, genera responsabilidad internacional del Estado. Así lo estableció la propia Corte IDH (1994), al opinar por unanimidad:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención genera responsabilidad internacional para tal Estado. (OC-14/94. Op. 1 y 2)

Luego, el Estado mexicano se encuentra en el supuesto de incurrir en responsabilidad internacional, toda vez que, el Congreso de la Unión falla en su tarea de armonizar la CPEUM con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; y el Poder Judicial de la Federación no se abstiene en aplicar la norma (aunque sea constitucional) contraria a la CADH y a la Jurisprudencia de la Corte IDH.

V. Conclusiones.

El Estado mexicano estableció un régimen especial de naturaleza administrativa con sus policías. Pero esto no debería implicar que se les violentara sus derechos humanos laborales. Al contrario, por la importancia de la función policial, al tener más responsabilidades, mayores riesgos y superior carga laboral; deberían otorgar mejores prestaciones y condiciones laborales. De esta forma, cumpliría su obligación constitucional de respetar, proteger, garantizar y promover todos los derechos humanos, incluyendo los laborales.

La excesiva jornada de trabajo, la inestabilidad en el empleo, las correcciones disciplinarias, la prohibición de sindicalizarse, y las prestaciones inequitativas, que se encuentran estipuladas en la LSSPEJ, son condiciones laborales que evidentemente violentan los derechos humanos laborales de las y los policías. Pero, además en el caso de que algún elemento de seguridad pretenda reclamar algunas de las prestaciones señaladas, el TJAEJ y los Juzgados de Distrito atendiendo al principio de legalidad –pero no al de justicia en favor de los derechos humanos– dictan resoluciones conforme a la ley en la materia. Esto con el respaldo de los criterios jurisprudenciales de la SCJN y los Tribunales Colegiados de Circuito. Por lo que también existen violaciones a los derechos humanos laborales en contra del personal operativo en todo el sistema jurídico.

Las violaciones a los derechos humanos laborales, existen a pesar de la inconventionalidad de la restricción constitucional a los elementos de seguridad. Con el riesgo de que el Estado mexicano incurra en responsabilidad internacional, toda vez que, el Congreso de la Unión falla en su tarea de armonizar la CPEUM con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; y el Poder Judicial de la Federación no se abstiene en aplicar la norma (aunque sea constitucional) contraria a la CADH y a la Jurisprudencia de la Corte IDH.

Se está totalmente de acuerdo en que se sancione al elemento corrupto; pero no a todas las corporaciones policiales. Que se sanen las instituciones, iniciando jerárquicamente con las primeras esferas, porque es a la tropa a quien regularmente le toca pagar.

La Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Jalisco, está consciente de este problema. Por ello realizó la Recomendación General

“Dignificación de las condiciones laborales de las y los policías” (CEDHJ, 2020), en la cual reconoce que:

El Gobierno del Estado y los 125 municipios de Jalisco tienen deudas con sus instituciones de seguridad pública, por lo que deben seguir sumando esfuerzos para lograr mejores niveles de prestaciones y apoyos para este sector público, con la vista puesta en el futuro, donde ser policía en México, represente una verdadera opción de carrera con condiciones mínimas que permitan a las y los elementos policiales, así como a sus familias, tener un proyecto de vida integral. (p. 2)

En este documento, se realizaron veintiún recomendaciones al Gobernador del Estado de Jalisco; al Coordinador General estratégico de Seguridad del Gobierno del Estado de Jalisco; así como a las y los titulares de los ciento veinticinco gobiernos municipales de Jalisco; relativas a mejorar las condiciones laborales de sus policías. Una recomendación al Pleno del Congreso del Estado de Jalisco, a efecto de que se establezca un marco jurídico favorable a la dignificación de las y los policías del Estado.

No obstante, –a dos años de su publicación–, la recomendación quedó reducida a un señalamiento de “buenas intenciones”, debido a que no se han cumplido ninguna de las recomendaciones emitidas. Por lo que, a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el Estado de Jalisco, se les sigue violentando sus derechos humanos laborales.

VI. Referencias bibliográficas.

- Bazán, V. (2017). *Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos*. En Ferrer Mac-Gregor E. y Flores Pantoja, R. (Coor.), *La Constitución y sus garantías* (pp. 91-114). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/6.pdf>
- Causa en Común (2021). *Ser policía en México*. http://causaencomun.org.mx/beta/wp-content/uploads/2021/01/Polic%C3%ADas-asesinados_compressed.pdf
- Carbonell, M. (8 de abril de 2021). *Despido injustificado. Ya lo dijo la Corte* [Archivo de Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=31T6kCrp80c&t=2354s>

- CEDHJ (2020). *Recomendación General 1/2020. Dignificación de las condiciones laborales de las y los policías.*
http://cedhj.org.mx/recomendaciones/emitidas/2020/RECO_01-2020.pdf
- CNDH (2017). *Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo.*
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5178/6.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. 05 de febrero de 1917 (México).
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Corte IDH. (1994) *Opinión consultiva OC-14/94.*
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1262.pdf>
- De la Cueva, M. (2011). *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo I.* Porrúa.
- Hyemin, Valencia, Rodríguez, Preciado y Soltero (2013) *Ambiente laboral violento y salud mental en los policías de la zona metropolitana de Guadalajara.* Waxapa,1(8), 31-48.
<https://www.medigraphic.com/pdfs/waxapa/wax-2013/wax138c.pdf>
- Juzgado Quinto de Distrito en Materias Administrativa y de Trabajo en el Estado de Jalisco (2017). *Sentencia definitiva del amparo indirecto 1241/2017.*
http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=680/0680000020788584006.doc_1&sec=Roberto_Mart%C3%ADnez_Guti%C3%A9rrez&svp=1
- Ley del Sistema de Seguridad Pública para el Estado de Jalisco [LSSPEJ]. 21 de julio de 2012 (Jalisco, México).
<https://congresoweb.congresoal.gob.mx/BibliotecaVirtual/legislacion/Leyes/Ley del Sistema de Seguridad Pública para el Estado de Jalisco-170521.doc>
- Ley Federal del Trabajo [LFT]. 01 de abril de 1970 (México).
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_310721.pdf
- Ley para los Servidores Públicos del Estado de Jalisco y sus Municipios [LSPEJM]. 07 de abril de 1984 (Jalisco, México).
<https://congresoweb.congresoal.gob.mx/bibliotecavirtual/legislacion/Leyes/Ley%20para%20los%20Servidores%20P%C3%BAblicos%20del%20Estado%20de%20Jalisco%20y%20sus%20Municipios-081121.doc>

- Macías Vázquez, M. C. (2013). Régimen jurídico de los cuerpos de seguridad pública. En Lara Martínez, A. (Coor.), *Régimen jurídico laboral de los miembros de seguridad pública*. (pp. 107-128). Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato.
- Novoa Peniche, M. R. y Delgado Ballesteros M. G.(Coor.) (2019). *Estudio sobre La condición de los derechos humanos en la Policía Federal*. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-10/Est-Policia-Federal.pdf>
- ONU, Asamblea General (1979). *Código de Conducta de los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provictim/1LEGISLACI%C3%93N/3InstrumentosInternacionales/C/codigo_conducta_funcionarios.pdf
- OIT (1948). *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*. <https://www.te.gob.mx/transparencia/media/files/93fe805a63da0e4.pdf>
- OIT (1951). *Convenio sobre Igualdad de Remuneración*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_107_es.pdf
- OIT (1978). *Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública*. <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/conveniosobrelasrelacionesdetraabajoenlaadministracionpublicanum151.pdf>
- Pleno en Materia Administrativa del Tercer Circuito. (2018). *Tesis: PC.III.A. J/46 A (10a.)*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016857>
- Reynoso Castillo, C. (2015). *Los derechos humanos laborales*. Universidad Autónoma Metropolitana.
- SCJN, Pleno. (1995). *Tesis: P./J. 24/95*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/200322>
- SCJN, Pleno. (2011). *Tesis: P.LXVII/2011 (9a)*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160589>

- SCJN, Pleno. (2014). *Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006224>
- SCJN, Primera Sala. (2007). *Tesis: 1a./J. 42/2007*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/172759>
- SCJN, Primera Sala. (2010). *Tesis: 1a./J. 104/2010*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/163055>
- SCJN, Primera Sala. (2017). *Tesis: 1a./J. 103/2017 (10a.)*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015591>
- SCJN, Segunda Sala. (2017). *Tesis: 2a./J. 163/2017 (10a.)*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015828>
- SCJN, Segunda Sala. (2018). *Tesis: 2a./J. 17/2018 (10a.)*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016430>

Metodología para investigar violaciones de derechos humanos, elaborar Recomendaciones y generar criterios de jurisprudencia no jurisdiccional.

Methodology for investigating human rights violations, preparing recommendations and generating non-jurisdictional jurisprudence criteria.

Enrique Guadarrama López¹⁷

Sumario: Introducción; I. Acerca de la metodología de investigación; II. Sujetos que pueden realizar la investigación; III. Sujetos a investigar por violaciones a derechos humanos; IV. Objetivos de la investigación; V. Características de una debida investigación; VI. Perfil personal de quien realiza la investigación; VII. Principios de actuación institucional; VIII. Etapas de la investigación; IX. Tipos de investigación; X. Prevenciones generales a la investigación; XI. Herramientas metodológicas e instrumentos legales para realizar la investigación; XII. Problemas durante la investigación y enfoque para resolver los casos; XIII. Sugerencias prácticas y otras cuestiones a considerar; XIV. Elaboración de Recomendaciones; XV. Jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos. Conclusiones.

Resumen: El trabajo desarrolla la perspectiva académica, basada en aspectos empíricos, de la investigación de violaciones a derechos humanos, cometidas por servidores públicos, en la cual se plantean las diversas aristas que deben observar quienes llevan a cabo, en la práctica, tal investigación.

¹⁷ Investigador de la UNAM, Programa Universitario de Derechos Humanos. Catedrático por oposición de la Facultad de Derecho de esa institución.

Abstract: This work develops the academic perspective, based on empirical aspects, of the investigation of human rights violations committed by public servants, in which various aspects that must be observed by those who carry out such investigations, are raised.

Palabras clave: Método de investigación; violaciones derechos humanos; investigación práctica, jurisprudencia no jurisdiccional.

Introducción.

El presente trabajo tiene perfil más práctico, que doctrinal, aunque se hace una sistematización temática para su mejor comprensión y se plantean propuestas concretas para un mejor trabajo de los organismos públicos de protección de los derechos humanos. Se formulan reflexiones sobre las experiencias en la investigación de casos resueltos en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), en los que tuve participación. El trabajo se apoya fundamentalmente en aspectos legales y en criterios establecidos en Recomendaciones de ese organismo protector de derechos humanos, las cuales están incorporadas en un libro de mi autoría.¹⁸

Hablar de metodología implica un esquema de trabajo o un método para hacer la investigación de violaciones a derechos humanos. Considero se deben adicionar otros elementos que abonan a la obtención de los mejores resultados: liderazgo, visión, estrategia, sensibilidad, perfil personal.

Establecer la metodología de investigación es una tarea que puede ser de tipo general a todos los casos que se investigan (contar con reglas o lineamientos institucionales) o puede ser de tipo particular a un caso específico (lo que se conoce como teoría del caso).

En el esquema general, a nivel institucional se pueden definir reglas básicas y comunes para todo el personal que realiza actividades de investigación, p. ej. contar con un instructivo para actuación en campo, para atención y entrevista a víctimas y testigos, para la conformación de equipos de trabajo, entre otros. Aquí se incluyen los formatos que se suelen utilizar

^{18*} Investigador de la UNAM, Programa Universitario de Derechos Humanos. Catedrático por oposición de la Facultad de Derecho de esa institución.

Todas las Recomendaciones que se proyectaron en la Segunda Visitaduría General, en el periodo 2015-2019, se sistematizan en el libro *Defensa de los Derechos Humanos: Esquema práctico*, (2021). En cada Recomendación se incluye un apartado de contexto y hechos, así como comentarios y observaciones.

para agilizar el trabajo (solicitud de información, elaboración de actas circunstanciadas, medidas cautelares, etc.), siempre que no se conviertan en “camisa de fuerza” para el investigador. Asimismo, se debe considerar el manual de procedimientos institucional.

Hay casos específicos en los cuales se requiere una intervención e investigación en el terreno de los hechos, lo que se denomina “investigación de campo”, porque los hechos recién ocurrieron o porque la trascendencia y repercusión social y mediática de los mismos amerita el traslado de un equipo de investigadores (integrado por abogados, psicólogos, médicos, criminalistas, médicos forenses) al lugar en que ocurrieron los hechos.¹⁹

La metodología de investigación la puede establecer el titular de la institución, el responsable de una de las áreas o el coordinador de un grupo de trabajo específico en un asunto determinado.

Aunque las presentes reflexiones tienen como destinatario natural al personal que labora en las comisiones públicas de derechos humanos, nada impide que sirvan a otras personas que desde distintas trincheras realizan actividades de investigación de violaciones de derechos humanos.

La premisa de partida es que la ley de la CNDH y, en general, las leyes de las comisiones públicas de derechos humanos no establecen un determinado método de investigación, sino un procedimiento a seguir, el cual consta de varias etapas, en las que se establecen reglas específicas a seguir. Asimismo, en la ley reguladora de la institución se establecen instrumentos o herramientas de apoyo a la investigación, para hacerla más eficaz y lograr mejores resultados.

I. Acerca de la metodología de investigación.

¹⁹ He señalado que, en casos de relevancia y trascendencia social, el inicio de una investigación es un 80% investigación de campo (recabar testimonios, acompañamiento a las víctimas, obtención de videos, fotografías, grabaciones, contención psicológica y exámenes médicos a víctimas, inspección de lugares, foto-referenciación de lugares, actuaciones *in situ* ante autoridades, visitas a centros de reclusión, etc.) y 20% trabajo de escritorio (solicitudes de información, emisión de medidas cautelares, recopilación de notas periodísticas). A medida que se avanza en el trabajo, el porcentaje se invierte al dedicar mayor tiempo a procesar la información y redactar la Recomendación.

En el ámbito científico-académico se distingue entre método inductivo y método deductivo, es decir, partir de un análisis de cuestiones particulares para escalar a conclusiones genéricas o bien partir de una premisa general para aplicarla a los aspectos específicos del caso que se investiga. Surge la interrogante: ¿Esto es aplicable a una investigación de violaciones a derechos humanos?

Parecería, a simple vista, que la mejor opción en cuanto método científico es el inductivo, pues se parte de hechos concretos ocurridos en la realidad, en un lugar y tiempo determinado, en los que se ven involucrados servidores públicos, para determinar si la actuación de éstos se ajustó a la ley y, en consecuencia, si violaron o no derechos humanos. Sin embargo, creo que no resulta pertinente tratar de encasillar la investigación de violaciones de derechos humanos en alguna de esas vertientes del método científico, debido a dos situaciones:

- a) primero, porque son hechos que ocurrieron y afectaron a una o más personas y no se sabe a detalle cómo sucedieron. Se trata de cuestiones prácticas, de contenido social y no cuestiones de laboratorio o que ya estén resueltas y pueden, por ende, ser objeto de análisis.
- b) segundo, no es pertinente ni aconsejable seguir un método único de investigación sobre hechos que se cuestionan como violatorios de derechos humanos, pues impediría la flexibilidad de actuación, que es una de las características de la investigación en derechos humanos.

La metodología de investigación de violaciones de derechos humanos incluye, como una de sus variables, los problemas que se pueden llegar a presentar en el desarrollo de la investigación, los cuales deben ser resueltos. Es necesario incluir en el método de investigación reglas sobre cómo resolverlos en la práctica y la adecuada estrategia legal a seguir ante una situación no prevista en el esquema original del caso.

II. Sujetos que pueden realizar la investigación.

Entre quienes pueden llevar a cabo una investigación por violaciones a derechos humanos, se identifican aquellos que la ley les reconoce competencia para hacerlo, y quienes tienen la calidad de particulares y no de autoridades. Así, tenemos los siguientes sujetos que realizan investigación de violaciones de derechos humanos.

- A) Comisiones públicas de derechos humanos. Tienen la responsabilidad constitucional-institucional de investigar hechos violatorios de derechos humanos, que sean de su conocimiento mediante queja o que ésta la inicien de oficio. Esos organismos públicos integran el denominado sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos.²⁰
- B) Jueces y tribunales. Deben resolver todas las demandas y litigios que reciban en casos particulares. No tienen facultad de iniciar de oficio un asunto en particular. El conjunto de tribunales integra el sistema jurisdiccional de un país. Hay que señalar que no se cuenta con jueces especializados en investigar violaciones de derechos humanos *per se*.
- C) Organizaciones de la sociedad civil. Tienen el compromiso de apoyar a las víctimas de violaciones a derechos humanos en la búsqueda de conocer los hechos, sancionar a los responsables y solicitar la reparación de daño.

Por su calidad de particulares no les aplican reglas de competencia, plazos y valoración de evidencias y pruebas; tampoco se les puede exigir que sus reportes, informes o documentos, con los cuales dan a conocer los resultados de su investigación, cumplan con reglas de motivación o fundamentación, pues no son autoridades jurisdiccionales ni tampoco no jurisdiccionales.

- D) Instituciones académicas. Realizan una investigación con enfoque científico para exponer las circunstancias (sociales, económicas, políticas), las razones (geográficas, entorno) y los motivos (deficiencias legales) que generan la ocurrencia de los hechos violatorios.

La diferencia entre los mencionados sujetos investigadores de violaciones de derechos humanos radica en que las instancias jurisdiccionales y las comisiones públicas de derechos humanos deben seguir el procedimiento

²⁰ Guadarrama López, E. denomina *Sistema Mexicano no Jurisdiccional de protección de los Derechos Humanos* al conjunto de 33 instituciones públicas de derechos humanos, una de carácter federal y 32 de carácter local, a las cuales la Constitución federal y las Constituciones de las entidades federativas, les reconocen la calidad de órganos constitucionales autónomos y competencia específica para defender y proteger los derechos humanos de las personas que viven y transitan por el país, frente a la actuación de las autoridades de los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal), en *Las empresas bajo la óptica del Sistema mexicano no jurisdiccional de protección de los derechos humanos*, en prensa.

establecido en su ley reguladora, lo que las obliga a que su resolución deba ser motivada (evidencias y razonamientos jurídicos) y fundada (leyes nacionales, estándares e instrumentos internacionales), además de establecer criterios de interpretación de mayor protección a los derechos humanos,²¹ entre los cuales se incluyen los casos que abordan problemáticas inéditas.²²

²¹ Guadarrama López, E. enumera, a manera de ejemplo, casos de Recomendaciones en los que se hizo una interpretación amplia. Señala que “En todos los casos siempre se buscó tener una mirada amplia, transversal y de progresividad, encaminada a buscar el mayor avance en la defensa y protección de los derechos humanos. Un asunto en concreto, que podía sólo afectar a una o dos personas, pero que la problemática podía impactar a un mayor número de personas era suficiente para darle un enfoque general y no particular. Así ocurrió con los casos de: a) personas con discapacidad y su situación con el transporte terrestre público y privado (Recomendación 2/2018); b) personas mayores y su acceso al transporte aéreo (Recomendación 72/2019); c) niñas, niños y adolescentes que en las escuelas padecen de deficiencias y carencias en la infraestructura física educativa (Recomendación 63/2017); d) personas jornaleros agrícolas migrantes y sus familiares, quienes viven temporalmente en albergues a cargo de autoridades locales y federales (Recomendación 37/2015) y e) niñas, niños y adolescentes atendidos en casas y comedores indígenas (Recomendación 52/2017). Este último caso sirvió para referir un derecho específico a favor de la niñez, el derecho al desarrollo integral de la niñez, del cual se formula y desarrolla una definición, buscando la mayor protección a un grupo con vulnerabilidad.” *Introducción en Defensa ... op cit.*, p. 38.

²² Entre los casos inéditos que la CNDH conoció y que derivaron en Recomendaciones sobre temas novedosos y que obligó a hacer un análisis bajo perspectiva de derechos humanos destacan: a) el denominado sexting o intercambio de fotografías de contenido sexual entre alumnos de secundaria, mediante el uso de las denominadas TIC's o tecnologías de la información y la comunicación (Recomendación 28/2018); b) el del bullying o acoso escolar en escuelas de educación superior militar (Recomendación 2/2016); c) el de corrupción de servidores públicos y particulares, con impacto en derechos humanos (Recomendación 34/2018); d) el de la responsabilidad de las autoridades indígenas y comunitarias por violaciones a derechos humanos cometidas en contra de integrantes de sus comunidades (Recomendación 9/2016); e) el de la calidad de los maestros como servidores públicos y su responsabilidad en materia de derechos humanos (Recomendación 7VG/2017); f) el de la responsabilidad de organismos constitucionales autónomos por no respetar derechos humanos (Recomendación 60/2018); g) el de cumplimiento de la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible (Recomendación 52/2017, 63/2017); h) el de los derechos humanos de los policías y elementos de las fuerzas armadas (Recomendación 7VG/2017); i) el de las fake news o noticias falsas en eventos de desastre natural (Recomendación 31VG/2019); j) el de competitividad económica y derechos humanos, o de desarrollo empresarial apegado a derechos humanos (Recomendación 60/2018); k) el de uso de la fuerza por parte de empresas privadas de seguridad (Recomendación 97/2019); l) el de las empresas privadas como responsables de violar derechos humanos derivado de sus actividades empresariales (Recomendación 34/2018). En esta última, se precisó la competencia de la CNDH para investigar casos de violaciones a derechos humanos que involucran a empresas privadas y se propuso la inclusión de la cláusula obligacional de respeto a derechos humanos en todos los contratos públicos que celebren las dependencias de gobierno e instancias de Estado con empresas privadas. Guadarrama López, E., *Introducción en Defensa ...*, op cit., p. 39.

En cambio, los otros sujetos investigadores no tienen esa obligación legal, por lo que suelen hacer relatorías de hechos basados en las declaraciones de las víctimas y testimonios de personas, por lo cual, generalmente, concluyen su documento con mayor anticipación a la resolución de una comisión pública de derechos humanos. Esto en sí no es criticable, empero, se debe dar justa dimensión al reporte o informe final presentado por la persona u organización civil particular y no considerarse como la única conclusión de los hechos.

III. Sujetos a investigar por violaciones a derechos humanos.

El contenido de este rubro parece obvio, las personas objeto de la investigación por violaciones a derechos humanos requieren tener la calidad de servidores públicos, sin importar el nivel jerárquico (funcionarios, mandos medios, personal administrativo), ni el sector o área de la administración de adscripción (seguridad pública, salud, educación, milicia, etc.), ni las tareas de responsabilidad (dirección, supervisión, inspección, operativas, especializadas), ni la calidad laboral (de confianza, de base, temporal o interinos). No hay distinción de servidores públicos en materia de investigación por violaciones a derechos humanos, ni hay excepciones.

Sin embargo, hoy en día la corriente de los derechos humanos viene incorporando a personas particulares²³, específicamente a las empresas, como sujeto de investigación por violaciones a derechos humanos. Sobre este tema he señalado que en tanto no haya una reforma constitucional o legal para reconocer competencia a las comisiones públicas de derechos humanos, se requiere una construcción dogmática y jurisprudencial para equiparar a la empresa como autoridad para efectos de los derechos humanos. Ello no ha impedido que la CNDH emita Recomendaciones sobre el particular.²⁴

²³ Actualmente, los particulares pueden ser objeto de investigación cuando hay de por medio la anuencia, tolerancia o permisividad de una autoridad o servidor público (artículo 6 Ley CNDH).

²⁴ Vid. Guadarrama López, E., *Las empresas...*, *op cit.*, en prensa. La CNDH emitió la Recomendación General 37 *Sobre el respeto y observancia de los derechos humanos en las actividades de las empresas*, la cual nos correspondió elaborar. Asimismo, emitió algunas Recomendaciones específicas, investigadas y resueltas por parte nuestra, en las que se acreditaron violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas, vgr. Recomendaciones 2/2018, 6/2018, 34/2018 y 72/2019. De las 5 Recomendaciones se puede consultar su contexto, observaciones y comentarios en Guadarrama López, E., *Defensa ...*, *op cit.*, pp. 275, 280, 282, 287, 463, 487, 344, 363, 516 y 531, respectivamente.

IV. Objetivos de la investigación.

En general, los objetivos de la investigación son comunes a todos los sujetos que pueden llevar a cabo una investigación por violaciones a derechos humanos.

Los objetivos que se busca alcanzar con la investigación por violaciones de derechos humanos son:

- A) Conocer la verdad de lo ocurrido, es decir, cómo, dónde y cuándo ocurrieron los hechos y las circunstancias en los que sucedieron.
- B) Determinar quién o quiénes materialmente cometieron la violación de derechos humanos, así como la cadena de mando y, en su caso, si hubo responsabilidad institucional,²⁵ es decir, si la violación de derechos humanos deriva de deficiencias estructurales o insuficiencias normativas y de procedimiento.
- C) Acreditar, mediante evidencias, las violaciones a derechos humanos, a fin de que se impongan a los responsables las sanciones administrativas o penales que correspondan.²⁶

²⁵ En la Recomendación 72/2019 de la CNDH, que nos correspondió investigar y resolver, párrafo 171, se estableció que: La responsabilidad institucional se presenta cuando la violación a derechos humanos cometida en contra de una persona o grupo de personas ocurre como consecuencia de políticas de operatividad, infraestructura física o procedimientos de atención al público, por parte de una dependencia o institución de gobierno, o de la administración pública que no son los adecuados para que haya efectivo respeto y protección de los derechos humanos. Se trata de un entorno institucional que puede derivar de normatividad poco clara que permiten que los servidores públicos recurran a criterios de decisión que no observan los principios de progresividad o máxima protección a los derechos humanos, basados supuestamente en acuerdos o contratos cuya interpretación es restrictiva para las personas.

En el siguiente párrafo de la propia Recomendación se agregó que: “con independencia de cuestiones presupuestales, lo más relevante para evitar condiciones institucionales adversas a los derechos humanos, es romper la inercia de los servidores públicos de todos los niveles que no tienen visión ni sensibilidad para atender y comprender cuestiones relacionadas con los derechos humanos de personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad. Todo servidor público debe tener claro que se trata de una cuestión de dignidad humana y no de un trámite burocrático o de un simple expediente administrativo que deben concluir.”

²⁶ Un gran faltante en las tareas de protección a derechos humanos se encuentra en la poca o nula correspondencia entre la acreditación de la violación a derechos humanos con las sanciones que se imponen; por lo general hay levedad o ausencia de sanciones reales y efectivas en contra de los responsables, tanto en lo administrativo como en lo penal. Al respecto he considerado que la alternativa es establecer un capítulo especial en la Ley General de Responsabilidades Administrativas que se refiera al procedimiento de investigación administrativa por violaciones a derechos humanos. Vid. Guadarrama López, E., “Hacia un

- D) Determinar quién o quiénes tiene el carácter de víctimas de las violaciones a derechos humanos,²⁷ para efecto de determinar el alcance de la reparación integral de daños,²⁸ como derecho constitucional que les es reconocido y como obligación de las autoridades responsables de las violaciones de derechos humanos.
- E) Determinar, en su caso, si las violaciones de derechos humanos derivan de deficiencias institucionales (infraestructura física, carencia de normatividad y de procesos de actuación, falta de protocolos de actuación, falta de preparación y capacitación del personal) o reflejan patrones de actuación institucional²⁹ (anuencia o tolerancia del superior jerárquico a un comportamiento determinado por parte del personal a su cargo, que incide en la violación de derechos humanos).

V. Características de una debida investigación.

Una exigencia natural a los sujetos que realizan investigación de violaciones de derechos humanos es que su actuación tenga credibilidad. Para cumplir esa condición, se requiere que la investigación que llevan a cabo cumpla con las siguientes condiciones y características:

- A) Objetiva, es decir, que la investigación este sustentada en evidencias y pruebas y no en especulaciones o conjeturas.

modelo de responsabilidad por violaciones de Derechos Humanos. Aplicación al caso de las empresas”, en preparación.

²⁷ Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional o, en general, cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte. Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella (artículo 4 Ley General de Víctimas).

²⁸ La reparación integral comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho victimizante cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante (artículo 1 Ley General de Víctimas).

²⁹ Se considera patrón de actuación institucional “la similitud en la manera de actuar de los servidores públicos, independientemente de la entidad federativa en la que ocurrieron los hechos... (lo que conlleva) a la probable existencia de una suerte de política de actuación institucional generadora de violaciones a derechos humanos”, Guadarrama López, E., *Introducción en Defensa ... op cit*, p. 40.

- B) Razonada, es decir, que la investigación esté sustentada en argumentos jurídicos acorde con la legislación y con los estándares e instrumentos internacionales.
- C) Integral, es decir, que sean investigados todos los hechos violatorios, tanto los señalados en la queja, como los que se desprendan de la propia investigación; no pueden quedar resquicios respecto de la ocurrencia de los hechos, ni respecto a los servidores públicos intervinientes en los mismos.
- D) Completa, es decir, que se incluya la protección de todas las víctimas (sean directas e indirectas) y todos los esquemas de reparación de daño, así como la responsabilidad de todos los servidores públicos involucrados (los autores materiales y los que formen parte de la cadena de mando).
- E) Flexible, es decir, que por encima de la obligada estructura procedimental a seguir durante la investigación, lo cierto es que durante el desarrollo de la investigación se debe estar consciente que se pueden hacer los ajustes en el esquema de investigación cuando se requiera, para obtener mejores resultados.

VI. Perfil personal de quien realiza la investigación.

Relacionado con la condición de credibilidad de la investigación, y aunque puede parecer una cuestión secundaria, lo cierto es que mucho del resultado de la investigación se corresponde con el perfil de la persona responsable del expediente de investigación. Es importante que el investigador de violaciones de derechos humanos cumpla con lo siguiente:

- A) Tener convicción por la defensa de los derechos humanos, lo que se refleja en una actitud de compromiso y exigencia por encontrar la verdad de los hechos y la más amplia protección a favor de las víctimas de las violaciones a derechos humanos.³⁰

³⁰ En un caso en que una familia que viajaba en un vehículo fue tiroteada desde un helicóptero de SEMAR, la autoridad se excusaba en que por las condiciones en que se presentaron los hechos (era de noche, tenían enfrentamiento con delincuentes) y por cuestiones técnicas de la aeronave no era posible distinguir el vehículo de los particulares. Se exigió que los peritos de la institución subieran a la aeronave para ver el funcionamiento práctico de la nave artillada; la prueba se hizo en el mar. Los hechos derivaron en la Recomendación 4/2019, que nos correspondió investigar y resolver. Se acreditó que hubo uso arbitrario de la fuerza (modalidad del uso excesivo de la fuerza). Se considera que el uso de la fuerza es arbitrario “cuando quienes lo hacen no están legitimados para hacerlo, por tratarse de personas ajena

- B) Tener un instinto u olfato para encontrar un hilo conductor en la investigación, esto es, escudriñar todas las posibilidades para obtener evidencias, testimonios y datos que pueden ser clave en la investigación.³¹
- C) Tener empatía con las víctimas para hacer causa común en su lucha contra quienes cometieron las violaciones a derechos humanos en su contra, esto implica tener disponibilidad para escuchar con atención su relato, las dificultades por las que atraviesan y de ser posible, emprender acciones para brindar apoyo.³²
- D) Tener capacidad de asombro o de indignación ante los hechos que se investigan. De otra manera se corre el riesgo que el trabajo se torne mecánico, burocrático e insensible, lo cual es a todas luces contrario a la esencia de las tareas de protección de derechos humanos.

VII. Principios de actuación institucional.

De manera general considero como principios de actuación institucional en la investigación de derechos humanos, derivados de lo establecido en la ley reguladora correspondiente:

- A) Establecer procedimientos breves y de acceso sencillo a las personas, en los que se eviten formalidades que impliquen dilaciones excesivas. Esta es una calidad que identifica al Ombudsman desde su origen.

al problema que pretender resolver, ni siquiera es justificante que pueda haber una supuesta actitud sospechosa. Aquí es irrelevante que la normatividad autorice el uso de la fuerza, simplemente no deben recurrir a ella.” Guadarrama López, E., *Defensa ... op. cit.*, p. 440.

³¹ En ocasiones es necesario hacer un alto en el camino para hacer un recuento de lo avanzado en la investigación y procurar, en lo posible, otra perspectiva para llegar a los resultados o bien regresar a un punto que requiere ser reforzado con más evidencias; se requieren reuniones de revisión, evaluación de avances y nuevos caminos a recorrer, vgr. Recomendación 7VG/2017. Sobre el particular vid. Observaciones y comentarios del caso Nochixtlán en Guadarrama López, E., *Defensa ..., op. cit.* pp. 224-228.

³² Así ocurrió, por ejemplo, con la madre de una víctima menor de edad quien fue muerto por elementos militares. La situación estaba acreditada, pero ante el proceso en curso de la investigación y la posterior elaboración de la Recomendación, se solicitó a la CEAV que inscribiera a la madre como víctima indirecta en el Registro Nacional de Víctimas. Se generó un debate con esa institución, pues insistían en que se requería contar con la Recomendación. Se le hizo ver que el espíritu de su ley es dar atención pronta a las víctimas, por lo que ante hechos públicos e irrefutables no debía haber criterios burocráticos para brindar el apoyo que obliga la ley. Se logró la inscripción de la víctima en tal registro, con lo cual pudo recibir atención de manera oportuna. Este caso se resolvió en la Recomendación 65/2016. Sobre el particular vid. Observaciones y comentarios del caso Ostula, ocurrido en Michoacán, en Guadarrama López, E., *Defensa ..., op. cit.*, pp. 166-167.

- B) Mantener independencia frente a las autoridades, lo que no implica confrontación, pero si firmeza de actuación; una actitud permisiva es contraria a la esencia del Ombudsman. Se trata de otra nota caracterizadora de la institución del Ombudsman.
- C) Mantener contacto directo con los quejosos y víctimas, para evitar percepción de alejamiento, desinterés o una actuación burocrática. Esto es una manifestación de lo que denomino *sensibilidad social institucional* en el actuar del Ombudsman, que le permite alcanzar autoridad moral frente a las autoridades.
- D) Manejo confidencial de la información de la documentación que se recaba durante la investigación; esto genera respeto frente a las autoridades y confianza frente a terceros. Se trata de una salvaguarda para la debida actuación del Ombudsman.

VIII. Etapas de la investigación.

Este rubro se corresponde con lo establecido como procedimiento en la ley reguladora de la institución protectora de derechos humanos correspondiente. Son tres las etapas de investigación de violaciones de derechos humanos.

- A) Conocimiento de los hechos. Se refiere fundamentalmente a la recepción de la queja (por escrito, telefónica, por correo electrónico) o al conocimiento de oficio (a través de medios de comunicación o en redes sociales).³³

Se establece un plazo máximo de un año de que ocurrieron los hechos señalados como violatorios de derechos humanos, para que la institución pueda iniciar la investigación, aunque los casos de violaciones graves son imprescriptibles (artículo 26 Ley CNDH).

No se admiten quejas anónimas, en cuyo caso se solicitará la ratificación de la queja, que de no hacerlo se enviará al archivo, salvo que la institución decida iniciar de oficio la investigación (artículos 81-83 Reglamento Ley CNDH).

³³ En los artículos 25 y siguientes de la Ley CNDH, y 80 y siguientes del Reglamento de la Ley CNDH se establecen las reglas para la recepción de quejas. Hay una clara inclinación, lo cual es comprensible, a facilitar a los quejosos la presentación de la queja, atenuando al mínimo los requisitos que deben cumplir para su admisión.

B) Investigación de los hechos, *strictu sensu*. Implica el despliegue de todos los recursos y facultades institucionales para conocer si lo expuesto en la queja se acredita o no como violatorio de derechos humanos.³⁴

Se requiere, en primer término, que la queja interpuesta se haga del conocimiento de la autoridad señalada como responsable, para que rinda un informe sobre los hechos y presente las evidencias o pruebas que sustenten su actuación.³⁵

Ante la importancia de contar con todos los elementos relacionados con los hechos, se prevé la posibilidad de solicitar información a particulares o a otros servidores públicos (artículo 39-II Ley CNDH). Se señala que se hace bajo un esquema de colaboración con la institución protectora de derechos humanos.

Las autoridades tienen la obligación de atender los requerimientos de la institución, so pena de incurrir en responsabilidad administrativa. La ley prevé hasta un máximo de dos ocasiones para insistir en que la autoridad envíe su informe (artículo 113 Reglamento Ley CNDH), de lo contrario amen de la responsabilidad administrativa se consideran como ciertos los hechos señalados en la queja (artículo 38 Ley CNDH).³⁶

³⁴ Es la etapa de la investigación que suele tener mayor duración en el trabajo institucional y del que hay mayor extensión en el articulado de la ley y el reglamento, pues se detallan las facultades e instrumentos legales que se pueden hacer valer para lograr conocer la verdad de los hechos señalados en la queja (artículos 39-40 Ley CNDH y 112 y siguientes del Reglamento de la Ley CNDH). Aquí también se precisan las obligaciones y responsabilidades de las autoridades frente a las tareas de investigación del organismo público de protección y defensa de los derechos humanos.

³⁵ Se ha considerado como una condición para dirigir una Recomendación a una autoridad, el que la solicitud de información que se le dirija durante la investigación debe ser en su carácter de presuntamente responsable de violaciones a derechos humanos. Creo que no se puede ser tan formalista en ese sentido, pues el hecho de solicitar información sobre los hechos (sin calificar su actuación) hace que la autoridad tenga conocimiento de que hay un expediente de investigación, por lo que de contar con datos debe aportarlos a la institución. No es procedente el argumento que no se respeta su derecho de audiencia si no se le señala que tiene la calidad de presuntamente responsable. Si se presentaría inobservancia del derecho de audiencia en caso de no enviar a la autoridad ninguna notificación previa a la Recomendación.

³⁶ Esta es una herramienta legal que no se ha utilizado como debería hacerse. Es importante cerrar los espacios de desdén a las autoridades al trabajo de las instituciones protectoras de derechos humanos, para lo cual se debe tener una actitud de ejemplaridad al exigirle responsabilidad por no atender las solicitudes de información de la institución. Sin duda la

Para contar con debido soporte a sus actuaciones, se reconoce fe pública a los visitadores adjuntos, la cual la plasman en las actas circunstanciadas que levantan durante la etapa de investigación de los hechos (artículo 111 Ley CNDH).³⁷

Entre las acciones que puede realizar un visitador adjunto para contar con elementos y evidencias en la investigación de los hechos, se encuentra: inspeccionar lugares, archivos o documentos que se relacionen con los hechos; entrevistar a personas afectadas o testigos de los hechos, así como a servidores públicos; solicitar peritajes; solicitar información complementaria a dependencias de gobierno.

C) Conclusiones. Al agotar la etapa de investigación de los hechos y de contar con los elementos y evidencias que acreditan la violación de derechos humanos, se abre la etapa de elaborar y emitir la resolución correspondiente.

En caso de una Recomendación, se debe seguir la estructura establecida en la ley (artículo 132 Ley CNDH), *infra*, punto XIV. De esta manera el documento recomendatorio debe incluir:

a) Descripción de los hechos violatorios de derechos humanos. Se considera como punto de inicio la narración que hace el o la quejosa en su escrito de queja. Es común solicitar al o la quejosa ampliación de la narración de los hechos.³⁸

b) Enumeración de las evidencias y pruebas que acreditan las violaciones a derechos humanos.³⁹

aplicación de esta herramienta es casuística, aunque la premisa en todos los casos es que la actitud omisiva de la autoridad debe traer repercusiones a la propia autoridad y que siempre se busca la mayor cobertura de protección de los derechos humanos de la víctima.

³⁷ En ese precepto se establece que: Se entenderá por fe pública la facultad de autenticar documentos preexistentes o declaraciones y hechos que tengan lugar o estén aconteciendo en presencia de dichos servidores públicos (visitadores adjuntos).

³⁸ En este apartado se incluyen las solicitudes de información a las autoridades. Lo que interesa para la investigación es la respuesta de la autoridad y las evidencias que aporta. Es suficiente señalar que se solicitaron informes a (tales) autoridades y de su respuesta se desprende lo siguiente (destacar lo conducente y relevante). Se deben evitar las transcripciones innecesarias, que solo hacen más extenso el documento y engorrosa su lectura.

³⁹ En este apartado se debe evitar incluir todas las diligencias, documentos o actuaciones de autoridad dentro de un expediente (carpeta de investigación, expediente médico, proceso penal, procedimiento administrativo, etc.). Sólo interesan aquellas constancias del expediente en cuestión que cumplen la calidad de evidencia en la acreditación de violaciones de derechos humanos.

c) Descripción de la situación jurídica generada por las violaciones de derechos humanos. Se refiere a los procedimientos, procesos o juicios iniciados, en curso o concluidos, en los cuales se encuentre involucrado la víctima de las violaciones de derechos humanos.

d) Descripción del contexto en el que se presentaron los hechos. Esto permite esclarecer las circunstancias específicas del caso, pero también la posibilidad de determinar que se trata, en su caso, de una situación recurrente y frecuente y no aislada o excepcional.

e) Desarrollo de las observaciones, análisis jurídico y razonamientos lógico-jurídicos que dan sustento a la acreditación de las violaciones a derechos humanos. Esta es la parte más importante del documento; aquí es donde “habla” la institución protectora de derechos humanos. La relevancia de este apartado radica en la concatenación de hechos narrados, las evidencias recabadas y los razonamientos jurídicos para llegar a la conclusión de que en el caso se acreditaron las violaciones a derechos humanos.

En este rubro se desprenden los criterios o precedentes que genera la institución, que habrán de servir de referente para casos futuros y para otros organismos públicos protectores de derechos humanos. Es lo que he denominado jurisprudencia no jurisdiccional (infra, punto XV).

f) Puntos recomendatorios en particular que se dirigen a la autoridad destinataria de la Recomendación, a fin de que cumpla las medidas de reparación de daño a favor de la víctima, para que se determinen las responsabilidades de quienes fueron identificados como los responsables de las violaciones a derechos humanos y establezcan medidas de no repetición.

Es importante avanzar en la ruta de que las Recomendaciones tengan mayor alcance e impacto, a fin de tener incidencia real en la situación de los derechos humanos. En ese sentido, es preciso incluir en los puntos recomendatorios propuestas de políticas públicas encaminadas a resolver la problemática expuesta en la Recomendación. Ya dijimos que se debe tener una mirada amplia en aras de lograr una mayor cobertura de protección de los derechos humanos (vid nota 4).

IX. Tipos de investigación.

En función de lo expuesto en la queja o del conocimiento que se tenga de los hechos (al iniciar de oficio o al momento en que se pueden estar presentándose los acontecimientos) se puede realizar cualquiera de los siguientes tipos de investigación.

- A) De tipo documental. Se refiere a los oficios petitorios que se dirigen a la autoridad presuntamente responsable de los hechos, para solicitar la información sobre los hechos, así como los documentos y evidencias que sustente su informe. Aquí también se ubica la documentación generada por la propia institución, vgr. actas circunstanciadas (declaraciones, testimonios, inspección de lugares, acceso a expedientes y archivos etc.) y los dictámenes y opiniones periciales de la propia institución.⁴⁰
- B) De tipo pericial en diversas áreas: medicina forense, criminalística, psicología, fotografía, audio y video. Sin duda, los dictámenes periciales son clave en el soporte de la Recomendación para acreditar las violaciones a derechos humanos,⁴¹ vgr. determinar si hubo ejecución arbitraria (por la posición víctima-victimario), para determinar la mecánica de hechos (caso de tortura), para determinar el tipo de afectaciones a la salud de un paciente (caso de negligencia médica), para determinar la hora de los hechos en función de videos y fotografías, entre otros casos.⁴²
- C) De tipo socioeconómico, en caso de elaboración de contextos en los cuales se desarrollan los esquemas de violaciones a derechos

⁴⁰ En muchas ocasiones la conclusión de un expediente se sustenta en una investigación de tipo documental, es decir, con las constancias del expediente (oficios de autoridad, aportaciones de los quejosos, actas circunstanciadas de los visitantes adjuntos), apoyado, en su caso, con opiniones de los peritos de la institución.

⁴¹ Los peritos de la institución analizan los dictámenes periciales que remiten las autoridades y elaboran una opinión técnica. Asimismo, pueden emitir dictámenes propios. En muchas ocasiones los peritajes de los peritos de la institución son cuestionados ante tribunales, por lo cual los peritos son llamados a proceso a defender sus conclusiones periciales en un asunto.

⁴² En el caso Nochixtlán fue clave la revisión de videos y fotografías por parte de los peritos. Mediante los metadatos (información que acompaña y conforma una fotografía: nombre del archivo, tipo de cámara, fecha, hora, distancia desde la cual fue tomada) se pudo determinar, por horas y minutos, la secuencia de los hechos ocurridos. En los casos en los que no había metadatos se recurrió a un cálculo matemático para obtener la hora de captura de la foto, a través de proyección de sombras. Vid. nota 14 y párrafos 97 y 98 de la Recomendación 7VG/2017

humanos,⁴³ que motiva que éstas puedan ser calificadas de graves, por afectar a grupos en situación de vulnerabilidad (menores de edad, mujeres, personas adultas mayores).

X. Prevenciones generales a la investigación.

A manera de alertas preventivas que deben tener presente quienes investigan violaciones a derechos humanos, destaco las siguientes:

- A) No prejuzgar sobre los hechos. Esto implica no rechazar ni asumir *per se* los argumentos de la autoridad,⁴⁴ tampoco aceptar en su totalidad lo expuesto por los quejosos. Esto tiene que ver con la objetividad que señalé debe ser una característica de la investigación (*supra* punto V Características de una debida investigación).
- B) No adecuar evidencias o sentido de las evidencias a los hechos que se investigan. Puede ocurrir que haya hechos que no se acreditan, sea que no se encontraron evidencias o que las evidencias arrojen una situación distinta a lo señalado por los quejosos. Esta circunstancia se debe señalar y explicar en la resolución. Esto fortalece la credibilidad institucional.

⁴³ En muchos casos que se investigaron y derivaron en Recomendaciones se incluyó un apartado de contexto, en el cual se expuso la situación que prevalecía en una zona o región determinado al momento en que ocurrieron los hechos, vgr. caso de policía comunitaria en Olinalá, Guerrero. Los hechos derivaron en la Recomendación 9/2016. Sobre el particular vid. Observaciones y comentarios del caso Olinalá, en Guadarrama López, E., *Defensa ...*, *op cit.*, pp. 89, 90, 101. Otro caso que refleja la importancia de realizar un adecuado contexto es el que se originó por el conflicto magisterial, en el cual se presentaron los hechos de Nochixtlán, vid. nota 14.

⁴⁴ No se puede soslayar que existen casos en los cuales la autoridad en sus informes suele referir circunstancias de modo, tiempo y lugar que no se corresponden con la realidad de los hechos, vgr. que señalen que la detención ocurrió en la calle, que recibieron un reporte anónimo alertando de una persona sospechosa, que las cámaras de video no servían al momento de los hechos, que los certificados médicos practicados a las víctimas muestran que no hubo lesiones. Todo esto debe refutarse con evidencias o al adminicular las mismas. Al respecto he señalado que “Se debe insistir entre los miembros de las fuerzas armadas que cualquier operativo que lleven a cabo sólo se podrá calificar de “exitoso”, cuando a la par de los objetivos y resultados alcanzados vayan de la mano del pleno respeto de derechos humanos. De lo contrario se corre el riesgo de que lo “exitoso” sólo se alcance en lo práctico, pero no en lo jurídico, lo que trae como consecuencia que lo logrado sea cuestionado ante tribunales y que éstos no le den validez jurídica y los presuntos responsables de los delitos queden en libertad. Además, el no respetar derechos humanos acarrea responsabilidades para los elementos participantes en el operativo. No se puede apostar a tener resultados favorables de manera inmediata, aunque efímera, pero a la larga queden sin efecto.”, Guadarrama López, E., *Defensa...*, *op. cit.*, p. 70.

- C) Mantener el control sobre los tiempos de la investigación, es decir, no estar a las resultas de que la autoridad envíe la información o que la mande parcial o incompleta. Esto implica que, salvo un recordatorio al vencimiento del plazo para contestar y no lo ha hecho, no se deben enviar 3 o más recordatorios ni generar actas circunstanciadas de que se le pidió a la autoridad que contestara.⁴⁵ Se debe hacer frente a esa actitud de la autoridad con los mecanismos que otorga la ley, vgr. el tener por ciertos los hechos (vid. nota 19).
- D) Mantener el respeto de las autoridades a la institución. Esto implica que ante el desdén de la autoridad (no contesta o lo hace de manera parcial o incompleta), se debe dar vista al órgano interno de control de la dependencia correspondiente, para que se investigue la conducta omisiva de la autoridad en cuestión, con base en el artículo 63 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. En ese precepto se califica de desacato la conducta del servidor público cuando proporcione información falsa, no dé respuesta alguna, retrase deliberadamente y sin justificación la entrega de la información que le haya solicitado una autoridad en materia de defensa de los derechos humanos.⁴⁶
- E) Procurar, en todo momento, que la investigación se realice en el menor tiempo posible. Aquí juega en contra la gran cantidad de expedientes en trámite que suelen tener los visitantes adjuntos.

⁴⁵ Una práctica que califico de “*práctica institucional contraria a derechos humanos*” lo es la poca colaboración y apoyo institucional que algunas autoridades mantienen con el quehacer de las instituciones públicas protectoras de derechos humanos. Se trata de una actitud entorpecedora al trabajo de esas instituciones, que redundará en impunidad, pues el retraso en la investigación de los hechos conlleva que no se actúe oportunamente y que en ocasiones los responsables se evadan de la acción de las autoridades competentes o incluso que se pueda presentar la prescripción de las conductas delictivas. Esto es grave y debe ser señalado y superado. Vid. Observaciones y comentarios a Recomendación 33/2015, Guadarrama López, E., *Defensa ... op. cit.*, p. 70

⁴⁶ En alguna ocasión se hizo un recuento de los oficios que una autoridad educativa no había contestado y los recordatorios que se habían enviado. El documento sirvió de base para dar vista al OIC de la dependencia en cuestión, para que diera inicio al procedimiento de investigación administrativa correspondiente.

Ante esa situación, se tiene la opción legal del mecanismo de conciliación del caso, siempre que no se trate de violaciones graves y que las víctimas estén de acuerdo.⁴⁷

Esta opción agiliza la resolución del asunto, sin demeritar el resultado, pues al acreditarse la violación de derechos humanos, al igual que en una Recomendación, en la propuesta conciliatoria se incluyen dos puntos ineludibles: que se investigue y se determine la responsabilidad de las autoridades y que se precisen los mecanismos de reparación de daño a las víctimas.

XI. Herramientas metodológicas e instrumentos legales para realizar la investigación.

En general, la norma constitucional y las leyes reguladoras de las comisiones públicas de derechos humanos prevén las siguientes herramientas e instrumentos para dar apoyo y sustento a la investigación de violaciones a derechos humanos:

- A) Mecanismo de interpretación acorde a lo establecido en el artículo 1° constitucional. La premisa es la búsqueda de máxima protección a las víctimas y de mayor cobertura de protección de los derechos humanos. Sin duda, es uno de los más importantes apoyos a la tarea de investigación de violaciones de derechos humanos.
- B) Uso de la publicidad en medios de comunicación. Esto, a manera de compensación por no contar con fuerza coercitiva para exigir el cumplimiento de sus determinaciones, durante el desarrollo de la investigación y de sus resoluciones. Hoy día juegan un papel relevante las redes sociales para que la gente sepa de inmediato las dificultades

⁴⁷ En la Recomendación 24/2018, que nos correspondió investigar y resolver, se precisaron las características de una propuesta de conciliación: Las características y alcances de una propuesta de Conciliación en el sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos: a) implica un mecanismo reconocido a la Comisión Nacional para resolver casos de violaciones a derechos humanos de manera más ágil y expedita, sin llegar a la emisión de una Recomendación; b) se acredita la violación a derechos humanos, por lo que se plantea la reparación del daño a las víctimas, se pide investigar y, en su caso, sancionar a los responsables y se piden medidas de no repetición; c) la autoridad destinataria tiene dos opciones: la acepta o no la acepta, con las consecuencias diferenciadas de que si la acepta surge la obligación de cumplirla en sus términos y en los plazos determinados, y si no la acepta, se emite una Recomendación; d) no es congruente no aceptar la propuesta de Conciliación y pretender cumplir alguno de los puntos conciliatorios y otros no y; e) en caso de incumplimiento de los puntos adoptados, lo consiguiente es la reapertura del expediente.

o trabas que, en ocasiones, enfrenta la institución defensora de derechos humanos.

- C) Ejercer facultad de atracción ante casos que por su relevancia e impacto trascienden al ámbito nacional. Esta facultad también la tienen las comisiones públicas estatales de derechos humanos, en su caso, respecto de los organismos de derechos humanos municipales.
- D) Emisión de medidas cautelares. Se trata de un mecanismo de acción institucional ágil e inmediato ante las autoridades para evitar que se consumen violaciones de derechos humanos que puedan ser de imposible reparación.⁴⁸
- E) Acortar plazo a las autoridades para el envío de información en casos de urgente atención. En este supuesto, es imperativo contar con los informes de las autoridades a la brevedad, para acelerar la investigación de los hechos.
- F) Tener por ciertos los hechos cuando la autoridad no contesta las solicitudes de información que le son requeridos. No se precisa en la ley reguladora ni en su reglamento las reglas de aplicación de esta herramienta, pero es claro que su aplicación es casuística (vid nota 19),

⁴⁸ En la Recomendación 7VG/2017, que nos correspondió investigar y resolver (párrafo 322), se definieron las características y alcance de las medidas cautelares: “El espíritu de las medidas cautelares que emite la Comisión Nacional es evitar cualquier violación a derechos humanos, de cualquier tipo. Su emisión NO está condicionada a: a) que se acredite previamente la violación a derechos humanos; por el contrario, se busca prevenir que se consuma la violación; b) que la autoridad destinataria de las medidas cautelares se le califique como responsable de violaciones a derechos humanos, sino que la propia autoridad destinataria se convierta en coadyuvante en la prevención para evitar que se cometa la violación a derechos humanos; c) que se acredite un grado específico de gravedad de los hechos que pueden derivar en violaciones a derechos humanos; d) que haya un perfil específico de las posibles víctimas de la violación a derechos humanos; e) que la afectación sea individual o colectiva, o se trate de algún grupo con especial vulnerabilidad; f) que se dirija a una o más autoridades; g) que se refiera a un mismo aspecto o varios de ellos, en función del derecho humano susceptible de ser violado.

En el siguiente párrafo, 323, se agregó “Respecto a la temporalidad de las medidas cautelares, su duración no se sujeta a un plazo determinado, ni que el mismo plazo sea único ni uniforme en todos los casos en que se emiten. Por el contrario, el plazo debe ajustarse a la naturaleza del acto que eventualmente pueda derivar en una violación a derechos humanos y a la investigación que la Comisión Nacional realice. De esa manera, es posible solicitar una prórroga de las medidas cautelares a la autoridad destinataria o bien que no se establezca un plazo determinado de duración.”

bajo la premisa de que debe haber consecuencias para la autoridad omisa.⁴⁹

G) Acceso a expedientes o a carpetas de investigación ministerial. Es una herramienta que con el tiempo se fue desfigurando, al grado que las autoridades ministeriales esgrimen como argumento que la obligación legal de sigilo de su investigación les impide dar acceso a los visitantes adjuntos a la carpeta de investigación, además de que la institución defensora de derechos humanos no es parte del caso.

Esto es una falacia. Se ha dicho y reiterado muchas ocasiones que no se requiere la totalidad de las diligencias de la carpeta de investigación ministerial, ni saber cuáles son las líneas de investigación de la autoridad de procuración de justicia y que sólo interesan aspectos concretos para contar con elementos necesarios en el expediente que está integrando a la institución pública defensora de derechos humanos.

Esto se debe superar dando vista al órgano interno de control de la fiscalía correspondiente cuando se niegue el acceso a la carpeta de investigación o se pongan trabas para ello.

H) Reconocer fe pública a la actuación de los visitantes adjuntos y generales de la institución, la que se materializa en actas circunstanciadas.⁵⁰ Es una herramienta de utilidad inmediata, que

⁴⁹ Es necesario desarrollar la argumentación al caso concreto en la Recomendación, mediante un ejercicio de adminiculación de evidencias, asimismo, se debe recomendar el inicio de procedimiento de investigación administrativa por ese hecho en particular (independientemente del PIA por los hechos violatorios de derechos humanos de las víctimas), para exigir responsabilidades en términos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que en su artículo 63 califica de desacato esa actitud de la autoridad.

⁵⁰ Fui consultado sobre el cuestionamiento a la fe pública de un visitador adjunto, por parte de un MP (que tiene fe pública), quien señaló que no se incluyó en el acta circunstanciada la realidad de los hechos. Al respecto, hice el razonamiento siguiente: Se requiere precisar la diferencia entre la fe pública de un defensor de derechos humanos y la de un agente del MP: A) La fe pública es un instrumento que otorga la ley a la(o)s visitantes adjuntos para fortalecer su función de defensores de derechos humanos. Equivale a la certificación de una actuación realizada por el visitador adjunto (toma de declaraciones y testimonios, inspección de objetos, cotejo de documentos, expedientes o archivos, visitas a lugares, entre otros), lo que implica que va más allá de la mera descripción de hechos. En un símil, es dable señalar que un documento certificado (acta circunstanciada) tiene mayor fuerza jurídica que un documento simple; B) La certificación que deriva de la fe pública del visitador adjunto tiene diversas implicaciones: a) dar veracidad a lo asentado en el acta circunstanciada, b) tener como ciertos, en su caso, los actos u omisiones de un servidor público que se describen en el acta circunstanciada, c) reconocer la calidad de evidencia del acta circunstanciada para

brinda soporte al trabajo de los investigadores de violaciones de derechos humanos

- I) Acceso a instalaciones públicas en cualquier momento, sin requerir de una solicitud previa.
- J) Entrevista a servidores públicos de manera privada y sin presencia de personal de la dependencia de adscripción de la persona a entrevistar. Esto no lo prevé la ley, pero debe exigirse, ya que se requiere que la persona entrevistada no sienta presión de ninguna índole, lo que no se consigue cuando tiene a su lado a algún servidor público de la dependencia de adscripción.
- K) Presentar denuncias ante autoridades competentes cuando de la investigación se desprendan posibles actos ilícitos. Esto podría considerarse de naturaleza dual: por un lado, una obligación institucional y, por otra, una herramienta que sustente la resolución del expediente.
- L) Calificar la reserva de la información que se reciba de las autoridades. Esto implica que no corresponde a la autoridad reservar la información como pretexto para no entregar la información a la institución. Es imperativo acotar a las autoridades en su pretensión de obstaculizar el trabajo institucional.
- M) Todas las acciones que sean necesarias para la debida investigación de los hechos violatorios. Aquí encajan aquellas acciones que las circunstancias del caso obligan a ser proactivos en la defensa de los derechos humanos, vgr. solicitar medidas cautelares de tipo verbal (levantando el acta circunstanciada respectiva).

acreditar violaciones a derechos humanos, d) generar responsabilidad para el visitador adjunto por el mal uso que pueda hacer de esa atribución que le reconoce la ley; C) La fe pública está acotada al ámbito de la actuación en el ámbito de los derechos humanos; su finalidad es generar constancias de la actuación institucional, por lo cual, deben estar integradas en el expediente de investigación en el que se actúa; D) Al tratarse de una constancia de actuación de un visitador adjunto en un expediente de la institución defensora de derechos humanos, a diferencia del MP que actúa en una carpeta de investigación, es claro que prevalece la primera por encima de la segunda. Además, la negativa de reconocer el acta circunstanciada por parte del MP se da dentro de su informe de actuación, que por ley debe rendir, a la comisión pública de derechos humanos, en su carácter de autoridad presuntamente responsable de la violación a derechos humanos.

Es una cuestión de imaginación para que haya inmediatez de actuación ante casos de premura y urgencia de actuación institucional.

Con lo anterior, es claro que corresponde a quienes realizan investigación de derechos humanos hacer valer las herramientas e instrumentos legales para llevar a cabo su importante tarea en favor del esclarecimiento de los hechos expuestos por los quejosos.

XII. Problemas durante la investigación y enfoque para resolver los casos.

En un recorrido lineal, poco común, lo que los informáticos califican como “camino feliz” el recorrido de una investigación de derechos humanos inicia con la solicitud de informes a la autoridad señalada como responsable de los hechos violatorios; la autoridad contesta y envía toda la información; se pide al quejoso externar lo que a su derecho convenga respecto a lo contestado por la autoridad; el quejoso contesta el requerimiento; quien realiza la investigación analiza las evidencias (en su caso, pide apoyo de peritos de la institución) y elabora proyecto de resolución, el cual es sometido a su superior.

Sin embargo, lo frecuente es que en el camino se presentan muchas aristas que se deben ir resolviendo: que las autoridades no contesten de inmediato; que manden información incompleta, que aleguen reserva y confidencialidad de la información, que refieran circunstancias de modo, tiempo y lugar diferente a lo que realmente ocurrió (esto soporta el argumento en la Recomendación); que se pretenda imponer condiciones o se exija a los quejosos desistirse ante la CNDH o a la comisión estatal de derechos humanos.⁵¹

⁵¹ En Recomendación 6/2018, que nos correspondió investigar y resolver, se estableció el criterio de que cualquier solicitud de la autoridad a los quejosos para desistirse de la queja es violatoria de derechos humanos. Expresamente se estableció lo siguiente:

122. Ante la inquietud e inseguridad que surgió entre los quejosos acerca de la supuesta exigencia de desistimiento de su queja ante la Comisión Nacional, es preciso señalar lo siguiente:

122.1. Ninguna autoridad, de ningún orden de gobierno, de ningún nivel jerárquico administrativo tiene facultades para imponer condiciones o requisitos a ninguna persona para que se autorice o realice un trámite (al que la misma autoridad tiene la obligación legal de llevar a cabo), de no acudir a la Comisión Nacional a presentar queja con relación al trámite que la ley le impone a la autoridad realizar o de ser quejoso ante la Comisión Nacional para ya no continuar con la queja o se desista de ella.

Para cada circunstancia de obstáculo que se presenta durante la investigación de los asuntos se requiere tener claridad y firmeza institucional para impedir que las autoridades correspondientes logren su propósito dilatador u obstructor del trabajo de la institución defensora de derechos humanos.

Los problemas que se presentan durante la investigación se resuelven haciendo valer las herramientas establecidas por la propia ley reguladora de la institución, que fueron enumeradas en el rubro anterior. Así, adquieren relevancia y trascendencia dos de las herramientas antes mencionadas: a) la facultad de interpretación (para rebatir la supuesta reserva de la información) y b) tener por ciertos los hechos (que debe acarrear consecuencia a la autoridad omisa).

122.2. Cualquier imposición de requisitos o condiciones para que las personas dejen de acudir a la Comisión Nacional o retiren una queja es *per se* violatorio de derechos humanos, pues es contrario al acceso al Ombudsman, lo que equivaldría a tomar por ciertos los hechos en términos del artículo 38 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pues se equipararía a que la autoridad deje de rendir informes a la Comisión Nacional. Además de que acarrearía responsabilidad en términos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

122.3. El alcance de los dos párrafos anteriores es aplicable a las personas que laboren o no en dependencias de gobierno en las que la autoridad pretenda imponer condiciones o requisitos para no acudir a la Comisión Nacional o para desistirse de su queja, en caso de haberla presentado.

122.4. En este esquema también se incluyen las disposiciones normativas internas de toda dependencia de gobierno, de cualquier orden de gobierno, pues es claro que el acceso a la Comisión Nacional es libre e irrestricto a todas las personas, sin importar en dónde laboren o presten sus servicios. Ninguna disposición interna de ninguna dependencia de gobierno está por encima de la Constitución, la Ley y reglamento de la Comisión Nacional. Una disposición de esa índole es contraria a las buenas prácticas legislativas en favor del mayor beneficio y alcance de los derechos humanos.

122.5. En ese contexto, en caso de existir una disposición normativa interna de esa índole es contraria a los derechos humanos, por lo que no podría hacerse valer por la autoridad para justificar actos violatorios a derechos humanos como podría ser la imposición de sanciones a quien presente queja ante la Comisión Nacional; ese tipo de sanciones al igual que la imposición de condiciones o requisitos son violatorias de derechos humanos.

122.6. Ninguna normatividad interna de ninguna dependencia gubernamental, de ningún orden de gobierno, puede prever que sus servidores públicos deben agotar procedimientos internos para resolver una inconformidad antes de poder acudir a la Comisión Nacional; es claro que el acceso al Ombudsman no puede estar supeditado a que se agote una instancia interna previa.

122.7. Por lo anterior, la Comisión Nacional hace un llamado a las dependencias de todos los niveles de gobierno a que ajusten su normatividad al espíritu protector de derechos humanos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la legislación de la Comisión Nacional.

Por otra parte, en lo relativo al enfoque que se debe dar a la investigación por violaciones de derechos humanos, es necesario iniciar estableciendo la teoría del caso, es decir, precisar todas las aristas que se desprenden del asunto (afectación individual, afectación colectiva, sectores de población en situación de vulnerabilidad), los derechos humanos que pueden ser impactados y el esquema de transversalización y progresividad del asunto que se investiga.

Por supuesto, se debe incluir la situación de las víctimas y el esquema de reparación de daño (puede plantearse su inscripción en el Registro Nacional de Víctimas desde el inicio de la investigación, vid nota 15). En la Recomendación 31VG/2019, que nos correspondió investigar y resolver, relativa al colegio colapsado con motivo de los sismos de 2017 (párrafos 55-60) se exhibe la poca sensibilidad de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) para la inscripción de víctimas en su Registro.⁵²

Lo anterior significa que se debe visualizar el caso como una oportunidad para avanzar en el desarrollo de la defensa y cobertura de protección a mayores sectores de la población. Un caso en lo individual puede ser motivo para establecer propuestas de políticas públicas para contar con más y mejores condiciones, así como mayor extensión de cobertura de protección de los derechos humanos.

XIII. Sugerencias prácticas y otras cuestiones a considerar.

Con la experiencia que proporciona la atención y resolución de múltiples casos atendidos en los últimos años, es dable formular las siguientes sugerencias prácticas en la atención de los expedientes de violaciones de derechos humanos.

- A) Lograr confianza con los testigos y quejosos. Es necesario e importante dedicarles el tiempo y espacio que requieran para exponer su situación o testimonio.
- B) Aprovechar las entrevistas a testigos y quejosos para lograr conocer a detalle las circunstancias de modo, tiempo y forma en que sucedieron los hechos. Es importante pedir a la persona que se entrevista que aporte las evidencias con las que cuenta (fotos, videos, documentos) o que señale dónde se pueden obtener, así como los nombres de otros testigos o personas que pueden aportar datos a la investigación.

⁵² Vid Observaciones y Comentarios de la Recomendación 31VG/2019, en Guadarrama López, E., *Defensa ...*, op cit., pp. 610-613.

- C) Para mayor seguridad del personal que realiza la investigación en el lugar de los hechos, es necesario establecer como regla de actuación que acudan por lo menos dos personas.
- D) Incluir en el equipo de investigación de campo a los peritos, a los médicos, a los psicólogos (para hacer labor de contención de víctimas), es decir, procurar que se integre un equipo multidisciplinario para cubrir las diferentes aristas de la investigación.
- E) No exponer la seguridad personal de quienes van al lugar de los hechos a realizar la investigación. En caso de zonas geográficas de suma peligrosidad o ante una comunidad renuente a colaborar se debe tener tacto y prudencia para evitar confrontación, represalias o situaciones de riesgo físico.

De manera adicional, se pueden presentar otras situaciones, que deben ser contempladas para su resolución. Identifico dos de ellas:

- A) Recepción y valoración de testimonios encontrados o contradictorios sobre los mismos hechos.⁵³ En este supuesto es imprescindible un ejercicio de adminiculación de evidencias para determinar cuál testimonio tiene mayor credibilidad.

En ocasiones, ante las circunstancias particulares de un caso, es factible recabar testimonios anónimos, aunque para su valoración requieren ser confrontados con otros testimonios y con las evidencias que se hayan recabado.⁵⁴

⁵³ Ante la pregunta ¿Qué hacer como organismo público defensor de derechos humanos ante una situación así? la respuesta incluye varios aspectos: a) Es necesario hacer un ejercicio de valoración para determinar la idoneidad del testimonio. Al final prevalece el testimonio que se encuentra sustentado con otras evidencias, las cuales no necesariamente son aportadas por los quejosos o víctimas; b) Reprobar este tipo de acciones de parte de particulares, quienes sólo buscan entorpecer la investigación de la institución, pero pueden generar confusión en quienes leen la Recomendación, pues podrían suponer una posible parcialidad institucional; c) Aunque es criticable una declaración falsa ante una comisión pública de derechos humanos, la cual puede ser equiparada a una declaración falsa rendida ante autoridad, lo cierto es que no tiene consecuencia alguna para quien la comete; d) Sólo resta exhibir a quien incurre en esa práctica contraria a derechos humanos, buscando inhibir y disuadir a otras personas que pudieran incurrir en una situación similar.

⁵⁴ Así se hizo en el caso Nochixtlán donde “se privilegió la búsqueda de conocer la verdad de los hechos”. Guadarrama López, E., *Defensa...*, *op cit.*, p. 225. En ese sentido, durante la investigación de campo se puso a disposición de la comunidad un número gratuito (01800) y se distribuyeron volantes para invitar a la gente a presentar sus quejas y testimonios; se

- B) Contradicción en los informes de las diversas autoridades. Esta situación, sin más, da pauta a la argumentación en la Recomendación para acreditar la violación a derechos humanos.

XIV. Elaboración de Recomendaciones

En la redacción de la Recomendación, además de considerar la estructura que establece la ley reguladora de la institución (Hechos, Evidencias, Situación jurídica, Contexto, Observaciones jurídicas y Puntos recomendatorios) hay aspectos específicos que se deben considerar para tener una Recomendación sólida en lo jurídico y asequible en su comprensión. Estos aspectos los agrupo en cuatro apartados: a) de carácter general, b) de estructura del documento, c) de argumentación jurídica, d) de puntos recomendatorios.

A) De carácter general

- a) Procurar un documento de poca extensión.
- b) Procurar un lenguaje accesible o “ciudadano” para que la lectura del documento sea de fácil comprensión. Se cuestiona que el lenguaje de las Recomendaciones es demasiado técnico.⁵⁵

ofrecieron garantías de privacidad y reserva de información (párrafo 89, Recomendación 7VG/2017).

⁵⁵ Es necesario atender uno de los puntos de crítica más fuertes al trabajo de las instituciones protectoras de derechos humanos. Guadarrama López. E. señala que: “Se está consciente de la importancia de un lenguaje de derechos humanos asequible a la gente. Sin embargo, en la actualidad hay tres circunstancias que no se pueden obviar: a) la ley y el reglamento de la CNDH establecen la estructura que debe tener una Recomendación, lo que implica una obligación legal en cuanto a la estructura del documento; b) es frecuente que las autoridades cuestionen jurídicamente la actuación de la institución, lo que obliga a recurrir a expresiones y a un lenguaje “técnico”; c) los propios quejosos en ocasiones recurren a los tribunales cuando consideran que la institución no atendió debidamente su asunto; lo hacen con el apoyo de abogados lo que lleva implícito tener que resolver las diferencia sobre la base de un lenguaje técnico-jurídico.

Sin que sea una excusa o una justificación, esas circunstancias particulares orillan a continuar con un esquema formalista; esto a su vez parece estar en contradicción con las finalidades de agilidad y sencillez que caracterizan la actuación de los Ombudsperson en el mundo.

¿Qué hacer al respecto? Es claro que no se puede bajar el rigor en la investigación de los hechos ni en la investigación jurídica, máxime que la Recomendación es susceptible de ser parte de un litigio ante tribunales o ser impugnada por las autoridades para no ser aceptada. Propongo dos alternativas: 1) en cuanto al texto de la Recomendación, a fin de aligerar su extensión en aquellos casos en que se rebasen un número determinado de hojas o cuartillas, se podría enviar a anexo el apartado de evidencias y el de situación jurídica; de esa manera el lector sólo acudiría al anexo cuando tenga interés en revisar las evidencias. 2) Elaborar un resumen de la Recomendación en el que no se utilicen, salvo lo estrictamente necesario, las expresiones técnico-jurídicas; se trataría de hacer una suerte de traducción al lenguaje

- c) No incluir actuaciones internas del personal de la comisión pública de derechos humanos. Se trata de un documento institucional y no de una de sus áreas. Cualquier referencia debe ser a diligencias de la institución vgr. actas circunstanciadas de visitadores adjuntos o peritajes de los peritos de la comisión pública de derechos humanos.
- d) Transcribir sólo los preceptos de la ley u ordenamiento jurídico que se considera fueron violentados con la actuación de las autoridades. En ese tenor, sólo incluir los preceptos de las convenciones internacionales aplicables al caso.
Asimismo, sólo incluir la parte aplicable de los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

B) De estructura del documento

- a) Transcribir la parte sustancial o relevante de los documentos que sirven de evidencia al caso; esto implica que no se incluya toda la declaración o informes de la autoridad o todo el contenido de un dictamen pericial.
- b) No incluir como evidencias oficios de autoridades dirigidos a otro servidor público solicitando informes para responder a la comisión pública de derechos humanos.

C) De argumentación jurídica

- a) Admnicular los hechos, las evidencias y las circunstancias particulares que presenta el caso en particular, para dar solidez a la argumentación jurídica que sustente la acreditación de las violaciones de derechos humanos.
- b) Realizar observaciones jurídicas aplicables al caso en cuestión, de las normas legales y convencionales que se considera fueron incumplidas, inobservadas o quebrantadas, por parte de los servidores públicos responsables de las violaciones de derechos humanos. En ese tenor, es necesario hacer un ejercicio de

coloquial de aquello que se abordó en la Recomendación y las consideraciones hechas por la Comisión Nacional. En este punto, juegan un papel importante los criterios de interpretación o precedentes, pues reflejan de manera clara el enfoque que da la institución a los asuntos que resuelve.” Vid. *Defensa..., op cit.*, pp. 42-43.

- aplicación al asunto en particular, de los criterios jurisprudenciales, nacionales e interamericanos.
- c) Precisar la conducta atribuible al servidor público responsable de las violaciones de derechos humanos.
 - d) Incluir de manera detallada, en su caso, la poca colaboración de las autoridades para rendir informes a la institución. De esta manera se refuerza el documento.
 - e) Incluir un apartado por cada derecho humano violado en el que el primer párrafo enumere las evidencias con las que se cuentan para acreditar las violaciones a derechos humanos.
 - f) Analizar, una a una, las evidencias enumeradas en el párrafo inicial, haciendo referencia a los hechos que se investigan. Es necesario administrar las evidencias para dar mayor soporte al documento.
 - g) Incluir, en su caso, un análisis sobre un comportamiento institucional o patrón de actuación de los servidores públicos que provocan las violaciones a derechos humanos.
 - h) Incluir, en su caso, un análisis de la responsabilidad institucional (por acciones u omisiones) generadora de violaciones de derechos humanos.
 - i) Precisar de manera personal, a quienes se les reconoce la calidad de víctimas (directas e indirectas), así como el tipo de reparación de daño que debe cumplir la autoridad y la manera específica de dar cumplimiento al mismo.
 - j) Incluir un análisis sobre áreas de vulnerabilidad de derechos humanos y de sectores poblacionales susceptibles de violaciones de derechos humanos. Es importante trascender del caso particular a una situación general que requiere ser atendida con políticas públicas específicas.
 - k) Incluir un apartado que incluya los casos de recomendaciones dirigidas a la misma autoridad sobre hechos parecidos (se va generando precedente). Sirve para que la autoridad conozca que hay una reiteración de conducta de sus servidores públicos.
- D) De puntos recomendatorios

- a) Incluir un apartado sobre las acciones concretas que debe realizar la autoridad destinataria para que se pueda calificar de cumplida una Recomendación.
- b) Incluir acciones con enfoque de políticas públicas encaminadas a superar la problemática que derivó en las violaciones de derechos humanos del caso en particular, pero que puede provocar nuevos casos en lo sucesivo.
- c) Incluir, en su caso, las deficiencias, insuficiencias, contradicciones, o imprevisiones legales que deben ser superadas para contar con una mayor cobertura de protección de los derechos humanos. En su caso, dar vista al órgano legislativo para que atienda esa situación.
- d) Solicitar a la autoridad destinataria de la Recomendación la designación de un servidor público que tenga nivel jerárquico para que funja como enlace para el seguimiento de la Recomendación. De esa manera se evita la dispersión o pretexto de la autoridad que recibe la Recomendación para cumplir los puntos recomendatorios específicos que le fueron formulados.

Una manera de uniformar el texto de las Recomendaciones es contar con una *Guía para elaborar Recomendaciones*, en la que se incluyan los aspectos antes enlistados, para lograr sistematizar y uniformar institucionalmente los documentos de Recomendación que se emitan.⁵⁶

Se parte de una plantilla base que contiene la estructura común de toda Recomendación, la cual sigue los rubros que exige la ley reguladora de la institución (Hechos, Evidencias, Situación jurídica, Contexto, Observaciones jurídicas y Puntos recomendatorios).

La plantilla establece el diseño de página y formato que debe tener el documento (tipo de letra, interlineado, márgenes,). Asimismo, incluye los párrafos que son inamovibles, sin importar el caso de que se trate.

Luego se establecen las reglas e indicaciones para el llenado de cada de uno de los rubros de la Recomendación y se precisa la manera de establecer los

⁵⁶ Así se hizo en la Segunda Visitaduría General en la CNDH, durante el periodo 2015-2019. Se contó con la *Guía para el diseño y elaboración de Recomendaciones*, elaborada por Laura Treviño Lozano y Enrique Guadarrama López. La Guía fue utilizada por los proyectistas de las Recomendaciones que fueron emitidas en ese periodo.

acrónimos, las tablas que resumen la situación jurídica y la manera como se deben hacer las citas de tesis de jurisprudencia, de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) y de informes o documentos de instancias internacionales.

XV. Jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos.

Hay un hecho incontrovertible: el sistema no jurisdiccional de derechos humanos requiere ser fortalecido, para estar en aptitud de cumplir cabalmente la función constitucional que le fue asignada. Se requiere imaginación y creatividad para buscar fórmulas que coadyuven en el fortalecimiento del Sistema.

En este trabajo se han señalado algunas de las dificultades que enfrentan, en su trabajo cotidiano, las comisiones públicas de derechos humanos, ante actitudes casi sistemáticas de las autoridades (la frecuente falta de respuesta oportuna, la obstrucción en el acceso a los expedientes ministeriales, el retraso en el cumplimiento de las Recomendaciones, entre otros).

La Recomendación sigue siendo la pieza angular del trabajo del Ombudsman, aunque en la realidad se ha desvanecido su eficacia con lo que califico como una “*práctica institucional contraria a derechos humanos*”, de parte de las autoridades receptoras de la Recomendación, al aceptar ésta, pero dar largas a su cumplimiento. Es más fácil su aceptación, para evitar mala imagen en la opinión pública, pero asumir de facto una actitud de retraso y poco compromiso para realizar las acciones, actos y programas necesarios para acreditar que se cumplen los puntos recomendatorios.

El camino que sugiero no va por el rumbo de buscar que las Recomendaciones adquieran obligatoriedad (pues rompería la naturaleza de la institución del Ombudsman), pero sí que los criterios de interpretación que de ellas se desprendan tengan mayor fuerza y repercusión práctica. Considero se debe dar un paso adelante y establecer las condiciones para que los criterios establecidos por las comisiones de derechos humanos en sus Recomendaciones adquieran un estatus jurídico especial, a la luz de lo establecido en el artículo 1º constitucional. Los criterios encajan, de manera natural, en el esquema de interpretación conforme prevista en ese precepto constitucional.

A lo largo del presente trabajo se ha dado cuenta de diversos criterios de interpretación establecidos en Recomendaciones de la CNDH: a) nota 7,

empresas y derechos humanos, b) nota 8, definición de responsabilidad institucional, c) nota 13, uso arbitrario de la fuerza, d) nota 15, inscripción de víctimas en el Registro Nacional de Víctimas, e) nota 30, características de una propuesta de conciliación, f) nota 31, características y alcance de las medidas cautelares, g) nota 34, desistimiento de los quejosos inducido o exigido por la autoridad es violatorio de derechos humanos. Asimismo, he planteado otros dos criterios: nota 33, alcance de la fe pública de los visitantes adjuntos y nota 36, contradicción en declaraciones de testigos.

El común de todos esos criterios de interpretación es la búsqueda de precisar la relevancia de figuras, herramientas, mecanismos de acceso a la institución, para fortalecer los derechos humanos de las víctimas. El objetivo es claro: acotar la discrecionalidad de las autoridades frente a su obligación de respetar derechos humanos. Ya se señaló (vid nota 4) que se buscó tener una mirada amplia, transversal y de progresividad al resolver los casos, lo que motivaba a generar criterios de interpretación que rebasaran el caso concreto y trascendiera al esquema general de protección de los derechos humanos. Ante la relevancia que deben tener los criterios de interpretación y la no obligatoriedad de las Recomendaciones se plantea la propuesta siguiente:

- a. Denominar “*tesis de jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos*”⁵⁷ a los criterios de interpretación que se desprenden de las Recomendaciones emitidas por la CNDH y las comisiones estatales de derechos humanos. Dentro del sistema no jurisdiccional de derechos humanos se va arraigando la expresión *ombudsprudencia*.
- b. Reconocer obligada observancia a las tesis de jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos, la cual comprenda no sólo a las autoridades destinatarias de la Recomendación, sino a todas las autoridades de la administración pública.
- c. Los criterios de jurisprudencia pueden referirse estrictamente a cuestiones jurídicas, pero pueden comprender aspectos de metodología de trabajo o situaciones prácticas que coadyuven al

⁵⁷ He definido la “*tesis de jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos*” como “aquellos criterios de interpretación jurídico-prácticos de la CNDH (y comisiones estatales de derechos humanos) que se esgrimen en sus Recomendaciones, para sustentar y acreditar violaciones a derechos humanos”. Vid Guadarrama López, E., *Introducción en Defensa...*, *op cit.* p. 37.

fortalecimiento del trabajo institucional en aras de una mejor cobertura de protección de los derechos humanos.

- d. La obligatoriedad de las tesis de jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos se puede alcanzar por una triple vía:
 - a. Reiteración de criterios jurisprudenciales en 5 Recomendaciones, sin importar que sean distintas las autoridades destinatarias de las mismas, ni el tiempo transcurrido entre el primer y el quinto asunto.
 - b. Un criterio jurisprudencial establecido en una Recomendación calificada de violaciones graves. En este supuesto no se requiere la reiteración de asuntos, pues basta que se establezca en una sola Recomendación para tener el carácter de tesis de jurisprudencia no jurisdiccional.
 - c. Un criterio jurisprudencial establecido en una Recomendación de la CNDH, que resuelve una inconformidad (queja o impugnación), en su carácter de instancia revisora de las resoluciones de las comisiones estatales de derechos humanos. En este supuesto no se requiere la reiteración de asuntos, pues basta que se establezca en una sola Recomendación para tener el carácter de tesis de jurisprudencia no jurisdiccional.
- e. La obligatoriedad de las tesis de jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos requiere estar prevista en la ley reguladora de la CNDH, en el capítulo de Recomendaciones. Asimismo, en las leyes de las comisiones estatales de derechos humanos.
- f. La obligatoriedad de las tesis de jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos implicaría exigir en cada caso en particular, a la autoridad destinataria de la Recomendación, cumplir en un plazo determinado por el propio organismo público de protección de los derechos humanos, los puntos recomendatorios sustentados en la tesis en cuestión. En caso de incumplimiento se exigiría responsabilidad administrativa, en términos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.
- g. Se requiere adecuar la Ley General de Responsabilidades Administrativas, para prever como causal de responsabilidad administrativa, la inobservancia de los criterios de interpretación

derivados de las tesis de jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos.

Conclusiones

Uno. Un investigador de violaciones de derechos humanos debe asumir la importancia de realizar una debida investigación de los hechos violatorios para evitar la impunidad de los responsables y para que las víctimas reciban una reparación de daños acorde a la afectación que sufrió.

Dos. Es importante contar con una metodología para investigar violaciones de derechos humanos, en la cual se debe considerar además de lo previsto en la ley, el perfil personal de compromiso y convicción personal por la defensa de los derechos humanos.

Tres. La credibilidad de una investigación por violaciones a derechos humanos se sustenta en la objetividad del trabajo, la sustentación jurídica, la integralidad de los rubros de investigación y la flexibilidad en el desarrollo de la investigación.

Cuatro. La Recomendación debe ser un documento que además de resolver el caso concreto, incluya, cuando el caso lo amerite, criterios de interpretación encaminados a lograr un avance en el desarrollo de los derechos humanos.

Cinco. Se requiere impulsar la obligatoriedad de la denominada “jurisprudencia no jurisdiccional en derechos humanos”, a fin de que haya repercusión efectiva de los argumentos de los organismos públicos de protección de derechos humanos, en el esquema de defensa de los derechos humanos de las víctimas frente a las autoridades responsables de violaciones de derechos humanos.

Fuentes de consulta

Guadarrama López, E., *Defensa de los Derechos Humanos: Esquema práctico*, (2021) Editorial Tirant lo Blanch.

Guadarrama López, E.-Treviño Lozano, L., *Guía para el diseño y elaboración de Recomendaciones*, (2016), CNDH.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos:

Recomendación 9/2016, de 29 de febrero de 2016

Recomendación 65/2016, de 22 de diciembre de 2016

Recomendación 7VG/2017, de 17 de octubre de 2017
Recomendación 6/2018, de 28 de marzo de 2018
Recomendación 4/2019, de 6 de marzo de 2019
Recomendación 72/2019, de 24 de septiembre de 2019
Recomendación 31VG/2019, de 12 de noviembre de 2019
Recomendación General Número 37 Sobre el respeto y observancia de los
derechos humanos en las actividades de las empresas, de 21 de mayo
de 2019

“Derecho de Autor como Derecho Humano: Análisis del conflicto”.

Copyright as a Human Right.

Carrillo Garibay Diego Santiago⁵⁸

Sumario: I. Introducción. II. Propiedad intelectual y derechos humanos: la tensión en los sistemas III. Fundamento de los derechos de autor como derechos humanos. IV. Los derechos de autor como derechos humanos: análisis del conflicto. V. La función social de los derechos de autor. VI. Conclusiones VII. Bibliografía.

Resumen

El presente texto tiene como objetivo analizar y explicar por qué los sistemas de propiedad intelectual y de derechos humanos se encuentran en conflicto. Parte de la hipótesis, que el modelo mercantilista que actualmente rodea al sistema internacional del derecho de autor ha juzgado prematuramente que tales libertades no forman parte de los derechos humanos. Ello a raíz de la fuerte tensión que existe entre los intereses de los autores y los de la colectividad. Siendo estos últimos quienes reclaman el libre acceso y participación en la vida cultural desde los nuevos mercados globalizados, tecnológicos y digitales.

Esto ha ocasionado que la función social del derecho de autor, revalorizada por la dignidad humana de los autores, sea un tema periférico o secundario, pues se pondera con mayor énfasis el beneficio económico e individualista que deriva de los productos intelectuales vistos como propiedad privada, que

⁵⁸ Candidato a Doctor en Derechos Humanos por la Universidad de Guadalajara. Maestro en Política Públicas por la Universidad de Guadalajara. Licenciado en Derecho por la Universidad del Valle de Atemajac. Consejero propietario del consejo ciudadano de la CEDHJ. Profesor de pregrado y posgrado en asignaturas corte derecho público en la: Universidad del Valle de Atemajac, Universidad Marista de Guadalajara, Escuela Bancaria y Comercial y Colegio Libre de Estudios Universitarios. Líneas de investigación e intereses académicos: los DESCA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9395-6479>

el propio aporte social, científico, cultural y de desarrollo que representa el acto de creación y de la libre manifestación de las ideas.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, derechos de autor, propiedad intelectual.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze and explain why intellectual property and human rights systems are in conflict. It parts from the hypothesis that the mercantilist model that currently surrounds the international copyright system has prematurely judged that such freedoms are not part of human rights. This is due to the strong tension that exists between the interests of authors and those of the community. The latter are the ones who demand free access and participation in cultural life from the new globalized, technological and digital markets.

This has caused the social function of copyright, revalued by the human dignity of the authors, to become a peripheral or secondary issue. Since the economic and individualistic benefits derived from intellectual products seen as private property are given greater emphasis than the social, scientific, cultural and developmental contribution represented by the act of creation and the free manifestation of ideas.

KEY WORDS: human rights, copyright, intellectual property.

I. Introducción

El derecho de autor a lo largo de su historia ha recibido una atención dispar comparada con la de los derechos humanos. Con la aparición de la informática y el internet se han presentado desde los sistemas de propiedad intelectual y de derechos humanos nuevas formas de tensión y colisión entre derechos que parten de los intereses de los creadores y de los consumidores de activos intangibles, esto ha permitido identificar varias aristas de la propiedad intelectual que colisionan con los derechos humanos, por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho a la información, el derecho de asociación, el derecho a la educación, el derecho a disfrutar de las artes y los beneficios de la ciencia y los propios derechos de autor.

A lo largo del tiempo esta tensión se ha ido agravando, principalmente a partir de la aparición de tratados internacionales en materia de propiedad intelectual de los cuales se da cuenta que han ignorado por completo los alcances de los derechos humanos. Principalmente derivado de aquellas acciones relacionadas con la protección de las ideas por medio de los activos intangibles, activos que son sujetos de derechos y de reglas particulares. Ocasionado con ello que el enfoque en los sistemas de propiedad intelectual haya puesto más atención en los modelos capitalistas o patrimonialistas, que en los modelos de función social o beneficio colectivo, que buscan proteger los derechos humanos. Sin embargo, una de las tesis más importantes que se abordan desde esta investigación, es el hecho de argumentar por qué los derechos de autor sí son derechos humanos, ya que existe suficiente y sólida evidencia para fundamentarlo y sostenerlo, así como el por qué es importante apostarle a la revalorización de la dignidad de los autores por medio de la función social de los derechos de propiedad intelectual desde el enfoque humanista que nos ofrecen los derechos humanos.

Bajo este tenor se identifican múltiples instrumentos de corte universal que elevan a la categoría de derechos humanos al derecho de autor, el cual encuentra ahí mismo algunas de sus principales limitaciones en favor o en contra del acceso a la cultura, y otros derechos humanos (Rodríguez: 2004 48). Sin embargo, sería sumamente limitado afirmar que los derechos de autor son derechos humanos por el simple hecho de encontrarse tipificados desde los instrumentos jurídicos internacionales, no obstante, es la tendencia académica que persiste, y es por ello que resulta importante justificar cómo es que la función social desde el enfoque de derechos humanos deberá ser una máxima por alcanzar, pues de entrada ello permitirá proponer y ejecutar los equilibrios necesarios para resolver la tensión y la colisión entre los sistemas y sus derechos, por ejemplo, por medio de los ejercicio de ponderación o por medio del establecimiento de limitaciones y excepciones a los derechos de explotación.

Es así que reconocer al derecho de autor como un derecho humano, será la manera más fuerte de integrar de forma correcta los diferentes intereses que deben equilibrarse para asegurar la existencia de acciones capaces de generar progreso humano, y garantizar el acceso a dichos medios de todas y cada una de las personas en las distintas sociedades, sin consideración a la riqueza que cada una posea.

De todo lo anterior se partirá de estudiar la tensión existente entre los sistemas de propiedad intelectual y de derechos humanos, después se analizará el fundamento teórico y jurídico que sostienen que el derecho de autor sí es un derecho humano, finalmente a partir del análisis del conflicto entre los sistemas se argumentará por qué la función social de los derechos de autor se encuentra desestimada y no ha logrado ser considerada como una máxima que sustente la dignidad humana de los creadores culturales. Se concluye que existen grandes áreas de oportunidad para ambos sistemas desde la visión de los derechos humanos, cuyos enfoques humanistas no deberán desaparecer, sino evolucionar, equilibrarse y coexistir.

II. Propiedad intelectual y derechos humanos: la tensión en los sistemas

En principio relevante es cuestionar qué es la propiedad intelectual y por qué resulta ser una materia que hoy se encuentra en conflicto y en el debate público en comparativa con los sistemas internacionales de los derechos humanos.

La *World Intellectual Property Organization* (2022), define que: la propiedad intelectual se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias, científicas y artísticas, así como símbolos nombres e imágenes utilizados en el comercio.

Parte de las ideas que se materializan por sus creadores y que pueden ser protegidas y reconocidas por instituciones gubernamentales a partir de diferentes figuras jurídicas que desde las normas internacionales y locales se establecen. Generándose así activos intangibles bajo la naturaleza jurídica de ser bienes personales y reales, mismos que podrán heredarse, enajenarse, y licenciarse.

La denominación de propiedad intelectual fue tomada en cuenta a partir del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o Convenio de Estocolmo (artículo 2º), sin embargo, mucho se ha advertido sobre que el nombre resulta engañoso al referirse al término como propiedad, cuya definición incluso ha ocasionado confusión al creerse que propiedad se vincula a una naturaleza de orden civil.

Eduardo de la Parra Trujillo (2014, pág.5) prefiere llamarles derechos intelectuales pues considera que resulta ser una denominación más apropiada, pues, al menos, es más precisa que el concepto de propiedad intelectual, por ende, el derecho intelectual está dejando de ser una materia olvidada, para convertirse en una subdisciplina cuyo conocimiento básico es indispensable para cualquier persona en el siglo XXI.

Efectivamente, en una época de desarrollo tecnológico, telecomunicaciones, acercamiento cultural y comercio internacional, el derecho intelectual se ha convertido en un actor fundamental de las relaciones sociales de la llamada sociedad de la información o era del conocimiento (De la parra, 2014: págs. 4-5). La propiedad intelectual es actualmente un sistema internacional que conjunta una serie de figuras jurídicas con pocas cosas en común que esta dividida en dos grandes universos: la propiedad industrial y los derechos de autor.

Por el lado de los derechos de propiedad industrial tenemos en primer lugar a las invenciones, cuyas figuras protegidas son las patentes, modelos de utilidad y diseños o dibujos industriales. En segundo lugar, se encuentran los signos distintivos donde se localizan a las marcas, avisos comerciales, marcas no tradicionales, denominaciones de origen e indicaciones geográficas.

Hay otras figuras jurídicas que podemos citar, como los secretos industriales y las franquicias, que cumplen con la función de cubrir y hasta caracterizar ciertos procesos de naturaleza intelectual que no precisamente pueden ser protegidos por las figuras antes citadas, por ejemplo, una receta secreta, o bien el *know-how* técnico de una empresa, visto como ventaja comercial y competitiva.

Consideremos entonces las anteriores figuras de propiedad industrial como derechos que pueden generar en su uso exclusividad y que estarán basados en principios de temporalidad, territorialidad y originalidad. Importa destacar la innovación, la aplicación industrial y la novedad, cuyo impacto en la sociedad busca premiar las ideas, la tecnología, así como incentivar el desarrollo económico de un país, por medio de la generación de riqueza y del reconocimiento de la titularidad exclusiva y temporal del intelecto.

Del otro universo se encuentran los derechos de autor, con impulso e impacto en la cultura. Aquí encontramos figuras como los derechos de autor por medio de la creación de obras científicas, literarias o artísticas, los

derechos conexos, las reservas de derechos al uso exclusivo, los derechos *sui generis* sobre las bases de datos, derechos de propia imagen (que están cobrando relevancia e impacto en lo jurídico), los derechos sobre las culturas populares y pueblos originarios, así como los derechos sobre símbolos patrios, con un nuevo énfasis en la protección y enfoque desde los derechos culturales que tutelan el patrimonio cultural material e inmaterial.

Es así como todos los días podemos ejercer y materializar nuestros derechos humanos (la libertad de expresión, el derecho a la información, el derecho de asociación, el derecho a la educación, el derecho a disfrutar de las artes y los beneficios de la ciencia y los derechos de autor) por medio de la múltiples figuras la de propiedad intelectual, por ejemplo, al leer libros, consultar un artículo científico en bases de datos, apreciar obras de arte, utilizar en nuestro teléfono móvil alguna aplicación, escuchar música, ver una películas, e incluso cuando tomamos medicamentos para tratar nuestras problemáticas de salud. Sin embargo, en muy pocas ocasiones advertimos que todas estas actividades tienen y cuentan con propiedad intelectual incluida y materializada, e incluso hasta protegida legalmente.

Es así como la universalidad de la propiedad intelectual y la de los derechos humanos, multiplica las interacciones y/o tensiones entre los dos sistemas y la posibilidad de que puedan colisionar entre sí.

Esta relación conflictiva ha estado en el centro de la investigación académica en las últimas dos décadas, pues se han analizado exhaustivamente las diversas instancias en las que surgen conflictos y se han propuesto soluciones capaces de equilibrar las reclamaciones contrapropuestas de propiedad intelectual y derechos humanos (Spina-Alí, 2020, pág. 2).

Es así que el postulado básico de esta discusión es que la evolución del derecho internacional de los sistemas de propiedad intelectual y el de los derechos humanos, han tomado rumbos muy distintos. Y es que la propiedad intelectual no ha resultado ser efectiva a la hora de posibilitar un adecuado acceso a los bienes culturales y tecnológicos por parte de la población, y tampoco ha logrado proteger adecuadamente los intereses morales y patrimoniales, en caso de los derechos de autor, de los artistas. Es decir que, debido al entorno principalmente mercantil de creación y distribución de contenidos culturales y creativos, la población solo puede acceder a ellos mediante intercambios comerciales o si se produce una intervención de

organismos públicos, representando esto una barrera para aquellos sectores sociales con carencias económicas (Ramos, 2018, pág. 16).

Por otro lado, en menor medida se han analizado casos en los que las reclamaciones de derechos de propiedad intelectual y derechos humanos colaboran en lugar de chocar, siendo la interacción entre los derechos de autor y el derecho a la cultura. Gabriele Spina Ali (2020, pág. 3) sostiene que existen tres patrones de interacción entre la propiedad intelectual y los derechos humanos: el reconocimiento, el conflicto y la cooperación.

El reconocimiento ocurre cuando la propiedad intelectual adquiere el mismo rango que el de los Derechos humanos. El conflicto ocurre cuando dos derechos considerados humanos interfieren entre sí.

Finalmente, la cooperación ocurre cuando los derechos operan de forma sinérgica. Así, partir de los instrumentos primarios de regulación universal de propiedad intelectual y de derechos humanos hacen recodar las disposiciones plasmadas desde la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, que reconoce en su artículo XIII, párrafo segundo el derecho material y moral de los autores, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce ambos derechos desde su artículo 27 y el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que lo hará desde su artículo 15 al poner el acento en los derechos de acceso a la cultura, el gozar de las artes, el disfrutar de los aportes del progreso científico, así como el reconocimiento y protección a los intereses derechos morales y materiales de los autores.

Importante es señalar que dichas disposiciones (declaración americana, universal y el pacto internacional DESC) reconocen la ambigüedad de la relación entre la propiedad intelectual y los derechos humanos. Por un lado, protegen los derechos humanos de los autores sobre sus creaciones, mientras que, por el otro, reconocen principalmente el derecho del público en general a beneficiarse del progreso cultural y científico. En otras palabras, reconocen la tensión entre el acceso público y los incentivos a la creatividad inherentes al sistema de propiedad intelectual (Spina-Ali, 2020, pág. 6).

La tensión se ha agravado, pues los tratados de propiedad intelectual han ignorado por completo las implicaciones de los derechos humanos, principalmente asociadas con la protección de las ideas por medio de los activos intangibles, mismos que son sujetos de derechos y de reglas muy

particulares, y cuyo enfoque ha puesto más atención en los modelos capitalistas o patrimonialistas, que en los modelos de función social o beneficio colectivo, agravándose el conflicto y la tensión entre los sistemas ya citados.

Spina Alí (2020, pág. 6) sostiene que de lo anterior, sólo se produjo un cambio de dirección en 1994, con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Es cierto que el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, no reconoce a los derechos humanos como tales, pero sí contiene disposiciones con innegables implicaciones en derechos humanos, por ejemplo, el artículo 7, reconoce que la propiedad intelectual encontró su razón de ser en la necesidad de fomentar el desarrollo tecnológico y cultural, que deberá ser propicio para el bienestar social y económico, y esto debe conducir a un equilibrio de derechos y obligaciones (Spina-Alí, 2020, pág. 6).

Lo anterior busca argumentar por qué a lo largo del Siglo XX, casi a la par, los países occidentales trabajaron frenéticamente para ampliar y armonizar el alcance de los derechos de propiedad intelectual en el mundo entero, por ejemplo en México lo fue a partir de la entrada en vigor del extinto Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1995. Pues la principal preocupación era la maximización de los intereses corporativos basados en investigación y desarrollo, olvidando casi por completo la dimensión de derechos humanos de la propiedad intelectual, que justo es el debate que aquí se expone, es decir, por qué debe importar la función social de los derechos de propiedad intelectual comparado con los intereses mercantiles o comerciales que buscan las políticas de libre mercado a nivel mundial.

El resultado fue, que los defensores de los derechos humanos afirmaran la supremacía de los derechos humanos sobre los derechos de propiedad intelectual, olvidando buscar un justo equilibrio entre intereses sociales y privados. Bajo el argumento que los derechos humanos encuentran su razón de ser en la dignidad humana y por eso, son generalmente inalienables, irrevocables y universales. Mientras que los derechos de propiedad intelectual son otorgados por los gobiernos, dependen de estrictos requisitos legales, son limitados en el tiempo, pueden ser enajenados y revocados, e incluso pueden ser propiedad de empresas, es decir en suma, es

una postura radicalizada y supraconservadora la que hoy sostiene que los derechos de propiedad intelectual no son derechos humanos.

Esta postura inicial pronto fue remplazada por el reconocimiento de la dificultad de la relación entre los sistemas, partiendo de la premisa sobre que, aunque la propiedad intelectual necesariamente restringe la circulación de bienes culturales y tecnológicos, proporciona incentivos económicos necesarios que permiten prosperar la innovación científica y la diversidad cultural (Spina-Alí, 2020, pág. 9). O bien, por ejemplo, en los sistemas de derechos de autor, otorgando el monopolio temporal sobre los derechos de explotación de las obras como incentivo para que los autores sigan creando y produciendo activos culturales para ellos y la sociedad, para después pasar al dominio público.

Del sustento anterior, existen dos consideraciones que contribuyen a la caída de la supremacía de los derechos humanos sobre los derechos de propiedad intelectual. La primera el hecho de que varios instrumentos elevan a la propiedad intelectual al mismo rango que los derechos humanos, por ejemplo, los derechos de autor y el derecho de acceso a la cultura. La segunda es que las obligaciones en conflicto con los derechos humanos y propiedad intelectual a menudo pueden conciliarse, por ejemplo, por medio del principio de proporcionalidad y de ponderación como forma de solución de conflictos entre derechos humanos, o bien por medio de otro tipo de modelos más abierto, por ejemplo, el de licencias libres u obligatorias que promueve la asociación sin fines de lucro *Creative Commons*.

De todo lo anterior, es viable centrarse en algunas premisas teóricas sobre el justo equilibrio de los sistemas: 1. El utilitarismo como aquella idea orientada al mercado que ve la exclusividad como una herramienta para maximizar la innovación y la riqueza, pero no siendo la única justificación teórica de la propiedad intelectual. 2. Las teorías del derecho natural en apoyo de la propiedad intelectual que comparten mucho con las justificaciones de los derechos humanos. La teoría del trabajo y propiedad de Locke, que determina que los derechos de propiedad derivan de los derechos naturales de los individuos sobre el fruto de su trabajo. Las teorías de la personalidad que acercan aún más a los estándares de derechos humanos, pues su principal opinión es que los creadores deben ser dueños de sus obras porque son una emancipación de sus personalidades. 3. Los esfuerzos intelectuales merecen protección como tales, incluidos los intangibles generados por la mente, al ser

una condición necesaria para el desarrollo de la personalidad de los autores, así la prerrogativa de este modelo es una fuerte consideración por los derechos morales, que por su carácter no pecuniario e inalienable, replica la estructura fundamental de los derechos humanos. 4. Los denominados derechos de autor, los cuales son una forma de regulación del habla. Esto significa que inevitablemente restringen el discurso de terceros al prohibir la difusión de temas protegidos por propiedad intelectual.

Es decir, si los derechos humanos tuvieran que prevalecer incondicionalmente sobre los intereses de propiedad intelectual en conflicto, varias ramas del sistema de propiedad intelectual tendrían que ser abandonadas para permitir que los derechos humanos funcionen sin restricción (Spina-Alí, 2020, pág. 9).

En suma, ni el más apasionado defensor de los derechos humanos ha ido tan lejos para impulsar la desaparición del sistema de propiedad intelectual y la ideologización de la supremacía de los derechos humanos. Parece ser solo un llamado a alinear y equilibrar el sistema de propiedad intelectual con los valores descritos propios de los derechos humanos.

Así la primera forma de interacción que se da entre los derechos humanos y los de propiedad intelectual se conoce como la de reconocimiento, ello ocurre cuando la ley sustantiva confirma la dimensión de derechos humanos de la de propiedad intelectual, por ejemplo, el reconocimiento que hace el Estado en favor del autor, como un derecho humano inalienable a su creación intelectual, por lo que, a través del reconocimiento, la de propiedad intelectual adquiere un estatus de Derechos humanos.

El reconocimiento ha sido cuestionado bajo el argumento que los derechos de propiedad intelectual no poseen las características ni principios universales de los derechos humanos, por ende, no se les debería asignar la misma posición. Dicho debate radica principalmente en la diferencia teórica y normativa que se suscita entre los sistemas de propiedad industrial y de derechos de autor.

Con relación a los derechos de autor, Eduardo de la Parra Trujillo (2015) sostiene que los derechos de explotación no son derechos humanos, aunque están estrechamente vinculados con un derecho humano, el derecho a la protección jurídico-autoral (pág. 393).

Otros han señalado que reconocer la propiedad intelectual como un derecho humano podría fortalecer peligrosamente los reclamos de este

sistema y más cuando entra en conflicto con derechos compensatorios que deberían tener prioridad.

El reconocimiento esconde una tendencia a desconectar los derechos de propiedad intelectual de sus fundamentos de interés público, es decir, a presentarlos como un derecho *per se* más que como un monopolio temporal otorgado por el bien de la colectividad (Spina-Alí, 2020, pág. 10).

La segunda forma de interacción que se da entre los sistemas de propiedad intelectual y de derechos humanos, es la del conflicto. El conflicto se produce cuando los sistemas antes descritos se oponen, y ello ocurre cuando uno se convierte en un obstáculo para la realización del otro.

Se tienen identificadas varias aristas de la propiedad intelectual que colisionan con los derechos humanos, por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho a la información, el derecho de asociación, el derecho a la educación, el derecho a disfrutar de las artes y los beneficios de la ciencia y los derechos de autor. Cuando el conflicto se refiere a aspectos marginales de al menos uno de los derechos en colisión, estos pueden reconciliarse, limitando el alcance de los derechos para lograr un equilibrio justo entre los dos. Lo cual se intenta en nuestro país con el ambiguo y deficiente listado que existe desde la Ley Federal del Derecho de Autor y otros instrumentos internacionales por medio de la figura jurídica de limitaciones y excepciones al derecho de explotación. Dando como resultado el permitir que ambos derechos coexistan, incluso si al menos uno de ellos tiene un alcance reducido.

Pero, por el contrario, cuando el conflicto involucra características esenciales de ambos derechos en cuestión, uno de ellos deberá claudicar para permitir que opere el compensatorio, lo que se le denominará incompatibilidad. Para que ello suceda varias Cortes Supremas de Justicia en el mundo, han implementado el principio de proporcionalidad y de ponderación, como forma de solución de conflicto entre derechos.

La mayor parte de la doctrina sobre propiedad intelectual y derechos humanos se ocupa de casos de reconciliación, en donde se han propuesto múltiples alternativas para solucionar el conflicto. Incluso algunas constituciones en el mundo reconocen que los dos sistemas pueden coexistir al contemplar un derecho de propiedad intelectual junto a los derechos humanos.

En México esto se articula desde la Constitución Política Federal donde se expone desde el artículo 4 párrafo XII el derecho de acceso a la cultura y desde el artículo 28 párrafo X el reconocimiento sobre los derechos de autor en favor de los autores.

En suma, los estatutos de propiedad intelectual pueden internalizar el conflicto a través de limitaciones y excepciones específicas a los derechos, es decir, por medio de reglas puntuales de derecho que legitimen conductas que de otro modo infringirían las consideraciones de derechos humanos y de propiedad intelectual. Como alternativa, la reconciliación puede ocurrir exactamente a través de la aplicación judicial de doctrinas de proporcionalidad y equilibrio de derechos en colisión, tensión y conflicto (Spina-Alí, 2020, pág. 17).

Las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual se han definido como la técnica dominante para conciliar el conflicto con el de derechos humanos.

La tercera forma de interacción entre los sistemas de propiedad intelectual y de derechos humanos, es la de cooperación, la cual da lugar cuando estos sistemas se colaboran en lugar de entrar en conflicto. La cooperación se da de forma complementaria y de refuerzo. La principal diferencia entre ellas es que en la primera, la propiedad intelectual y los derechos humanos se refieren a dos aspectos conceptualmente separados pero interconectados del mismo asunto. Mientras que en la segunda se superponen, es decir, protegen esencialmente el mismo interés (Spina-Alí, 2020, pág. 26).

Se puede así inferir lo importante que es advertir, que tanto el modelo de reconocimiento, conflicto y cooperación deben buscar un justo equilibrio de intereses, por ende, no basta con plantear teóricamente la forma sobre cómo solucionar la tensión entre los sistemas, sino que hay que explicar y determinar qué es lo que se necesita hacer para proponer el modelo cerrado o mixto que podría dar eficiente respuesta al problema del conflicto. A continuación, analizaremos si los derechos de autor podrán ser o no considerados como derechos humanos.

III. Fundamento de los derechos de autor como derechos humanos

Los derechos humanos y la propiedad intelectual son dos sistemas que alguna vez fueron extraños, pero que ahora se encuentra coexistiendo. Durante años ambos sistemas evolucionaron y se desarrollaron prácticamente aislados uno del otro. Pero en los últimos años, las actividades de establecimiento de normas internacionales han comenzado a trazar la ruta crítica de intersección entre la propiedad intelectual y los derechos humanos.

Laurence Helfer (2003) sostiene que fueron dos eventos los que ocasionaron la incorporación de la propiedad intelectual a la agenda de los derechos humanos: primero fueron los reclamos de protección de los pueblos indígenas y, en segundo término fue la creciente vinculación de la propiedad intelectual con el comercio internacional, particularmente con el nacimiento e implementación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio en 1994 (pág. 47).

En tiempos recientes, se ha afirmado que la propiedad intelectual está protegida por los derechos humanos, existiendo así una tendencia muy particular que considera que los derechos de autor deben ser considerados como derechos humanos (Jokhadze: 2005, pág. 243).

Ello se fundamenta particularmente a raíz del reconocimiento universal que en el Siglo XX se da desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se establece la tipicidad general de los derechos de autor y del derecho de acceso a la cultura. Ambos supuestamente ya codificados en clave de derechos humanos.

Bajo este tenor es que dichos instrumentos de corte universal elevan a la categoría de derechos humanos al derecho de autor, el cual encuentra ahí mismo algunas de sus principales limitaciones en favor o en contra del acceso a la cultura, y otros derechos humanos (Rodríguez: 2004, pág. 48), sin embargo, sería sumamente limitado afirmar que los derechos de autor son derechos humanos por el simple hecho de encontrarse tipificados desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no obstante, es la tendencia académica y teórica que hasta hoy persiste.

Ejemplo de ello se plasma desde el artículo 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que define:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libre en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (DUDH, 1948).

También es en el Artículo 15.1.c del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya redacción parece ser exactamente la misma a la plasmada desde la Declaración Universal, mismo que también define:

“1. Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (PIDESC, 1966)

De lo anterior se ha sostenido que es a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que el derecho de autor es reconocido como uno de los derechos humanos, y es así se confirma que existe una fuerte tendencia internacional de reconocer el carácter de derechos humanos a los derechos de autor desde los mencionados instrumentos internacionales.

Lo interesante es que aunado a que los instrumentos jurídicos universales veladamente hacen referencia a los derechos de autor, por hablar sobre la existencia de los derechos materiales y morales de los autores, la realidad es que en ningún momento se hace mención tácita del concepto de derechos de autor, e incluso existe una fuerte desvinculación jurídica y teórica con los denominados derechos de propiedad industrial, aunado a que ambos son reconocidos universalmente como propiedad intelectual.

Es así que las opiniones contemporáneas tienen algo en común, pues establecen que los derechos de autor son derechos humanos por el simple y sencillo hecho de que los instrumentos internacionales hablan de la protección a los autores, pero no dan ningún argumento de fondo para concluir que los derechos de autor son derechos humanos. Pues simplemente se limitan a verificar el reconocimiento formal que hacen ciertas disposiciones en cuanto a la protección de los autores, lo que lleva a concluir automáticamente que los derechos ahí establecidos son, precisamente, los derechos de autor (De la Parra: 2015, págs. 323-324).

Caso contrario a la tesis descrita ocurre con la manifestación del autor François Dessemontet (2008), quien sostiene que los derechos de autor son derechos humanos, para luego referirse al derecho humano a la protección de los derechos de autor.

En otro orden de ideas, existen otras posturas contemporáneas que no son satisfechas solamente por considerar el enfoque formalista como válido. Ejemplo de ello lo podemos encontrar en las posiciones dadas por Paul Torremans (2004, pág. 1), quien reflexiona sobre que considerar a los derechos de autor como derechos humanos, importa tanto el acto de creación como los debates de fondo que se llevaron para considerar la protección de los autores en los instrumentos universales antes mencionados.

Explica Torremans (2024, pág. 2) que si un derecho tiene una pretensión prenormativa de ser un derecho humano y luego un grupo social ha llevado esa pretensión a nivel normativo, debe considerarse que hay una libertad básica. Concluyendo que los derechos de autor y su inclusión en los instrumentos de derechos humanos cumplen esos requisitos (De la Parra: 2015, pág. 324).

De aquí se rescata un argumento sólido sobre que la fundamentación de los derechos de autor no solo es dada por la existencia desde las normas internacionales de derechos humanos, sino que hay además un elemento humano que se debe materializar para que surjan estos derechos, es decir, la creatividad y el intelecto humano, es decir, que la propiedad intelectual es un derecho humano, pues protege uno de los valores más sagrados y esenciales de los seres humanos, la capacidad de crear.

Ángel Delgado Porras (2007, pág. 286), sostiene que mediante el derecho de autor, en tanto derecho moral, lo que se asegura es la libre representación de la personalidad del autor en la forma en que ha querido proyectarla y quiere mantener en la obra, y en tanto derecho patrimonial, lo que con el se garantiza, son las condiciones económicas y sociales indispensables para que esa libertad sea efectiva. Desde ambas perspectivas el derecho de autor es un derecho humano de libertad.

Lo anterior causa relevancia pues, aunque se suele considerar al derecho de autor dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, y más precisamente a partir de estos últimos, el derecho de autor no es un derecho

de prestación, sino es un derecho de libertad, partiendo del supuesto de que muchos de los derechos económicos, sociales y culturales están organizados como derechos de libertad y no como derechos de prestación (De la Parra, 2015, pág. 325).

Por su parte André Kéréver (1998, pág. 18) establece que hay dos enfoques para considerar a los derechos de autor como derechos humanos: uno de derecho positivo y otro filosófico. El primero es el que se aborda desde la concepción puramente formalista desde las normas del derecho internacional. Por cuanto al filosófico se sostiene que los derechos humanos deben cumplir con dos condiciones: primero, que sean fundamentales y, segundo que sean universales.

Así y en cuanto a los derechos de autor prevalecerá la existencia de dos regímenes jurídicos: el *copyright* y el derecho de los autores. El primero versa más a intereses patrimonialistas pues son considerados los derechos de autor de una empresa desde la visión del derecho anglosajón y, el segundo versa más a intereses privados y/o sociales, a partir de la figura de la existencia de los autores como personas físicas y titulares legítimos de una obra primigenia y original, cuyo modelo es el que asiste en nuestro México y gran parte de Latinoamérica, es decir, el autor como persona física y ya como ente colectivo. Kéréver (1998, págs. 18-20) sustenta que: “Solo el derecho de autor, que nace en la persona del creador puede por su propia naturaleza, asimilarse a los derechos humanos”.

Por otro lado, e invocando las ideas de Kant, para sustentar la vinculación de la obra con la personalidad del autor, éste manifiesta que la huella de la personalidad del autor es independiente del mérito y se manifiesta con distinta intensidad según el tipo de obra. Aparece con bastante claridad en las obras de ficción o imaginación, ya que éstas dimanar de la persona de su creador. Resulta más difícil descubrirla en las obras utilitarias en las que el elemento estético debe ser compatible con la funcionalidad que se desea alcanzar (Kéréver: 1998, pág. 21).

Eduardo de la Parra Trujillo (2015, pág. 327), considera que Kéréver concluye sosteniendo que hay que ser consciente de lo que la humanidad dejaría de ser si se limitara a contemplar y explorar las obras del pasado sin cultivar la creación de las obras nuevas, por lo que hay que preservar esta dimensión esencial de la dignidad humana.

De todo lo anterior relevante será el análisis contemporáneo que realizó el Doctor Eduardo de la Parra Trujillo para responder a la pregunta sobre si ¿los derechos de autor son derechos humanos?

Eduardo de la Parra (2015, pág. 363), sostiene que:

“los derechos de explotación de autor no son derechos humanos, pero que existe un derecho humano a la protección de los autores; y así es que hay una estrecha relación entre ese derecho humano y los derechos de autor”.

De la Parra Trujillo (2015) argumenta que de las anteriores posturas existe una confusión recurrente que versa en dos vías. Por un lado, los derechos concretos que tienen los autores sobre sus obras y por el otro, el derecho humano de todas las personas a que se le proteja en caso de que llegue a crear una obra, denominando a este último supuesto el derecho a la protección jurídico-autoral (De la Parra: 2015, pág. 363). Es importante distinguir entre el derecho a la protección jurídico-autoral y los derechos de autor, pues sólo el primero tendrá el estatus de derecho humano.

Lo anterior lo configura y construye a partir del análisis de los instrumentos jurídicos internacionales (DUDH y el PIDESC), comparándolos a la luz de la teoría de Luigi Ferrajoli. Confrontado y argumentado desde el concepto de Derechos Fundamentales (Luigi Ferrajoli) y el de Derecho a la protección jurídico-autoral (Eduardo de la Parra).

Así se logra llegar a la puntual conclusión sobre que el Derecho a la protección jurídico-autoral sí es un derecho humano, pues se cumplen con las características expuestas desde el concepto de los derechos fundamentales otorgado por el jurista italiano Luigi Ferrajoli.

Por otro lado, se analiza la misma tesis pero ahora desde la teoría de Robert Alexy, afirmando que Alexy legitima al derecho fundamental como un todo, siendo un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas en forma recíproca y adscritas a una disposición fundamental (Alexy, 2002, pág. 244). Entrándose así al análisis profundo de tres sólidos argumentos, de los cuales concluye De la Parra Trujillo:

“De conformidad con la teoría de Robert Alexy, el derecho a la protección jurídico-autoral también colma todos los requisitos para considerarse un derecho humano” (De la Parra: 2015, pág. 368).

Es así que a fin de no caer en un análisis descriptivo, considerar la postura sobre que el derecho a la protección jurídico-autoral sí debe ser reconocido

como un derecho humano, y que como resultando acertado será necesario considerarlo en los instrumentos internacionales y diversas constituciones, atiende a una noción de justicia social y dignidad humana (De la Parra: 2015, pág. 369).

En tanto que las obras son un reflejo del ser de sus creadores, son también una extensión de la persona que nos la muestra como lo que es. Además, si los autores dedican tiempo y esfuerzo a crear obras, es justo que el autor obtenga una retribución o beneficio material por esa labor, que le permita tener un nivel de vida digno de vida.

La dignidad humana implica que no se le trate al autor como cosa o instrumento, sino como un fin, avistándose de cualquier forma de la explotación del hombre por el hombre. Concluyéndose que el derecho humano a la protección-jurídico autoral, como derecho humano, es probablemente el derecho humano más olvidado o ignorado que exista, o bien aquel al que se le ha prestado muy poca atención, tanto en la academia como en los tribunales, y durante mucho tiempo, también en los foros internacionales (De la Parra: 2015, pág. 369).

Ello se confirma derivado de la carencia de instrumentos internacionales y letargo en clave de derechos humanos que hablen al respecto, pues su identificación siempre se ha dado de origen bajo el término de derechos de autor, concepto que es completamente distinto a la luz del de los derechos humanos a partir del concepto propio y definido como el derecho humano a la protección-jurídico autoral. Sin embargo, hay varios instrumentos internacionales claves que podemos identificar para justificar el argumento antes citado:

1. Convenio de Berna (1886), actualmente administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Se refiere a los derechos de autor y a sus prerrogativas morales y materiales.
2. Convención Universal sobre los Derecho de Autor (1952), de la UNESCO, reconocida y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 06 de junio de 1957, es decir, está ratificada por el Estado mexicano. Se refiere a los derechos de autor y a sus prerrogativas morales y materiales.
3. La Observación General No. 17 (2005), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, bajo el documento derecho a toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y

materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor (a) (apartado c) del párrafo primero del artículo 15 del PIDESC. Se refiere a los derechos de los autores, a partir del reconocimiento moral y material que se les debe dar.

4. Informe de la relatora especial sobre los derechos culturales. Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y a la cultura (2014) del Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, y suscrito por Farida Shaheed. Se refiere a la relación que deberá existir entre los derechos de autor y al derecho de acceso a la cultura desde la perspectiva de los derechos humanos.

De todos los instrumentos jurídicos internacionales, observaciones generales e informes especiales se podrá dar cuenta sobre que, ninguno habla tácita o textualmente del derecho humano a la protección-jurídico autoral como derecho humano, pues solamente se utiliza de manera indistinta el de derechos de autor; sesgo académico que aquí se expone con base a la tesis explicada por el Doctor Eduardo de la Parra Trujillo.

Así determinar qué clase de relación hay entre derechos de autor y derechos humanos, expone la tesis sobre que existirá una de contraposición, y otra de complementación o una de indiferencia y no interacción. La respuesta otorgada es que sería una relación de complementación, pues los derechos de autor son el principal medio para la satisfacción de un derecho humano: el derecho a la protección jurídico autoral. Deduciendo que entre los derechos de autor y los derechos humanos hay, como regla general, una compatibilidad. De ahí que se considera acertado el modelo de compatibilidad y no el modelo de conflicto (De la Parra: 2015, págs. 390-391).

Como dato académico revelador en México el pasado 18 de junio de 2021 los Tribunales Colegiados de Circuito por medio del registro 2023259, emitieron la Tesis: I.6o.A.8 A (10a.), que versa sobre el reconocimiento de los derechos de autor como verdaderos y reales derechos humanos, a partir de la declaración internacional ya descrita:

“Derechos de autor. Están recogidos como derecho humano en la declaración universal de derechos humanos de 1948, de modo que la interpretación del marco legal nacional debe hacerse a la luz de éste y los demás instrumentos internacionales que lo desarrollen, así como del principio pro homine. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce la propiedad intelectual como un derecho fundamental y protege como derechos humanos las expresiones de los creadores,

concretamente en su artículo 27, numeral 2, haciendo referencia expresa a la protección de los intereses morales y materiales que les corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sean autores. Así, al interpretarse la Ley Federal del Derecho de Autor debe tomarse en consideración que, dado que se trata de una norma que desarrolla y concreta en el derecho nacional el derecho humano de que se trata, en términos del artículo 1o. constitucional, deben tenerse en cuenta, al tiempo, los demás instrumentos internacionales que lo regulan, así como el principio pro homine, de modo que las consideraciones interpretativas que se realicen permitan hacer efectivo su respeto y garantía” (SCJN, 2021).

Lo anterior da cuenta del avance nacional que existe con relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos del cual México forma parte desde el año 2011, sin embargo, aunado a ser un verdadero hallazgo jurídico, los derechos de autor siguen siendo vistos como meros derechos secundarios. Por lo que aún falta muchísimo trabajo para lograr verlos como reales y efectivos derechos humanos aunado a que existe ya un fundamento que los justifica y los sostiene, siendo esto un gran paso para dar certeza jurídica y justicia social a los autores.

Finalmente, lo real es que este reconocimiento a nivel internacional ya ha ido aterrizado en nuestro ordenamiento jurídico y se puede observar primariamente en las sentencias o pronunciamientos por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde también se le reconoce al Derecho de Autor como un derecho humano.

Citados instrumentos judiciales han sido emitidos por la primera sala en el amparo directo 11/2011, y también la segunda sala en los amparos en revisión 1136/2015 y 01/2017, en concordancia con esos pronunciamientos es importante mencionar que el pleno de la Suprema Corte, al resolver la contradicción de tesis 25/2005, determinó que en el artículo 28, párrafo decimo, de nuestra Carta Magna se protege y fomenta el carácter exclusivo y particular de los derechos de los autores y artistas sobre sus obras, con lo cual se protegen respetan y fomentan los intereses morales y patrimoniales en razón de sus producciones artísticas científicas y literarias por mencionar algunas, de la misma manera en esa sentencia se precisa que los artículos 28 y 4 de la Constitución Federal, en relación con el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se desprende que el Estado protege los derechos morales y patrimoniales en su vertiente del derechos de autor, lo que

se traduce en la tutela que se hace del creador y por la protección que se le otorga a la obra de la que es autor (INDAUTOR, 2021).

IV. Los derechos de autor como derechos humanos: análisis del conflicto

La sociedad del conocimiento hoy presenta nuevos retos al tratar de actualizar y reestructurar los mecanismos jurídicos que permitan la explotación y consignación de derechos por parte de los creadores, un ejemplo de nuevos retos lo vemos en las obras digitales que se insertan con muchísima facilidad y poco control en los espacios informáticos, mientras que el derecho a la información, al conocimiento y sobre todo al acceso a la cultura pueden colisionar cuando no existe un justo equilibrio entre dichos derechos, es decir, el conflicto entre el interés social y el interés privado.

Se advierte el origen y naturaleza de la propiedad intelectual, particularmente la de los derechos de autor como derechos humanos, aunado a los múltiples debates donde se han expuesto diferentes puntos de vista al respecto, la realidad es que se sostiene que los derechos de autor sí son derechos humanos, partiendo desde los instrumentos internacionales fundamentales de derechos humanos que reconocen que los productos intelectuales tienen un valor intrínseco como expresión de la creatividad y la dignidad humana, así como desde las teorías que aunado a sus formas de conceptualizar y caracterizarlos, terminan reconociendo lo mismo.

Aunado a ello persisten los sesgos académicos e incluso perspectivas contradictorias que consideran el imposible reconocimiento de los derechos de autor como un derecho humano, a raíz del vigente conflicto entre los sistemas jurídicos de propiedad intelectual y de derechos humanos, cuyo origen y evolución dan cuenta que han ido en rumbos diferentes.

Es evidente que la propiedad intelectual entendida desde la perspectiva de los derechos humanos es diferente del enfoque que se le asigna al sistema de propiedad intelectual, esto desde los intereses económicos en la materia, en específico, desde la perspectiva abordada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio (Fernández-Cuevas, 2020, pág. 13) es decir, que la visión patrimonialista o mercantilista que erróneamente engloba a la propiedad intelectual, en donde se encuentran ligados los derechos de autor, ha desenfocado la función o el

rol social del sistema que históricamente pugna por la protección y el reconocimiento de las ideas y la materialización estas por medio de los productos culturales.

Los tratados que hoy administra la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual– Berna y los denominados Tratados de Internet (WTC y WPPT), entre otros – analizan la figura del derecho de autor desde una mirada exclusivamente no centrada en los intereses de los autores, sino desde el interés privado, a diferencia de las perspectivas orientadas al bien común y de la dignidad humana que presentan las convenciones, declaraciones y pactos de derechos humanos.

Hay que recordar que el cambio más radical, que potenció el carácter patrimonialista de la propiedad intelectual como sistema, surge a mediados de la década de los noventa con la entrada en vigor de los Acuerdos sobre los aspectos de Propiedad Intelectual aplicados al Comercio internacional en el marco de la Organización Mundial del Comercio, o también conocido como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en donde ponen el acento en las figuras de la propiedad industrial, con el objetivo de impulsar el desarrollo tecnológico, la innovación, la competitividad y el crecimiento económico en los países parte.

En las últimas décadas del Siglo XX, y las primeras del Siglo XXI ha persistido una expansión sin precedentes de los monopolios intelectuales en general, tanto en alcance como en extensión. En el campo del derecho de autor se extendió la regulación al rubro de los programas de cómputo, se extendieron los plazos de monopolios sobre las obras, se trasladó el tema al fuero penal, se criminalizaron prácticas de investigación informática, ingeniería inversa, y la distribución de programas que permiten quebrar sistemas de restricción de copia (Fernández-Cuevas, 2020, pág. 13).

Más recientemente en el sistema de los derechos de autor mexicano, entró en vigor el mecanismo de aviso y retirada, con la reforma de julio de 2020 a la Ley Federal del Derecho de Autor, y la del T-MEC, ello en búsqueda de encontrar un ejercicio eficaz y de certeza jurídica para los autores como forma de combatir las malas prácticas y violaciones a los derechos de autor desde el ciberespacio.

Cabe destacar que, durante muchos años los organismos de derechos humanos dejaron vacante el debate desde esta perspectiva, es decir, la de su relación con los sistemas de propiedad intelectual. Con el tiempo, pero

excepcionalmente se prestó atención a los aspectos vinculados a la propiedad intelectual desde una perspectiva de los derechos humanos, pues cabe advertir que desde 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los sistemas de Propiedad Intelectual estuvieron casi en el olvido desde la figura de derechos humanos.

Haber dejado el tema casi estrictamente en la agenda de comercio, y en manos de negociadores vinculados a la titularidad de derechos patrimoniales sobre la cultura, provocó un desequilibrio entre la propiedad intelectual, el bien común, la función social, y los derechos humanos (Fernández-Cuevas, 2020, pág. 13), principalmente con la colisión y ponderación entre derechos humanos, por ejemplo: salud, educación, libertad de expresión, libertad artística, derecho de acceso a la cultura, entre otros.

Estas tendencias expansivas en los derechos de propiedad intelectual crean una fuerte tensión con el derecho humano de acceso a la cultural, cuyo derecho es crucial para el desarrollo individual y colectivo.

Así desde una visión patrimonial de la propiedad intelectual es complejo considerar a las figuras jurídicas según cada universo como derechos humanos; ya que la perspectiva de derechos humanos contempla la existencia de actores colectivos y comunidades en la construcción cultural, caso contrario a la creencia imperante sobre los sistemas de propiedad intelectual que se estudian desde la agenda del comercio, poniendo el acento en los derechos e intereses individualistas de unos pocos sujetos. Es decir, que en ocasiones los principales impulsores del fortalecimiento de los monopolios de derecho de autor no son justamente los autores individuales como personas físicas, sino los grandes conglomerados de las denominadas industrias culturales (Fernández-Cuevas, 2020, pág. 14).

Como da cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos los derechos culturales y los derechos de autor se encuentran enlazados, por lo que, si hacemos un recuento del contenido del artículo 27, se advierte que el primer punto nos refiere a los derechos culturales – toda persona tiene derecho a tomar parte libre en la vida cultura – y el segundo punto al de los derechos de autor. Mientras que los derechos culturales garantizan la libertad de crear, expresarse y comunicarse, así como de acceder a los bienes y servicios producidos por la comunidad; los derechos de propiedad intelectual hacen a la protección de los creadores y de las creaciones la búsqueda del

reconocimiento moral de los autores por su labor creativa, así como el goce de beneficios materiales por sus invenciones (Fernández-Cuevas, 2020, pág. 15).

Los derechos de propiedad intelectual se confunden frecuentemente con los derechos de autor, pero no son sinónimos, sino que derivan de un mismo universo que se separa entre lo cultural y lo tecnológico. Asimismo, los derechos de autor, lejos de presentar una significación unívoca, presentan diferencias según lo muestra la tradición occidental de los derechos de autor o la tradición anglosajona del copyright (Golstein, 1998, pág. 225).

Esto da cuenta que mientras los derechos de autor protegen a los creadores y sus obras sean o no registradas, el derecho de propiedad industrial protege las invenciones y a los signos distintivos que por excelencia tienen que ser registradas en acto público para su reconocimiento legal.

En suma y en la medida que los derechos de propiedad intelectual revisten diversas formas según el organismo y características de la protección derivada de la creación, su definición en ocasiones depende de las prescripciones que desde las cuales son concebidos por los órganos internacionales y los estados nacionales, así como de los conflictos de jurisdicción entre unos y otros en cuanto al reconocimiento legal de estos derechos (Fernández-Cuevas, 2020, pág. 16).

El nacimiento de la sociedad de la información tiene como actores principales a los bienes intelectuales, donde se plasman indistintamente los esfuerzos de la creatividad humana, y de cuya disponibilidad de su comprensión depende el desarrollo de las sociedades, e incluso de la propia humanidad, de aquí, la justificación, importancia y rol que dentro de este contexto juega el derecho de autor.

Es así como el derecho de autor ha sido tradicionalmente aquella rama del derecho que se encarga de regular el conjunto de facultades que asisten a un autor respecto de cada una de sus obras intelectuales, esto es obras literarias o artísticas originales. El fundamento y razón de ser del derecho de autor es el fomento de la cultura y el conocimiento (Paz-Canales y Del Pilar, 2008, pág. 122).

Gracias al reconocimiento del derecho a una remuneración equitativa de los autores, se logra impulsar la promoción de la cultura y el conocimiento, en beneficio de la sociedad. Caso contrario y sin el adecuado incentivo, la

producción cultural, se vería seriamente afectada, y con ello también el desarrollo de las más plenas potencialidades del ser humano.

Podría decirse que es por esa particularidad del derecho de autor, que su regulación se encuentra firmemente conexas a la generación de incentivos para el progreso humano, y es por ello, por lo que el derecho de autor entendido en términos subjetivos ha sido elevado a la consideración de derechos humanos, es decir, importa no sólo el individuo, sino la humanidad en su conjunto (Paz-Canales y Del Pilar, 2008, pág. 122).

Tradicionalmente, los sistemas de propiedad intelectual intentaban equilibrar los derechos de los creadores con los intereses del público en cuanto al acceso a las obras y productos tecnológicos. La propia naturaleza y existencia del sistema de la propiedad intelectual se justificó entonces a partir de los incentivos y recompensas a favor de los artistas e inventores que provocan un beneficio para la sociedad.

No obstante, los progresos contemporáneos tienden a colisionar, tensionar y debilitar ese equilibrio y a desviar el sistema a favor de un matiz más reducido de intereses. Así con la comercialización, la propiedad intelectual ha pasado de ser un medio de proporcionar incentivos a los investigadores, inventores y autores, a un mecanismo que pretende fomentar la inversión y proteger los recursos de los inversores (Chapman, 2001, pág. 23).

Frente a estos hechos, surge el interés de la sociedad de evitar que la reglamentación jurídica del derecho de autor sea utilizada a favor de intereses oligárquicos y de forma abusiva, derivado de los sesgos, vacíos y lagunas legales que persisten, y por supuesto, sin consideración a su objetivo y función social.

Las reglas que conceden un monopolio limitado al creador sobre su obra no pueden ser utilizadas para especular económicamente con un bien del cual depende el progreso de la sociedad. Si se pierde el objetivo último del derecho de autor, y se abandona su ejercicio a consideraciones exclusivamente económicas, el interés público que él protege resultará seriamente dañado (Paz-Canales y Del Pilar, 2008, pág. 122).

La libertad de creación, cultura y propiedad son los tres ejes maestros sobre los que viven los derechos de propiedad intelectual desde la óptica de la creación social. Pretender entender estos derechos desde una perspectiva

patrimonial o personalista nos lleva al absurdo de no poder explicar esta institución desde la Ley.

Mirar al derecho de autor como un derecho humano, es la forma más efectiva de integrar de manera adecuada los diferentes intereses que deben sopesarse para asegurar la existencia de los medios capaces de generar progreso humano, y garantizar el acceso a dichos medios de todas y cada una de las personas, en las distintas sociedades, sin consideración a la riqueza que cada una posea (Paz-Canales y Del Pilar, 2008, pág. 123).

Audrey Chapman (2001) señala que un enfoque de derechos humanos en el derecho de autor asume un equilibrio implícito entre los derechos de los inventores, creadores y autores, y los intereses de la sociedad en general dentro de los paradigmas de la propiedad intelectual.

Un enfoque de derechos humanos se basa en la importancia esencial de proteger y fomentar la dignidad humana y el bien común. En sentido amplio, los derechos de los creadores o del autor están condicionados a la contribución al bien común y al bienestar de la sociedad (pág. 15). Por ende, si se adopta una posición en relación con los derechos humanos se admite que los productos intelectuales tienen un valor intrínseco como expresión de la dignidad y la creatividad humana (Chapman, 2001, pág. 23).

V. La función social de los derechos de autor

La función social ha tenido múltiples intervenciones y usos desde el derecho, definirla parte de la idea que al no tener un contenido único sirve como herramienta para la implementación de valores humanos como la igualdad y la solidaridad.

En el derecho de autor existe un sujeto creador que se hace de derechos por virtud de cierto esfuerzo. Lo que crea es la obra que en algunas ocasiones esta representa un valor social y cultural, que se pone a disposición del público y requiere ser protegida para evitar su apropiación/explotación/uso en contra de los intereses del titular de derechos patrimoniales (Padilla, 2015, pág. 5).

La obra deriva del ejercicio creativo e intelectual de autor, misma que al momento de materializarse y fijarse en un soporte contiene la forma de la expresión de las ideas del legítimo creador, es decir, el autor, y esta manifestación podrá adquirir un cuerpo legal por medio de diferentes obras de orden científico, artístico y/o literarias.

Hay tres lecturas que servirán de guía y sustento para determinar lo novedoso del tema: las reduccionistas, las marginales y las huérfanas.

La función social del derecho de autor no es objeto de investigación recurrente en los estudios multidisciplinarios críticos, pero sí tienen un impacto decisivo (Padilla, 2015, pág.7). Los derechos de autor enfrentan hoy un diseño legal transfronterizo en la medida que cambian a partir de la suscripción de los tratados de libre comercio (ADPIC y TMEC) y convenios internacionales y regionales (Convenio de Berna, DUDH y PIDESC) donde se encuentran contenidos mínimos del derecho de autor.

Hoy existe una aparente imposibilidad de regulación interna y propia sobre el derecho de autor, pues las leyes suelen traspasar o copiar lo que se ratifica en aquellos acuerdos y tratados internacionales o regionales, en donde la mayoría de las veces no existen construcciones legales autónomas. Lo que en mi parecer ha complejizado más la relación conflictiva y de tensión entre los derechos de propiedad intelectual y el sistema de derechos humanos. El carácter transfronterizo del derecho de autor da cuenta que uno de tantos problemas relacionados a él, es de origen el desconocimiento del sistema.

La solución será la enseñanza en pro de agentes formados desde, por y para el derecho de autor, pues la investigación en torno a él se ha dirigido principalmente hacia la solución de problemas operativos.

Entonces, la bibliografía local sobre derechos de autor y propiedad intelectual en general trabajan la materia como si fuese un asunto obvio, reiterativo y circular, insistiendo en descripciones lineales contenidas bajo la forma clásica del manual que, con definiciones y afirmaciones parafraseadas, tomadas directamente de los tratados y convenios internacionales, presentan información, pero no construyen conocimiento (Padilla, 2015, pág. 11).

La función social se encuentra alejada de una condición problemática, pues esta permite analizar el derecho de autor sin la descripción cuadrada y lineal de los manuales y creencias legales, favoreciendo una investigación menos sumisa sobre el sistema.

Julio César Padilla Herrera (2015) sostiene:

“La función social son las excepciones y limitaciones al derecho de autor y el dominio público. Ambos límites externos que se imponen al legítimo propietario, en beneficio de la sociedad. Esta manera de entender, interpretar o leer la función social en este derecho es reduccionista, en la medida que lo presenta de forma

acotada como un derecho subjetivo/absoluto con algunas limitaciones que, sin embargo, no pueden afectar al titular de derechos” (pág. 12).

Se advierte que es la lectura reduccionista la que principalmente opera y se encuentra vigente en la mayoría de las disposiciones normativas del derecho de autor, estas incluidas en México por medio de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Dentro de las lecturas marginales se establecen los extremos, en busca de la erradicación/eliminación del derecho de autor, considerando que el derecho de autor no debe existir por ser una barrera injustificada para el acceso a la educación y a la cultura, postura sin duda que surge del pensamiento anglosajón por medio del modelo del *copyright*, sin embargo, propone conectar a los sujetos buscando que el conocimiento sea abierto y de todos, un ejemplo de ello se puede observar a partir de la corriente del creative commons muy común en los Estados Unidos de América.

Finalmente, las lecturas huérfanas determinan que el derecho de autor tiene una función social, por lo que, aunque es legítimo y garantista para la protección de intereses particulares como los de gremios y autores, se muestra completamente ineficaz en cuanto a la promoción de la participación en la vida cultural de aquellos no propietarios, sugiriendo así que la base del derecho de autor sea la función social y los derechos humanos (Padilla, 2015, págs. 12-13).

Sostiene Julio César Padilla Herrera (2015) que las tres lecturas comparten dos premisas:

1. Como derecho de propiedad el derecho de autor se encuentra limitado por un interés mayor que el del titular de derechos.
2. Su finalidad además de proteger (interés particular) es promover el acceso a la información, educación y la cultura (interés social).

Concluyendo, es importante precisar que las lecturas reduccionistas de la función social indican que esta es el dominio público y las limitaciones y excepciones. Las lecturas marginales se instalan en la convergencia digital, donde la solidaridad y contribución de los autores con el aporte de sus obras dejan presentes dos valores en los que precisamente la función social se fundamenta: libertad y solidaridad. Las lecturas huérfanas ofrecen un marco legal y teórico donde es posible entender al derecho de autor como un derecho humano, que contiene dos elementos: 1. La protección moral y patrimonial y

2. La promoción en la participación en el proceso científico y cultural (Padilla, 2015, pág. 29).

De las anteriores lecturas se advierte la urgente necesidad de estudio y profundización de cada una de estas, con el efecto de determinar cuál será el mejor modelo de aplicación al sistema de derechos de autor que permita una óptima aplicación de la función social con perspectiva en derechos humanos, alejado del predominante sistema capitalista y/o material que persiste. Pues la función social es una idea fuerte que permite repensar desde el campo jurídico local la eficacia y justificación del derecho de autor.

VI. Conclusiones

El enfoque patrimonialista que persiste en los sistemas actuales de propiedad intelectual ha depositado su interés en las industrias culturales o intermediarios, a raíz del gran negocio económico que esto trae consigo, dejando que el conflicto y tensión entre los sistemas de propiedad intelectual y de derechos humanos sea mediado y demandado por parte de creadores de contenidos culturales, es decir, los autores. Interviniendo estos como actores y a la vez como creadores de los contenidos culturales que la sociedad como consumidores, demanda de dichos productos.

No obstante, los datos teóricos y académicos arrojan que la evolución del sistema de propiedad intelectual ha estado sumamente aislada de un sistema de derechos humanos, y estos sistemas no han visto a la universalidad, indivisibilidad e interdependencia como elementos claves para el desarrollo de la dignidad humana.

De lo anterior, se sostiene que es urgente rescatar la función social en los sistemas de derechos de autor y aclarar la eventual relación con los derechos de propiedad industrial, pues de la actividad creativa que ejercen los creadores, sin importar el contexto de las ideas, existen aportes significativos al acervo cultural del país que aportan al significado de la cultura, por medio de los productos culturales únicos, primigenios y originales que sirven como base para el desarrollo y ejercicio de otros derechos humanos, como a la educación, la información, la cultural, la salud, la innovación y tecnología, la libertad de expresión y, sobre todo a la libertad de creación.

Para resolver el conflicto entre los sistemas jurídicos de propiedad intelectual y de derechos humanos en la búsqueda del justo equilibrio entre los derechos de autor (interés privado) y el derecho de acceso a la cultura

(interés social), será necesario abandonar el modelo patrimonialista que rodea al actual sistema de derechos de propiedad intelectual y específicamente a los derechos de autor. Modelo que ha permitido que gran parte de la doctrina concluya que los derechos de autor no forman parte de los derechos humanos, pues predomina una concepción reduccionista centrada meramente en cálculos económicos, olvidándose así por parte de los regímenes de propiedad intelectual, del justo equilibrio que debe existir entre los derechos de los creadores y el bienestar de la sociedad (Pereda, 2020, pág. 152).

Para que el derecho de autor sea considerado como derecho humano a la luz de un modelo mercantilista equívoco, se hace indispensable reforzar su función social, condicionada para los autores a la protección y el fomento de la dignidad humana.

Es así que el reto para los gobiernos será lograr que las normas autorales y la sociedad, consigan establecer el equilibrio entre los intereses de los autores y los de la sociedad propiamente, por ende, el modelo para generar el justo equilibrio entre el interés social y el privado desde la tensión existente entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura deberá ser aquel con enfoque de derechos humanos en el que se busque rescatar la función social de los derechos de autor para revalorizar la dignidad humana de los autores.

Por lo que al consolidarse y reconocerse los derechos de autor como derechos humanos comienza un nuevo camino para fortalecer, transformar y actualizar los sistemas que rigen el mundo en busca de la construcción de modelos más prácticos que lejos de colisionar busquen el equilibrio entre las libertades y los derechos.

VII. Bibliografía

Alexy Robert. (2002). Teoría de los derechos fundamentales, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Chapman, A. R. (2001). La propiedad intelectual como un derecho humano. Boletín de derecho de autor, 14-36. Volumen XXXV de julio-septiembre.

Dessemontet, François. (2008). "Copyright and human rights".

<https://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Copyright%20%26%20Human%20Rights.pdf>

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Consultado y extraído noviembre 2021: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Delgado Porras, A. (2007). Derecho de autor y derechos afines al de autor. Instituto de Derecho de Autor, Madrid.
- De la Parra Trujillo, Eduardo. (2015) Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Fernández Cuevas María Patricia. (2020). La propiedad intelectual y los derechos humanos de segunda generación tensiones normativas. DIVULGARE Boletín Científico De La Escuela Superior de Actopan, 7(13), 10-16. <https://doi.org/10.29057/esa.v7i13.5262>
- Golstein, M (1998) Derechos editoriales y de autor. Eudeba. Bs. As.
- Helfer, Laurence. (2003). Human Rights and Intellectual Property: Conflict or coexistence?, Minesota Intellectual Property, Electronic Journal.
- INDAUTOR. Instituto Nacional del Derecho de Autor. Consultado y extraído noviembre 2021: [https://indautor.gob.mx/notiautor/noticia tesis derecho %20 de autor%20 derecho humano.php](https://indautor.gob.mx/notiautor/noticia%20tesis%20derecho%20de%20autor%20derecho%20humano.php)
- Jokhadze George. (2005). The big ones of the music industry: copyright and human rights aspects of the music business”, en Ziemele, Inieta (coord.), Expanding the horizons of human rights law. New authors, new themes, Países Bajos, Brill.
- Kéréver André. (1998). El derecho de autor como derecho humano”, Boletín de derecho de autor, París, UNESCO, vol. XXXII, núm. 3, 1998, p. 18.
- OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Consultado y extraído enero de 2022: [https://www.wipo.int/about-ip/es/#:~:text=La%20propiedad%20intelectual%20\(PI\)%20se,im%C3%A1genes%20utilizados%20en%20el%20comercio.](https://www.wipo.int/about-ip/es/#:~:text=La%20propiedad%20intelectual%20(PI)%20se,im%C3%A1genes%20utilizados%20en%20el%20comercio.)
- Padilla Herrera Julio Cesar. (2015). La función social del derecho de autor. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías.
- Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC). Consultado y extraído noviembre 2021: <https://www.ohchr.org/en/instruments->

[mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights](#)

- Paz Canales María y Del Pilar María Soffia. (2008). La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?. Obra colectiva: Acceso a la cultura y derechos de autor. excepciones y limitaciones al derecho de autor.
- Pereda Mirabal, Ana María. (202). Derechos de autor vs Derecho de acceso a la cultura: en busca del justo equilibrio. Universidad y Sociedad, Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos, volumen 12, número 3.
- Ramos Toledano Joan. (2018). Propiedad Digital. La cultura en internet como objeto de cambio. Editorial Trotta.
- Rodríguez López, Ramiro. (2012). El derecho de autor en Colombia desde una perspectiva humanista. Prolegómenos. Derechos y Valores.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Consultado y extraído enero de 2022: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023259>
- Spina Alí, Gabriele. (2020). Intellectual Property and Human Rights: A Taxonomy of Their Interactions. IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law.
- Torremans, Paul L.C. (2004). “Copyright as a human right”. Copyright and human rights. Freedom of expression —Intellectual property— Privacy, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 1 y 2.

La importancia del derecho humano a la salud y su regulación jurídica en México.

The importance of the human right to health and its legal regulation in Mexico

Laura Fabiola Machuca Martínez⁵⁹
Fharide Acosta Malacón⁶⁰
Marina Lizbeth Álvarez Rodríguez⁶¹

Sumario: *I. Introducción. II. El derecho a la salud en México. III. Marco jurídico en México. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.*

Resumen: En el logro de un verdadero estado de bienestar se debe destacar la importancia que tienen los derechos humanos, y el papel que juega el Estado y las normas de derecho positivo que regulan y protegen dichos derechos.

No cabe duda de que el derecho humano a la salud resulta ser un derecho fundamental e indispensable para todos los seres humanos, el cual reside en la dignidad humana y se basa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la que la salud es concebida de conformidad con el artículo 25, como un elemento indispensable para acceder a un nivel de vida adecuado (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

En éstos últimos años, el derecho humano a la salud de la población ha sido un tema de preocupación para los gobiernos en el ámbito local,

⁵⁹ Abogada, Maestra en Derecho y Doctora en Derecho Constitucional con énfasis en Derechos Humanos, por la Universidad de Guadalajara. Profesora e Investigadora en el Centro Universitario de Tonalá de la Universidad de Guadalajara y en Maestrías del Centro Universitario UTEG.

⁶⁰ Abogada, Maestra en Derecho Corporativo, por la Universidad de Guadalajara y actual doctoranda en Derecho Procesal por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesora e Investigadora en el Centro Universitario de Tonalá y en el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, ambos de la Universidad de Guadalajara.

⁶¹ Doctoranda en Derecho, Maestra en Derecho Fiscal y Abogada por la Universidad de Guadalajara. Profesora en el Centro Universitario de Tonalá. Especialista en materia fiscal, actualmente encargada de la Unidad de Vinculación del Centro Universitario de Tonalá.

nacional e internacional que han tenido que desplegar acciones para contener los efectos de la situación epidemiológica que nos ha tocado vivir al enfrentarnos ante una pandemia por el Coronavirus SARS CoV-2.

Esta situación ha puesto a prueba a todos los sistemas sanitarios del mundo, dando cuenta en muchos casos de las deficiencias que se tienen por el descuido y falta de atención de dicho sector, sin temor a equivocarnos la salud es el bien máspreciado que tenemos los seres humanos, por lo que resulta importante en el presente trabajo, realizar un análisis respecto a este derecho fundamental y su concepción e importancia, y lograr establecer el marco normativo nacional e internacional que protege este derecho, así como los retos que enfrentamos para lograr su plena satisfacción en México.

Abstract: There is no doubt that the human right to health turns out to be a fundamental and indispensable right for all human beings, which resides in human dignity and is based on the Universal Declaration of Human Rights of 1948, in which health is conceived in accordance with article 25, as an essential element to access an adequate standard of living (Universal Declaration of Human Rights, 1948).

In recent years, the human right to health has been concern for governments at the local, national and international levels that have had to deploy actions to contain the effects of the epidemiological situation that we have had to live a pandemic by the Coronavirus SARS CoV-2.

This, has put all the world's health systems to think on the deficiencies, due to the carelessness and lack of attention of said sector, without fear of being mistaken, health is the most precious asset we have, and we need to analyze it regarding his conception and importance, finding the national and international regulatory framework that protects this right, as well as the challenges we face to achieve its full satisfaction in Mexico.

Palabras clave: Derechos humanos; salud, normas jurídicas; globalización; protección.

Key words: *Human rights; health, legal norms; globalization; protection.*

I. Introducción

Abordar el derecho humano a la salud es importante, ya que la salud es un bien preciado por todos puesto que de él depende en gran medida la calidad de vida del ser humano, en éstos últimos años hemos vivido una situación epidemiológica por un riesgo sanitario que aqueja a la población entera, la contingencia sanitaria ocasionada por la nueva enfermedad COVID-19 ha repercutido gravemente en la salud de millones de personas amenazando su vida, teniendo un inevitable impacto en los ámbitos sociales, políticos y económicos, irrumpiendo en el bienestar y las condiciones de vida de las personas (CONEVAL, 2020).

Esta situación que nos ha tocado vivir es verdaderamente lamentable y nos obliga a poner especial atención en este derecho fundamental y básico, siendo mandatorio conocer el mismo, entender el contexto en el que nos encontramos y a su vez conocer el marco normativo que lo regula, para tener elementos para lograr su efectividad.

En México, tanto el gobierno federal como los gobiernos estatales y municipales a través de las Secretarías de Estado responsables del tema sanitario, y ante la problemática en torno a la salud de la población, generaron un plan de acción para mitigar los contagios del Covid-19, consistente en el aislamiento social, las cuarentenas y el distanciamiento social, esperando con ello aplanar la curva de contagios.

Lo anterior trajo consigo afectaciones en diversos sectores, por un lado en las actividades económicas pues la desaceleración y en algunos casos interrupción de la producción, dañaron las condiciones laborales de los trabajadores que se vieron afectados económicamente, además de que muchas personas perdieron sus fuentes de empleo toda vez que hubo cierres de negocios. El impacto económico y social, fue importante, ya que el país sufrió una contracción en la actividad económica y una caída en los sectores de servicios y actividades manufactureras (ESQUIVEL, 2020).

Ante este escenario, el panorama es desalentador ya que una consecuencia de lo anterior es el agravamiento de la situación de pobreza y marginación de los grupos más vulnerables, según datos del CONEVAL, respecto al bienestar económico, que la población con ingreso inferior a la

línea de pobreza por ingresos en 2016 fue del 50.8%, en 2018 de 49.9% y en 2020 de 52.8%; y por otra parte la población con ingreso inferior a la línea de pobreza extrema por ingresos en 2016, fue del 14.9%, en 2018 de 14.0% y en 2020 de 17.2%.⁶²

Estos datos nos brindan un marco referencial mediante el cual podemos advertir que efectivamente las condiciones económicas de la población se vieron afectadas con la pandemia, impactando aún más en aquellos que menos ganan, quienes se ven aún más vulnerados en el acceso a la salud.

Ahora bien, al hablar del tema de la salud en general, la pandemia por COVID-19 representó un reto para los Sistemas de Salud que debían de brindar atención a miles de enfermos en todo el país, y por otra parte incrementó el sentido de valor respecto al cuidado de la salud y la preservación de esta.

Es importante comprender la definición que la OMS establece respecto a la salud como “*el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”, que debe tener cualquier persona, además la salud es un derecho humano fundamental, por lo que el acceso a ese derecho es trascendental para todos.

En este sentido resulta muy conveniente señalar significación que tiene la preservación de la salud de las personas, no solo física y mentalmente, sino también en el aspecto social, por lo tanto, no podemos dejar de lado el hecho de que nuestro entorno ha sufrido un cambio radical y ello implica también un cambio o modificación en nuestro estilo de vida con repercusiones en la salud.

De aquí la importancia de reflexionar, acerca de este derecho social tan valioso para las personas ya que sin salud no se puede hablar de una vida digna.

Conocer y comprender lo que implica este derecho humano desde su conceptualización, su reconocimiento como derecho humano y su regulación jurídica, sería un primer acercamiento para poder establecer el contexto en el que se debe actuar para lograr la protección de este derecho desde lo individual y a través de las instituciones encargadas de promover, respetar,

⁶² Se puede consultar en CONEVAL, Medición de pobreza 2020, en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/PublishingImages/Pobreza_2020/Pobreza_2016-2020.jpg

proteger y garantizar el mismo conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como lo establece el artículo primero de nuestra Carta Magna.

II. El derecho a la salud en México

La salud como derecho humano fundamental debe ser accesible para todas las personas, y su acceso debe estar garantizado por el Estado, ya que la salud como hemos visto no solo es la ausencia de enfermedad, sino que va más allá hacia un escenario más amplio que implica un completo estado de bienestar.

Estos últimos años a partir del 2019 ante la situación adversa que ha planteado esta pandemia mundial, que ha dejado a su paso millones de personas enfermas y millones de personas fallecidas, ha dado cuenta de la importancia que la salud representa como un derecho primordial, es una necesidad básica o un bien social primario, es una necesidad absoluta o estrictamente humana, según Silvina Ribottá en su trabajo intitulado “*Necesidades, Igualdades y Justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas*”, propone un esquema sobre estas necesidades y sitúa a la salud como una de tantas necesidades básicas, absolutas y estrictamente humanas, junto con la alimentación, la nutrición y por supuesto la necesidad de disposición del hábitat como un escenario que le permita el desarrollo de la vida personal y social (Ribottá, 2010: 280).

Al hablar de salud y de gozar de un completo estado de bienestar físico, mental y social, implica la seguridad de tener condiciones que aseguren como lo establecen los artículos 5º y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la prohibición de inferir a cualquier persona torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; y el derecho de toda persona a tener un nivel de vida que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2008).

En este orden de ideas, debemos comprender que el surgimiento de los derechos humanos en principio busca de alguna manera equilibrar las diferencias entre los seres humanos, bajo la idea intrínseca del respeto a la

dignidad del ser humano, ésta exigencia se opone frente a quienes poseen la facultad del ejercicio del poder, o frente a otros particulares (Cienfuegos, 2017), y es por ello que para generar un análisis debemos de partir del concepto de los Derechos Humanos entendidos como aquellos derechos que regulan la forma en que los individuos viven y se relacionan entre sí como integrantes de la sociedad, como dijimos, estos derechos regulan su relaciones de los individuos frente al Estado así como las obligaciones del Estado respecto de ellos, por lo que la normatividad que regula los derechos humanos impone obligaciones tanto de hacer como de no hacer en el marco de la invulnerabilidad de los derechos de las personas (UNICEF, 2015).

Los derechos humanos son universales e inalienables por lo que estos derechos les pertenecen a todas las personas por el solo hecho de ser seres humanos, siendo irrenunciables e intransferibles.

Además, son indivisibles e inherentes a la persona sin importar si se trata de un derecho civil, político, económico, social o cultural, además de ser interdependientes y se relacionan unos con otros.

Vale la pena resaltar que los derechos humanos vienen a ponderar la igualdad que debe existir entre los seres humanos, protegiendo por sobre todo la dignidad humana, por lo que su disfrute debe darse sin discriminación por sexo, edad, creencia religiosa, posición social, origen étnico, idioma, género, estado de discapacidad, etcétera; lo cual da cuenta por una parte poner al hombre respecto de sus derechos en un plano de igualdad ante sus semejantes; y por otra la consagración de esos derechos, es decir su reconocimiento e incorporación a las normas de derecho que regulan la actuación del Estado y los individuos que lo conforman, lo que históricamente ocurrió en el plano internacional con la creación de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas que reconoce parcialmente el principio de una protección y promoción internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ya que no lo desarrolló mediante normas concretas, sin embargo fue un intento importante proclamando a los pueblos de las Naciones Unidas reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en igualdad de derechos de hombres y mujeres (Truyol, 2000).

III. Marco jurídico del derecho a la salud en México

El solo reconocimiento de los derechos humanos no es suficiente para su realización, por lo que los mismos deben estar protegidos bajo un marco jurídico que garantice su justiciabilidad frente a las violaciones o incumplimiento de obligaciones por parte del Estado o bien de particulares, para ello, en el caso del derecho a la salud en México, primero debemos establecer el marco normativo de los derechos humanos en el ámbito internacional y regional, y posteriormente analizar las normas aplicables en nuestro país, ya que actualmente, el sustento jurídico de los derechos humanos en el ámbito internacional y regional es basto, y el reconocimiento y protección del derecho a la salud como un derecho social figura en la gran mayoría de ellos, comprendiendo además que este derecho está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, existiendo incluso una dependencia, entendiendo que éstos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud (OBSERVACIÓN GENERAL N° 14, 2000).

Basta revisar las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que desde 1948 manejan directrices claras en cuanto al objetivo primordial de protección y efectividad de los derechos humanos estableciendo que los derechos humanos deben ser protegidos por un régimen de derecho, y que las naciones deben esforzarse por asegurar estos derechos mediante el establecimiento de medidas progresivas y efectivas, reconociendo plenamente en su artículo 25 el derecho a la salud, y en su artículo 5, el derecho de todas las personas a contar con recursos efectivos ante tribunales nacionales competentes que los amparen contra violaciones a sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución o por la ley, sin hacer distinción entre derechos (DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 1948).

Así mismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, también contempla en el Capítulo I “Derechos”, en su artículo XI precisamente el derecho a la salud y las condiciones que se requieren para su satisfacción, estableciendo a su vez “Deberes” en su Capítulo II artículo XXXVI, entre los que impone la obligación a todos los individuos de pagar impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos, ello enfatiza claramente una de las formas de obtención de recursos por parte de los Estados para poder cumplir con sus

obligaciones contraídas en los instrumentos internacionales, de tal suerte que cada Estado puede establecer los mecanismos idóneos de recaudación de impuestos suficientes, para tener la posibilidad de garantizar a toda persona el acceso a sus derechos fundamentales en condiciones óptimas y efectivas (DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, 1948).

También, es importante analizar el contenido de la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1949, cuyo objetivo primordial consiste en ofrecer a todo hombre en América una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad, contribuyendo al progreso y la civilización del mundo mediante la cooperación continental, logrando así establecer un orden jurídico como condición para la seguridad y la paz dentro de las Naciones Unidas, este documento aborda la intención de erradicar la pobreza crítica, que constituye, como lo hemos visto, un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos, haciendo hincapié en la educación orientada hacia la justicia, la libertad y la paz, precisando de igual manera la justicia social internacional para que los pueblos alcancen un desarrollo integral en lo económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, como condiciones indispensables para la paz y la seguridad, siendo ello un punto clave para generar condiciones en los Estados que aseguren el pleno disfrute de los derechos humanos como derechos mínimos.

Este ordenamiento, en su artículo 34 establece que un objetivo básico del desarrollo integral de los pueblos consiste en la igualdad de oportunidades, eliminación de la pobreza crítica y distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la participación de los pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, conviniendo los Estados parte a dedicar los máximos esfuerzos para la consecución de ciertas metas básicas entre ellas distribución equitativa del ingreso nacional, defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de conocimientos modernos de la ciencia médica, nutrición y vivienda adecuadas, y condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna; y en su artículo 45 que habla de un orden social justo acompañado del desarrollo económico y paz como condiciones para que el hombre alcance su plena realización, por lo que deben existir condiciones que permitan el trabajo como un derecho, con salarios justos que aseguren la vida, la salud y un nivel de vida decoroso para el trabajador y su familia, así como que le asegure su vejez; esto evidencia

claramente la inter-relación de los derechos humanos (CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1949).

De igual forma, el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1967, contiene compromisos a cargo de los Estados parte para lograr la justicia social y el desarrollo económico, comprometidos con el logro de metas básicas, entre las que figuran la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica, la nutrición y viviendas adecuadas, y condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna, esta interrelación de los derechos es indispensable para el bienestar de cualquier individuo.

Así mismo, establece en su artículo IX, un Capítulo de Normas Sociales en las que refiere que los estados miembros deben dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de principios y mecanismos dirigidos al logro de objetivos como reconocer al trabajo como un derecho y un deber social, que otorga dignidad a quien lo realice y que debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia durante sus años laborables y en su vejez (PROTOCOLO DE REFORMAS A LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1967).

En este punto es conveniente precisar que el trabajo y las fuentes de empleo a su vez mejoran el sector económico del país, trayendo consigo una activación no sólo en el ingreso de las familias, sino en su incorporación a las instituciones de seguridad social, mayor productividad en el país y mayores ingresos hacendarios, entre otros, todo ello mejora las condiciones de vida de la población.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1981, que crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, persigue el mismo propósito y principios consagrados en la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos antes referida que es la justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, su libertad, exento del temor y la miseria.

Dicho documento, refiere deberes para los Estados y derechos protegidos, y obliga a los Estados parte a adoptar disposiciones de derecho interno, si el ejercicio de los derechos y libertades que refiere su artículo primero, no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, en cuyo caso el Estado debe adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de ésta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Lo anterior se traduce en la aceptación y creación de disposiciones necesarias para la plena efectividad de los derechos, otorgando garantías judiciales, que en su artículo 8 refiere como el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente o imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969).

Por otra parte, al firmar México en 1998 el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, se comprometió a adoptar medidas para lograr la progresividad de los derechos, a garantizar mediante disposiciones legislativas o de otro carácter la efectividad de los derechos, a no discriminar y otorgar el goce y ejercicio de los derechos que en él se establecen.

La Observación general N° 14 (2000), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, precisa claramente lo que es la salud, y establece que numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud, como el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. Su reconocimiento en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965. En el apartado f) del

párrafo I del artículo 11 y 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979.

El artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea, de 1961 en su forma revisada (art. 11). La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art.10), también reconocen el derecho a la salud. El derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos (resolución 1989/11), así como en la Declaración y programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales (OBSERVACIÓN GENERAL N° 14 DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS, 2000).

En México, no fue sino hasta 2011 que se llevó a cabo una reforma constitucional en la que los derechos humanos fueron debidamente incorporados al texto de la constitución como derechos fundamentales, adquiriendo fuerza normativa que los vincula a los objetivos directos del Estado, incluyéndose en la normatividad nacional como tales, precisamente en los ordenamientos reglamentarios del artículo 4° constitucional como la Ley General de Salud y las Leyes Estatales de Salud.

Debemos hacer énfasis que en nuestro país los derechos sociales, así como los derechos civiles están contemplados en la carta magna sin distinción, esto para asegurar los derechos que deben conducir a todo ser humano a un estado mínimo de bienestar logrando así una vida digna.

El sistema de justicia constitucional en México prevé un bloque de constitucionalidad con normas de derecho interno y disposiciones de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y su Protocolo facultativo, El Pacto de San José de Costa Rica y el Protocolo de San Salvador, que vienen a complementar la normativa nacional e intentan suplir las deficiencias del derecho nacional asegurando una mayor protección a los derechos humanos, por lo que sus disposiciones resultan ser vinculantes habiéndose logrado en los últimos años avances significativos dejando cada vez más de lado los enfoques reduccionistas carentes de sustento normativo, ya que de la interpretación de las disposiciones de nuestra Carta Magna se desprende que ésta no pretende

reducir su obligatoriedad, sino por el contrario maximizar el cumplimiento de su contenido.

Los derechos sociales en México en los últimos años parte de las reformas del 2011 en materia de derechos humanos y la nueva Ley de Amparo en 2013, que generaron un cambio de paradigma ampliando criterios a este respecto, tanto en las instituciones como en la propia administración pública y en las Legislaturas y el Poder Judicial, para dar contenido significativo al principio de supremacía constitucional y otorgar concordancia y efectividad a lo establecido en el artículo 1º Constitucional respecto al goce de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, así como de las garantías para su protección, por lo tanto a partir de dichas reformas se crean condiciones a nivel constitucional y legal para que jurisdiccionalmente se puedan exigir los derechos sociales a los que pertenece el derecho a la salud.

Estas reformas vienen a eliminar la discrecionalidad con la que se otorgaba el acceso a la salud en México considerada hasta hace algunos años como una acción del gobierno para la población en general de manera altruista, en donde las carencias y falta de atención a la salud de los grupos marginados y excluidos se justificaba como un efecto natural de las propias condiciones de vida en la pobreza, por lo que en ningún caso se veía como una violación a un derecho, por lo que no se tenía posibilidad alguna de acceder a garantías efectivas para su protección (Suárez, 2027: 406).

Es importante señalar que tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos sociales y culturales responden a un derecho natural y positivo al constituir límites a las instituciones y a las personas dentro de la llamada democracia constitucional, debemos entender que la salud es un derecho igualitario de manera que en la exposición de motivos del artículo 4º Constitucional de diciembre de 1982 se reafirma la necesidad de expandir la cobertura universal de los servicios sanitarios adecuados como una de las reivindicaciones de la agenda de justicia social.

Bajo este marco normativo que fortalece a los derechos humanos y especialmente al derecho a la salud a través de instrumentos sobre todo internacionales y regionales, con fuerza vinculatoria para nuestro país respecto al cumplimiento de los compromisos asumidos por el estado mexicano en dichos documentos, nos debe quedar claro, que el Estado

mexicano está obligado a otorgar “garantía” a los derechos fundamentales, lo que implica la realización plena de esos derechos, así como la protección jurídica de los mismos en donde el rol que desempeña el juzgador juega un papel preponderante en cuanto a la protección directa de los derechos económicos, sociales y culturales.

IV. Conclusiones

Como lo refiere Bobbio los derechos tienen una edad, son producto de su tiempo, así como de las necesidades que se desarrollan en cada sociedad en un espacio y momento determinado, el reconocimiento de los derechos humanos es un indicador del progreso histórico de la humanidad, es por ello que resulta importante analizar el derecho a la salud y su marco normativo que los regula para hacerlos efectivos en nuestro país (Bobbio, 1994: 173).

Los derechos progresan en el tiempo por lo que su justificación y alcances tienen nuevas condiciones y de ahí surge la importancia del análisis del derecho a la salud en un nuevo contexto en la era de la globalización y del desarrollo tecnológico y científico que impone condiciones cambiantes en los modelos y estilos de vida de los habitantes del planeta, además de los nuevos retos impuestos a partir de las condiciones impuestas por la pandemia mundial causada por el CORONAVIRUS, que es una muestra palpable de uno de los principales riesgos de la propia globalización.

El ejercicio de este derecho en el marco normativo que lo protege nos permitirá visualizar por una parte las condiciones de vida actuales, así como los retos que enfrentamos ante la progresividad de los derechos; y por otra, el deber del Estado desde el derecho positivo para garantizar y proteger las necesidades básicas y nuevas demandas de los individuos.

Resulta indudable que el estado mexicano desempeña un papel primordial para facilitar la satisfacción de este derecho a través de un sistema de salud que debe ser asequible e igualitario para todos los individuos, desplegando además medidas preventivas respecto a las enfermedades no transmisibles y acciones educativas en el tema de la salud precisamente para evitar las enfermedades prevenibles; y por otra parte y no menos importante garantizar la eficacia de la normativa jurídica ante los tribunales que imparten de justicia, es decir que realmente este derecho goce de protección y

mecanismos de acceso que permitan su efectividad como lo establecen los lineamientos nacionales e internacionales.

La obligación de un país respecto a la garantía, respeto y protección de los derechos humanos debe convertirse en prioritaria y consecuentemente representa un gran compromiso en todos los aspectos, la vulneración y sus constantes violaciones dejan ver la falta de un verdadero compromiso ético, político, económico, social y cultural de quienes deben vigilar y brindar amplia protección a este derecho humano.

También interviene en este factor el funcionamiento de las instituciones encargadas de promover, respetar, proteger y garantizar el derecho conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como lo establece el artículo primero Constitucional; de igual forma, debemos enfrentar además otro problema no menor y que tiene que ver con la falta de educación, compromiso, consciencia y valores sociales que deben ponderarse sobre todo en este tema tan sensible, bajo la visión de obligación compartida entre sociedad y estado.

En México se ha logrado un fortalecimiento a los derechos humanos y especialmente al derecho a la salud a través de instrumentos sobre todo internacionales; en nuestro país se tienen instancias que protegen a las víctimas de violaciones a este derecho; existen tribunales nacionales e internacionales que también pueden actuar en aras de protección ante violaciones al derecho a la salud, sin embargo el reto más importante recae en lograr la realización plena del mismo, así como de los demás derechos humanos en el plano material, para lo cual definitivamente el Estado juega y seguirá jugando un papel preponderante, pero la exigencia no depende de él sino de quienes somos destinatarios de éste derecho, cuya obligación es en definitiva informarnos y hacer valer el derecho a través de las instancias idóneas ya sea en el ámbito jurídico o instancias alternas.

Bibliografía referencias bibliográficas

Carta de la Organización de los Estados Americanos. (1949).
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/P10.pdf>

- Cienfuegos Salgado, D. (2017). Una historia de los Derechos Humanos en México. Reconocimiento constitucional y jurisdiccional. México. Ed. CNDH.
<http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Historia-DH-Mexico-Reconocimiento.pdf>
- CONEVAL, Medición de pobreza 2020, en:
https://www.coneval.org.mx/Medicion/PublishingImages/Pobreza_2020/Pobreza_2016-2020.jpg
- CONEVAL, La política social en el contexto de la pandemia por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19) en México. (2020). en:
https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/iepsm/Documents/Politica_Social_covid-19.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Adopción: IX Conferencia Internacional Americana. Colombia.
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/P10.pdf>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU. 1948.
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2000.pdf>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (2008). Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe, Chile.
http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- Esquivel, G. (2020). Los impactos económicos de la pandemia en México. México. <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/articulos-y-otras-publicaciones/%7BD442A596-6F43-D1B5-6686-64A2CF2F371B%7D.pdf>
- Moreno Cruz, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México. XL (120), 825-852. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42712006>

- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del alto Comisionado (2022). México, <https://hchr.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos/>
- Observación General N° 14 (2000). Consejo Económico y Social. Naciones Unidas. Ginebra. <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcc492,0.html>
- Protocolo de Reformas a la carta de la Organización de los Estados Americanos (B-31) “Protocolo de Buenos Aires”. (1967). Argentina. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-31_Protocolo_de_Buenos_Aires.htm
- Ribottá, S. (2010). Necesidades, Igualdad y Justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas. España. Universidad Carlos III de Madrid. <https://core.ac.uk/download/pdf/29403786.pdf>
- Suárez, I., Madrazo, J., Lajous, A. (2017). El Derecho a la Salud en México: Superando Aspiraciones Constitucionales mediante su exigibilidad Judicial. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4320/25.pdf>
- Truyol y Serra, A. (2000). Los Derechos Humanos. España. Ed. Tecnos.

Apuntes sobre la noción jurídica de los derechos y las garantías

Notes on the legal notion of rights and guarantees.

Adrián Rodríguez Bribiesca⁶³

Sumario. I. Introducción. II. Origen y concepto de los derechos. III. Tipología de los derechos. IV. Categorías de los derechos. V. Generaciones de derechos. VI. Garantías y su clasificación. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

Resumen: El presente texto tiene por objeto informar a todas las personas a qué se refiere el contenido del artículo primero constitucional mexicano al reconocer derechos y sus garantías, analizando los tipos, categorías y generaciones de derechos, y garantías y su clasificación.

Abstract: *The purpose of this text is to inform all people what the content of the first Mexican constitutional article refers to when recognizing rights and their guarantees, analyzing the types, categories and generations of rights, and guarantees and their classification.*

Palabras claves: Origen de los derechos. Tipología de los derechos. Categorías de los derechos. Generaciones de derechos. Garantías de los derechos.

Keywords: *Origin of rights. Typology of rights. Categories of rights. Generations of rights. Guarantees of rights.*

⁶³ Licenciado en Derecho y especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, con estudios de grado en la Universidad de Coruña, España, y estudios del master universitario en derecho constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en coordinación con la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en Madrid, España, docente universitario y servidor público en el Consejo de la Judicatura Federal, y miembros de diversas asociaciones civiles.

I. Introducción.

Con motivo de la publicación de la reforma constitucional mexicana por la que se introducen los conceptos de derechos y sus garantías, en el Diario Oficial de la Federación de 06 y 10 de junio de 2011, se habla de un nuevo paradigma constitucional en México, que más allá de ser de importancia para la ciencia jurídica, pretende dar a conocer a todas las personas sin discriminación alguna el significado de dichas expresiones para acercar el conocimiento a quienes tengan interés en el tema –e incluso a quienes no lo tienen y les beneficia-. Al respecto, entre otras cuestiones relativas al referido paradigma encontramos que ni los tribunales judiciales ni la dogmática jurídica ha señalado a la fecha con claridad qué debemos entender por derechos y garantías en ese contexto y, desde luego, poco ha sido el estudio relativo que no permita comprender el origen, tipos, categorías y generaciones de derechos, así como la clasificación de las garantías para protegerlos; sin embargo, en un intento por aproximarnos al significado de dichas expresiones y brindarlo a toda la gente interesada en el tema pretendemos dar a conocer el significado de dichos conceptos jurídicos fundamentales –entendiendo por tales a aquellas expresiones técnicas propias de las ciencias formales caracterizados por abarcar diversas connotaciones específicas- por lo que en el presente texto abordaremos dichas cuestiones. En este sentido, toda vez que ni los tribunales judiciales ni la dogmática jurídica ha procurado el estudio y la difusión de dichas expresiones en el contexto referido para dar a conocer el contenido de las mismas, señalaremos algunas consideraciones en torno a la caracterización y evolución de las mismas, enfatizando que dicho tema ha sido un aspecto tratado en pocas ocasiones, y que la impronta labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de sus Salas, han introducido un concepto en sus resoluciones que consideramos aún más avanzado que el de derechos humanos y que, en el tema de las garantías ha revolucionado el tema –sin pronunciarse al respecto- ya que si bien dichas garantías en el ámbito teórico pueden estudiarse desde tres bloques principalmente, lo cierto es que la labor de la instancia judicial plenaria y sus salas ha desarrollado un cuarto concepto poco conocido hasta ahora sobre las garantías para proteger los derechos, pues de un estudio al caso podemos advertir que, si bien ha estado presente en el estudio de las

garantías, lo cierto es que es poco difundido y por tal motivo hay que prestarle atención.

En este sentido, y toda vez que a las jurídicas les incube el análisis de los contenidos formales y que los derechos y sus garantías son conceptos jurídicos fundamentales, cabe precisar que “el uso de conceptos deónticos necesita una fundamentación, con objeto de evitar su uso indiscriminado y arbitrario. Es una tarea central de la ciencia jurídica establecer la fundamentación teórica de los conceptos deónticos” (Bulygin, 2015, pág. 13). Es por ello que en este trabajo hacemos un estudio teórico sobre los derechos y las garantías atendiendo al complejo paradigma de que nos menciona la citada reforma constitucional.

Al respecto, consideramos que para llegar al conocimiento de algo primero es importante dudar sobre lo mismo, así que en lo que atañe a nuestro objeto de estudio nos preguntamos “¿qué son los derechos?” y, a su vez, “¿qué son las garantías?”, en virtud que de las respuestas obtenidas identificaremos su origen, naturaleza, contenidos, construcciones históricas y aplicaciones actuales, y conforme a ello, podremos lograr que cuando se nos presenten dichas expresiones en la legislación busquemos la plena eficacia de los mismos para que –como señala el artículo primero constitucional mexicano- podamos promover, proteger, respetar y garantizarlos de mejor manera.

En esta tesitura, por lo que hace a la oportunidad de este trabajo, pretendemos analizar el concepto jurídico fundamental de los derechos y sus garantías, y para ello, emplearemos una metodología deductiva, principalmente, la cual nos permitirá aproximarnos con cautela científica al contenido de los mismos y nos brinde así la oportunidad de desarrollar el cuerpo de nuestra investigación para que finalmente podamos elaborar diversas conclusiones sobre los mismos y, a manera de conclusión, también exhortemos a todas las personas interesadas en el tema para que agreguen más y mejores debates en torno a los mismos, se involucren, reconozcan tales contenidos y se conviertan en promotoras de sus propios derechos y garantías.

Sin más prolegómenos, damos paso a la investigación que atañe al tema de este trabajo, esperando que sea del agrado de quienes nos leen y ello fomente la siempre nutrida participación de todas las personas, en un ambiente de respeto y cordialidad, manifestando que se trata de un texto

teórico, por lo que no es posible localizar aquí un marco jurídico propiamente por no ser la oportunidad debida, ya que en todo caso el presente texto se muestra como un documento de apoyo de naturaleza teórica en la materia.

II. Origen y concepto de los derechos.

El concepto jurídico de derecho o derechos es entendido como la “inmunidad, libertad, privilegio, prerrogativa, facultad, exención, potestad, poder, pretensión legítima, interés legítimo, atribución, garantía, capacidad, competencia, autorización, permiso, licencia, franquicia, impunidad, concesión, título, opción limitación de responsabilidad, prioridad preferencia, jurisdicción, independencia, autarquía, autonomía, imposibilidad, etcétera” (Hohfeld, 2017, págs. 10 a 11), y se estudia en el lenguaje jurídico como un fundamento teórico, reconocimiento de contenidos, valores axiológicos, prácticas o aspiraciones subjetivas y, es probablemente, que sea uno de los conceptos más empleados en el vocabulario de estudiantes y profesionistas de las ciencias jurídicas, principalmente, por tanto, dicha expresión es clasificada jurídicamente como un concepto jurídico fundamental; entendiendo por tal a aquellas manifestaciones del lenguaje con la que se pretende dotar de significado a una institución de la ciencia jurídica. Al respecto, el concepto de derecho o derechos comenzó a utilizarse jurídicamente a partir del siglo XVI, sin embargo, no pasa inadvertido que, previo a ello, encontramos textos principalmente de contenido religioso que según sus contenidos refieren la existencia de derecho o derechos de las divinidades, padres, tutores, hijos, hermanos o autoridades políticas y sacerdotes religiosos, sin embargo, hay que precisar que en estos casos no podemos hablar propiamente de derecho o derechos sino de potestades o dominios de poder reconocidos a las personas sobre otras personas o sobre bienes materiales.

Lo anterior es así porque, por ejemplo, los romanos en la antigüedad empleaban *potestas* o *dominium*, concepto con que se entendía el poder de dominio, facultad, capacidad o facultad legal que describía las “relaciones donde el *pater familias* gozaba de un poder individual sobre los otros miembros de la familia y sobre las cosas.” (Cruz Parceró, 2017, pág. 22), y que fue con posterioridad al medievo (años de 476 e.C. –caída del Imperio Otomano- hasta 1492 -llegada de Cristóbal Colón al continente americano),

que encontramos propiamente el concepto de derecho o derechos en el lenguaje jurídico.

Por ello, “no cabe duda que la expresión derechos y sus equivalentes en idiomas latinos, en inglés y alemán (*diritti, droits, rights, Rechts*) se comenzaron a utilizar hasta el siglo XVI” (Cruz Parceró, 2017, pág. 22) con un sentido jurídico. Por ejemplo, dentro de la literatura posterior al siglo XVI encontramos a John Locke quien en el segundo libro del *Tratado sobre el gobierno civil* refiere que “Adán no tuvo, ni por natural derecho de paternidad ni por donación positiva de Dios, ninguna autoridad sobre sus hijos o dominio sobre el mundo, cual se pretendiera.” (Locke, 2014, pág. 1), de lo que podemos advertir que es uno de los primeros autores que utiliza el vocablo de derecho o derechos como facultades subjetivas y no como un poder de ejercicio sobre las cosas o las personas. Por ello, el medioevo representa para el estudio de los derechos una etapa histórica decisiva para incluirlo dentro de las ciencias deónticas; porque pasando por tal momento aquello que se entendía como la facultad o poder de una persona sobre otra o sus bienes, por ello, a partir del siglo XVI es posible identificar que dicho avance permea en el lenguaje jurídico y tales conceptos se apartan de su primigenia idea y son trasladadas a reconocimientos en favor de las personas para custodiarse a sí mismas y no ya como una facultad o atribución de una persona sobre la otra.

Ahora bien, al mirar con atención, identificamos que el periodo histórico a que aludimos nos sitúa en el liberalismo, por tanto, el concepto de derecho o derechos es un concepto jurídico de dicha etapa, y hay que recordar que en aquel momento es cuando empieza a surgir la idea de reconocer a las personas ciertos mecanismos de defensa ante la arbitrariedad y el despotismo; de ahí que en aquel momento “los derechos se conciben como esferas de la autonomía personal frente al Estado, como espacios jurídicos y políticos de libertad individual que deben ser inmunes a su acción.” (Blanco Valdés, 2021, pág. 140). Al entender así los derechos, decimos que el principal objetivo de introducir dicho concepto en el lenguaje es para destacar que las personas físicas pueden hacer frente a conductas del Estado, y en tanto idealizado como un sujeto de Derecho es perfectamente válido que los individuos puedan oponerse a las conductas atribuidas al Estado y, desde luego, frente a las demás personas particulares para defenderse.

Otro gran salto que de importancia para el estudio de los derechos viene con el desarrollo de las ciencias jurídicas en el siglo XX, principalmente por

el austriaco Hans Kelsen quien advirtió que cuando hablamos de derecho o derechos en sentido puro nos referimos “al hecho negativo de que la conducta en cuestión del individuo no se encuentre prohibida y, por tanto, a que en ese sentido negativo le está permitida; que es libre de realizar u omitir una determinada conducta; pero con ese giro también puede querer decirse que un determinado individuo está jurídicamente obligado –o, inclusive, que todos los individuos están jurídicamente obligados–, a actuar de determinada manera con respecto del individuo que tiene el derecho subjetivo.” (Kelsen, 1981, pág. 139).

Este concepto es importante en la evolución del concepto en estudio porque el autor, además de analizar los derechos como facultades axiológicas inherentes a las personas para su autotutela conforme al orden jurídico, trata elementos valorativos reconocidos en su favor que le permiten desplegar determinada conducta frente a terceras personas, incluidas las autoridades del Estado.

En este sentido, es innegable que el concepto de derecho o derechos nació en Europa en el siglo XVI para designar aquellos mecanismos que a través del orden jurídico se reconocen en favor de las personas, y de ahí fue distribuyéndose a diferentes partes del mundo, de ahí que desde entonces el derecho o derechos sean concebidos como atributos valorativos de las personas; sin embargo, cabe destacar que en ese momento histórico eran reconocidos a las personas humanas únicamente y no a los entes estatales, ya que dichas personas eran quienes se enfrentaban a perjuicios. Es cierto que con el desarrollo de las ciencias jurídicas, el concepto de derecho o derechos que en principio se entendió como reconocimientos axiológicos de las personas humanas ha ido cambiando, por ello decimos que las personas gozan de derechos mientras que las autoridades gozan de facultades y atribuciones, principalmente; por ejemplo, al decir que tal o cual persona tiene derecho a un salario, a la vivienda, a la protección de la salud, a la educación, a transitar libremente por los espacios públicos, a decidir sobre su sexualidad, a manifestar ideas, lo cual es diferente de las facultades y atribuciones de las autoridades del Estado que conforme al ordenamiento jurídico de que se trate se tienen para imponer una sanción, dictar medidas de apremio, para dictar tal o cual resolución o para intervenir las comunicaciones, entre otras. En este sentido, tanto los derechos y las facultades y atribuciones deben estar previstos en el ordenamiento jurídico

como un mecanismo normativo, ya que de otra manera no es posible hablar de ellos, es decir, en todo caso no habría derechos, facultades o atribuciones para ofender, agredir, agravar o denigrar a alguien más, pues en todo caso estas conductas no serían propiamente derechos, facultades y atribuciones sino que deberían tenerse como aspiraciones o respuestas con las que se pretenda protegerse al sujeto según se trate, no obstante que es coincidente la literatura en señalar que atendiendo a la relación de supra o subordinación entre personas físicas y el Estado, únicamente tales respuestas pueden ser válidas, no con ello jurídicamente correctas, que se den en un plano de igualdad, porque de otra manera se consideran violaciones o infracciones, no respuestas, por ello se dice que el Estado a través de sus autoridades violan o infringen los derechos o que las personas violan o infringen disposiciones normativas que establecen las esferas competenciales del Estado, conforme al ordenamiento jurídico.

No podemos afirmar válidamente que los derechos hayan sido empleados en lugares y épocas previas a la era común en alguna otra parte del mundo como algunos textos refieren ni con la intención de referirse a los mismos contenidos que en la actualidad se incluyen en dicho concepto, mucho menos que el Estado cualquiera que sea, tenga en principio reconocidos diversos derechos.⁶⁴

III. Tipología de los derechos.

Ahora, es importante destacar que el concepto de derecho o derechos atiende a una tipología, y cuando decimos eso afirmamos que no todos los contenidos que envuelven los derechos sean iguales, de ahí que encontramos derechos naturales, morales, público subjetivos, del hombre, humanos, y más recientemente, fundamentales, por ejemplo; al respecto, esta última tipología es empleada para identificar el origen, desarrollo, contenido y efectos de un derecho o derechos en algunos países ibéricos, mientras que en el caso de América Latina, y por supuesto México, se hable de derecho humanos.

Al respecto, mientras que los derechos naturales fueron concebidos como esferas de la autonomía humana que por razón de la naturaleza o las

⁶⁴ Para mayores datos sugerimos el texto de Blanco Valdés, Roberto L, *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, 2ª ed., España, Alianza editorial, 2021, pág. 153.

divinidades se concedieron a las personas, los derechos morales atienden a aspectos morales o éticos que suprimen el contenido divino, lo cual implica un desapego de las concepciones divinas, por su parte, los derechos de tipo publico subjetivos⁶⁵ forman parte de la idea desarrollada por juristas alemanes, principalmente, con que se busca desprender el contenido valorativo y afianzar el reconocimiento a las leyes generales que integran al ordenamiento positivo del Estado, por su parte, la tipología de los derechos del hombre que es un concepto empleado por primera vez en la historia por Juan Jacobo Rousseau (Hunt, 2009, pág. 71 a 72) se refiere a aquellos reconocimientos que las autoridades “entregan” a los hombres atendiendo a sus condiciones sociales, económicas y políticas, entre otras, mientras que los derechos humanos, aluden a un concepto empleado por primera vez en la historia por Voltaire (Hunt, 2009, pág. 71 a 72) y por el que se “reconoce” a todas las personas sin discriminación alguna por razón de sexo, condición social o económica, creencias, trabajo, religión u otras determinada facultad, y recientemente; como se advierte, esta tipología ha sido una de las más importantes porque al reconocer los derechos a través del ordenamiento jurídico se asume que son anteriores a la creación del Estado, por lo que éste únicamente puede reconocerlos pero de ninguna manera puede entregarlos u otorgarlos. Asimismo, dentro de la tipología de derecho o derechos también encontramos la expresión de los derechos fundamentales, el cual a diferencia de los anteriores, ha surgido en América a través de la Declaración de Independencia de 04 de julio de 1776 (Cruz Villalón, 1989, pág. 41), y son definidos como aquellos contenidos subjetivos que se conciben en tanto reconocimientos en favor de todas las personas por el Estado a través del ordenamiento jurídico y que, además, son anteriores al orden estatal, por ello, es el propio Estado a través del ordenamiento normativo quien los dota de mecanismos para su protección en caso de eventuales violaciones. Este concepto es recientemente, conforme a nuestro punto de vista uno de los más elaborados jurídicamente si se tiene en cuenta que son anteriores al Estado, porque no hace relación a contenidos valorativos de carácter moral o ético, religioso, no son entregados por autoridades y, adicionalmente, nos remite a

⁶⁵ Es importante destacar que “El concepto de derecho subjetivo tiene su raíz en las concepciones de Leibniz y Wolf (...) según nos ilustra el maestro Ulises Schmill Ordoñez en Comanducci, Paolo, *La disputa entre positivismo y neo-constitucionalismo*, México, Fontamara, 2018, pág. 17.

la idea que son aquellos que en caso de existir presuntas o detectadas violaciones a su contenido, están garantizados con mecanismos de tutela a efecto de reforzar el contenido, es por tanto que dada la pretendida materialización y búsqueda de la efectividad, Thomas Jefferson (1743-1823) afirmó, al respecto que los “Abrazamos como verdades evidentes en sí mismas el que todos los hombres son creados iguales, que el creador los dota con derechos inalienables [...] Que para asegurar estos derechos se instituyen los gobiernos entre los hombres, derivando su poder del consentimiento de los gobernados.” (Blanco Valdés, 2021, pág. 144).

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta que los conceptos del lenguaje sufren modificaciones según las circunstancias contextuales por razón de tiempo y espacio, la expresión de derecho o derechos ha sufrido las propias a lo largo del tiempo y, por ello, siguiendo a Guillermo Escobar Roca, decimos que actualmente existen cinco tipos, cuyas características son las siguientes: “1) Los derechos subjetivos son inherentes de las personas, reconocidos en una norma jurídica, generalmente de rango legal y garantizados al menos en sede judicial, (...) 2) Los derechos humanos se utilizan normalmente en dos contextos, en apariencia distintos: la Ética o la Moral (derechos humanos como derechos morales) y el Derecho internacional, este entendido como en un sentido digamos tradicional. (...), 3) Los derechos morales existen en la conciencia y reivindicación de los filósofos (moral, crítica o de la ciudadanía) (moral positiva) pero no son propiamente derechos en sentido jurídico (...), 4) Los derechos fundamentales son los derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, de lo que se siguen respectivamente dos consecuencias o elementos necesarios de este concepto, tutela judicial directa (sin esperar al desarrollo legislativo) y vinculación de todos los poderes públicos y en especial del legislador.” (Escobar Roca, 2018, pág. 21).

Lo anterior sin menoscabo de la existencia de derechos reglamentarios, legales, estatutarios, constitucionales o previstos en textos de fuente internacional, mismos que en todo caso, atienden a la norma en la que se hayan reconocidos pero en sí misma la tipología poco dice del contenido sustancial del mismo. Ahora bien, con los breves apuntes antes indicados, señalaremos cuales son las categorías en que se inscriben tales derechos como a continuación se precisa.

IV. Categorías de los derechos.

Cuando hablamos de categorías de derechos –diferente de la tipología de derechos- identificamos, primariamente, que corresponden a la agrupación o listas en derechos civiles y políticos, y los llamados económicos, sociales y culturales. Al respecto, las categorías de derechos fueron introducidas en el lenguaje jurídico desde el siglo XVIII y normativamente fueron aceptadas por los juristas a partir de la adopción de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948, suscrita por los Estados miembros de la entonces Sociedad de Naciones, antecedente de la actual *Organización de las Naciones Unidas*, de la que surgieron tanto el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* -llamados en su conjunto *Pactos de Nueva York*⁶⁶ por haber sido signados en la ciudad del mismo nombre el 12 de diciembre de 1966, así como sus respectivos Protocolos facultativos, de ahí que tenemos dos grandes categorías de derechos.

Es cierto que a la primera categoría se la concibe como la lista dentro de la que se agrupan reconocimientos relativos al aspecto civil y político de las personas, y a tales derechos se los definen como aquellos que “fueron pensados como garantías frente a la arbitrariedad del poder político como barreras de protección, como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipresencia del Estado que “exigen del Estado una inhibición o auto restricción.” (Contreras Peláez, 1994, pág. 17), estos es así ya que en el siglo XVI es cuando se busca establecer mecanismos para que el Estado absolutista se torne en un Estado de Derecho, sujeto a las leyes. Por ello, los derechos de primera categoría son definidos también como aquellas “libertades negativas, para cuya plena satisfacción basta que los poderes públicos se abstengan de actuar” (Contreras Peláez, 1994, pág. 17).

A diferencia de la anterior, a la segunda categoría, familia o lista de derechos se la identifica porque “constituyen la expresión jurídica de las demandas promovidas por las doctrinas socialistas con tendencias libertarias: derechos fundamentales que, sin dejar de ser individuales, son reconocidos y protegidos también en aras del interés social” (Salazar Ugarte, 2017, pág.

⁶⁶ Sugerimos revisar el texto de Diez De Velazco Vallejo, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18ª edición, Tecnos, 2009, pág. 668, en que el autor ilustra mayores datos al respecto.

151), y estos derechos constituyen el “primer elemento innovador y específicamente característico de la democracia constitucional del siglo XX” (Salazar Ugarte, 2017, pág. 148). Hay que mencionar que estos derechos, a diferencia de la primera categoría, “se presentan como expectativas ligadas a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación” (Pisarello, 2007, pág. 11). Asimismo, no se describen como aquellos en los que el Estado deba evitar la intervención de su actividad sino en que, contrariamente, realice las conductas de tipo activo para conseguir que se materialicen los mismos, he ahí la distinción entre ambas categorías.

En este orden, siguiendo las características de dichas categorías es posible advertir en aquel momento que la primera lista se considera como la agrupación de derechos de naturaleza negativa, es decir, que para lograr la efectividad de los derechos se requiere que los agentes estatales se abstengan u omitan llevar a cabo diversas conductas, mientras que la segunda categoría o lista se caracteriza porque marcan un cambio de paradigma que implica que para lograr la efectividad de los mismos es necesaria la intervención activa por parte de las autoridades del Estado, por ello, la primera categoría es también llamada de los derechos civiles y políticos, negativos o de primera categoría, mientras que es denominada de los derechos económicos, sociales, y culturales, positivos, prestacionales o de segunda categoría o costosos.

Dadas las interacciones de los derechos entre sí y las recientes investigaciones, que esta distinción de categorías únicamente es comprensible a los efectos de mostrar diferencias metodológicas de carácter académico porque en el plano de la realidad, lo cierto es que tanto los derechos de primera como de segunda categoría implican la acción u omisión por parte de los Estados, en mayor o menor medida, según sea el caso de que se trate. Por ello, Roberto Gargarella afirma que “no tenemos buenas razones para tratar a los derechos sociales como derechos de “segunda categoría” frente a los derechos de “primera categoría” porque ya en la actualidad es problemático sostener la afirmación”; por su parte, Francisco Javier Ansuategui Roig ilustra que en el correspondiente estudio “nos percatamos que existen formulaciones que hoy, sin duda, incluiríamos en un discurso de derechos sociales y que están vinculados a estrategias prestacionales” (Ansuategui Roig, 2009, pág.152), lo cual dilucida la distinción marcada en principio. Por ello, actualmente, hablar de la existencia de categorías de

derechos es una cuestión que debe tenerse como superada porque no hay derechos de primera o de segunda, sino que en todo caso son derechos cuya efectividad requiere de diversos mecanismos pero no por ello debe subsistir la distinción entre los mismos en su adjetivación, sino que las categorías son válidamente sólo en el campo doctrinario y deben ser empleadas para establecer el momento en que son reconocidos a partir del siglo XX y para hacer referencia a la intervención de la conducta del Estado como sujeto obligado para lograr a través de acciones u omisiones la efectividad de los mismos.

V. Generaciones de derechos.

Continuando con el tema, un avance importante en la búsqueda de suprimir las categorías de derechos nos la brinda la interacción de la ciencia jurídica con la historia, y en atención a ello, diversas investigaciones han introducido las concepciones de generaciones de derechos aludiendo a que no hay diferencia entre los derechos por sí mismos, sino que es más viable, a efecto de paliar las diferencias señaladas, establecer que las distinciones radican en atención al tiempo en que normativamente han sido reconocidos por los Estados a lo largo del tiempo.

Hablando de generaciones de derechos, las investigaciones, señalan la existencia de reconocimientos de primera, segunda, tercera, cuarta, quinta o hasta sexta generación, e incluso hay investigaciones que afirman la existencia de hasta la novena generación; sin embargo, consideramos viable circunscribirnos únicamente hasta la sexta generación, por lo siguiente.

La primera generación –según estas investigaciones- surgió en el siglo XVIII durante la época de la Asamblea Nacional francesa⁶⁷ y se refiere a los llamados derechos civiles y políticos o libertades clásicas conseguidas por demandas del pueblo francés en Europa, por ello, sobre estos derechos podemos decir que: “son aquellas normas que garantizan a los seres humanos, en cuanto individuos, el goce de bienes jurídicos básicos de la

⁶⁷ Recordemos que esta institución es enmarcada en el periodo de la revolución francesa, presidida por Jean Sylvain Bailly, que permite la transición política de Estados Generales y cuyas labores iniciadas el 17 de junio de 1789 y que culminan con la instalación de la entonces Asamblea Nacional Constituyente el 09 de julio de 1789.

persona humana, esto es, la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad.” (Arévalo Álvarez, 1997, pág. 75).

Posteriormente, los derechos de segunda generación los encontramos hasta el siglo XVIII y principios del XIX, sin embargo, por lo que hace al reconocimiento en textos constitucionales hubo que esperar hasta el siglo XX para hablar de ellos. En este sentido, la constitucionalización de los derechos de segunda generación aparece en América, a partir de la adopción de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 05 de febrero de 1917 a principios del siglo XX con los llamados derechos económicos, sociales y culturales, inscritos en el contexto del Estado social, *welfare state*, o Estado de bienestar, reconocidos, por ello, el reconocimiento “de los derechos sociales es una aportación de México al constitucionalismo universal. La constitución mexicana de 1917 y luego la alemana de Weimar, de 1919, son textos constitucionales que reconocen de manera indiferenciada el derecho al trabajo, a la educación y a la seguridad social junto con el derecho de huelga y la libertad sindical. Diversos autores coinciden que los derechos sociales permiten a sus titulares exigir una actuación positiva de parte del Estado, lo que los diferencia de las garantías individuales, que representan primordialmente una abstención del propio Estado” (Contreras Bustamante, 2019, pág. 254).

Posteriormente, la tercera generación surge a mediados del siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945) y el periodo de la guerra fría, en que además de los daños causados a los reconocimientos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales de las personas que habitaban en los lugares en los que se desarrolló el conflicto bélico, advertimos la existencia de la destrucción de otros seres de la naturaleza como animales, plantas o minerales, y es por ello que “[e]stos nuevos valores los define el maestro Cipriano Gómez Lara como aquellos “derechos sociales que se manifiestan en el contexto de la colectividad o de la propia humanidad en su conjunto, en cuanto a su supervivencia, sanidad, y disfrute de la vida sobre la Tierra: como el derecho a la paz, derecho a la conservación ecológica, derechos colectivos de los consumidores, derechos de refugiados, de minorías étnicas, etc.”⁶⁸ Sobre el tema, Carlos Quintana Roldán afirma que “son los de género,

⁶⁸ Para mayor información recomendamos consultar el artículo publicado de Gómez Lara, Cipriano, “La protección procesal de los derechos fundamentales” en España por la Universidad Nacional de Educación a Distancia en 1990.

particularmente referido a la mujer y su protección; derechos de las minorías o de ciertos grupos que requieren especial atención y protección por su posición en la sociedad: como derechos del niño, del anciano, de los indígenas, de los minusválidos, de los enfermos, etc.” (Quintana Roldán, 1998, pág. 19). Asimismo, Raúl Contreras Bustamante señala que esta categoría es también llamada “de los derechos difusos” (Contreras Bustamante, 2019, pág. 255); al respecto, y partiendo del concepto de difuso, podemos decir que los derechos lo son porque comparten características tanto de la primera y la segunda generación, lo cual difumina el contenido sustantivo.

Luego de las anteriores surge la cuarta generación de los derechos que es desarrollada a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, y ésta generación presenta diferencias respecto a las anteriores porque la se concibe como un nuevo esquema para entender los derechos al enunciarse derechos no sólo de las personas humanas sino de otras especies de la naturaleza humana y la introducción del trato ético las demás de naturaleza animal o vegetal⁶⁹; no obstante las apreciaciones, introducir esta generación implica, desde el punto de vista jurídico que se rompa la estructura de concebir a los derechos como se tenía desde el siglo XVIII y surge la duda respecto a las conductas de acción u omisión que las especies de la naturaleza, ya sea animal o vegetal, puedan hacer valer conforme a los documentos normativos en caso de violaciones a los contenidos de los mismos, y en su caso, pone la duda respecto a quién o a qué debe responder por las eventuales violaciones o falta de efectividad a dichos derechos, de ahí la problemática que en el campo de las ciencias jurídicas supone el reconocimiento de estos derechos.

Seguidamente, tenemos a la quinta generación con la que la expresión alude al derecho de las máquinas, artefactos robotizados y la inteligencia artificial y el *software*.

Finalmente, tenemos a la sexta generación de derechos; sobre esta se habla incluso de reconocer derechos a personas con identidad alterada por modificaciones *gano-nano-robo-tecno*, es decir, se empieza a hablar de seres trans-humanos, sin embargo, el debate aquí surge respecto al concepto de la

⁶⁹ Respecto a esta generación se sugiere revisar el contenido del nuevo constitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, específicamente, por lo que hace al reconocimiento de derechos de la naturaleza o la Pachamama, por ejemplo, reconocidos dentro de la vigente constitución política del Ecuador.

dignidad humana para crear a tales seres y equipararlos a personas humanas y deja la interrogante relativa a que si una persona humana de iniciativa privada e incluso pública pueda crear a un ser trans-humano, sea quien en principio haga que los derechos le sean reconocidos a su creación, modificando con ello la teoría de los derechos, e incluso el concepto político liberal de soberanía popular que hasta hoy se considera incontrovertible, en oposición al de la soberanía nacional de antaño sostenida.

Conforme a estas anotaciones, surge la duda si es viable una reformulación del concepto jurídico de derechos, el contenido y alcance que pueda tener y es por ello que algunas investigaciones únicamente prefieren abordar las tres primeras generaciones porque estiman los autores que estamos frente a nuevos retos que la tecnología comporta en el leguaje, contenido, defensa y efectividad de los derechos como fueron concebidos y que, incluso de aceptarse la propuesta, puede no materializarse la defensa y eficacia de los derechos, lo cual presentaría un desgaste y quizá un debate interminable en que el concepto de la seguridad jurídica se vea comprometida a desaparecer del leguaje normativo.

Por ello, algunas investigaciones jurídicas se muestran reticentes y con severas dudas respecto a establecer o reconocer derechos más allá de la tercera generación, ya que si bien las personas humanas pueden hacer valer violaciones contra los derechos de los animales o los vegetales, lo cierto es que, hablando de las siguientes generaciones (cuarta en adelante), en términos jurídicos resulta difícil impugnar la violación de derecho a maquinas, robots, *software* o seres trans-humanos, de los cuales no existe certeza empírica plena de su condición como sujetos de Derecho; es decir, las primeras tres generaciones de derechos pueden ser salvadas mediante argumentación, sin embargo, las demás presentan promisoriamente derechos y mecanismos de salvaguardas, pero al Derecho como ciencia no le incumbe prometer o declarar sino atender normativamente lo viablemente posible, de ahí que existan discrepancias en reconocer tales generaciones posteriores a la tercera por el debate que deja a cargo de la solución de la dogmática jurídica.

En ese sentido, si bien los derechos, en cualesquiera de las tipologías, categorías o generaciones de que hablamos se presentan como núcleos de reconocimiento de contenidos en favor de la autonomía de personas, es preponderantemente establecer los mecanismos jurídicos con los que no sólo

se reconozcan, sino que tenga plena efectividad en caso de violaciones, y ello posibilita hablar de garantías para la protección de los mismos.

VI. Garantías y su clasificación.

En el orden señalado, como maneras de atender o proteger a los derechos indicados, dentro del lenguaje jurídico existen salvaguardas o mecanismos de protección y tutela de los derechos a las que se les reconoce técnicamente como “garantías”, concepto cuyo origen semántico es posible encontrarlo también en textos del siglo XVIII del idioma francés e italiano principalmente como *garantie* y *garanzia*, respectivamente, para referirse al sustantivo con el que se hace alusión al efecto de defender, afianzar, asegurar, estabilizar, afirmar, e incluso también para arreglar o reparar algo.

Concretamente, en la actualidad, dentro del lenguaje de las ciencias jurídicas, el concepto de garantía hace alusión a la “idea estrictamente formal, de forma que se suele decir que un derecho está garantizado cuando existe algún mecanismo técnico jurídico diseñado para protegerlo.” (Cruz Parceros, 2017, pág. 204). Por ello es común que, hablando en términos jurídicos sea recurrente emplear nociones como las de “derechos y garantías”, es decir; contenidos objetivos y mecanismos sustantivos para protegerlos, por lo que cuando se afirma que un derecho está garantizado decimos que al mismo tiempo de su reconocimiento le están asegurados los mecanismos para evidenciarlos, protegerlos y, en su caso, arreglarlos o repararlos por quienes tengan la obligación de ello conforme al orden normativo de que se trate.

Al respecto, propiamente dentro del estudio jurídico del concepto de las garantías, actualmente es aceptada la distinción tripartita entre garantías constitucionales, políticas o institucionales y jurisdiccionales, e incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus salas ha ido más adelante al abordar el concepto de garantías instrumentales, lo cual supone un avance en el estudio de las mismas y un aporte por la instancia judicial mexicana al análisis de la dogmática jurídica, sin embargo, -vale decirlo- dicha instancia federal mexicana no se ha pronunciado por clarificar el contenido o clasificación de las mismas si es que las hubiere, empero la corte mexicana ha utilizado dicho concepto, por lo que su argumentación supone un avance respecto al tema de las mismas.

Cuando decimos que hay garantías constitucionales en favor de los derechos afirmamos que estos instrumentos normativos de protección “son mecanismos de tutela previstos en las constituciones por el legislador constituyente” (Pisarello, 2007, pág. 115), al respecto, estas garantías suelen estar divididas técnicamente en el lenguaje normativo en a) procedimentales y b) sustanciales; dentro de las primeras están los procedimientos de reforma constitucional y dentro de las segundas encontramos a la reserva de ley.

Respecto al procedimiento de reforma constitucional como garantía también es importante destacar la existencia del procedimiento agravado o también llamado gravoso y el procedimiento simple. Mientras que en el procedimiento de reforma agravado o gravoso están aquellos mecanismos de participación de los representantes en que participan conjuntamente para lograr la reforma constitucional en las cámaras legislativas -Cámara de Diputados y Senado- y las autoridades legislativas de las entidades territoriales del Estado de que se trate (Diputados locales) mediante su votación mayoritaria calificada y favorable para la aprobación de la reforma pretendida; de esta manera, en el caso del procedimiento de reforma constitucional agravado o gravoso como garantía de los derechos únicamente se requiere la participación de una mayoría simple de votación de legisladores para tales efectos.

En el caso de la reserva de ley como garantía de los derechos entendemos aquellas instrucciones constitucionales que, de aprobarse la reforma en los términos previstos, mediante el procedimiento agravado o simple, esté prevista la obligación normativa de que derechos sean reconocidos exclusivamente por el legislador ordinario en leyes generales, eliminando con ello la posibilidad de que los derechos puedan ser reconocidos en reglamentos, directrices, principios, estatutos reglamentarios o cualquier otro instrumento normativo del ordenamiento jurídico que sea inferior al valor reconocido en una ley general y que por su condición jurídica sea fácilmente reformable por las autoridades e incluso se llegue al extremo de dejar de reconocerse en el orden normativo de que se trate.

Por otra parte, dentro de las garantías institucionales⁷⁰, o también llamadas políticas, encontramos según el ordenamiento normativo del Estado

⁷⁰ Para mayor información proponemos revisar el texto de Blanco Valdés, Roberto Luis, *La construcción de la libertad*, España, Alianza Editorial, 2019, pág. 306, en que al respecto afirma que son “una clase de instrumentos de defensa y protección de los derechos allí donde se ha

de que se trate, a aquellas autoridades o instituciones principalmente dependientes del poder ejecutivo o del legislativo ordinario, que tienen por disposición constitucional la encomienda de asumir la defensa de los derechos –cualesquiera que sean- mediante un acto de juramento o protesta constitucional; entre las garantías institucionales o políticas encontramos a los juramentos reales (monarquías parlamentarias en el caso de España, por ejemplo) y rendición de protestas de servidores públicos al acceder a un cargo público (repúblicas, como en el caso de México, por ejemplo). Respecto a la enumeración de estas garantías de los derechos están, *verbigracia*, las instituciones políticas llamadas, según el Estado y ordenamiento de que se trate, el defensor del pueblo o comisiones de derechos humanos, el *ombudsman*, *ombudsperson*, defensorías de derechos, el defensor de los derechos civiles y políticos, comisionado para los derechos de los ciudadanos, la figura del abogado del pueblo, el defensor de los derechos de las minorías, el defensor cívico, entre otros calificativos; sin embargo, y no obstante la connotación que se les brinde, lo cierto es que el origen de estas garantías procede de los ordenamientos normativos de los países nórdicos⁷¹, y que dependiendo del ordenamiento normativo, tales instituciones políticas como garantías para los derechos tienen reconocida personalidad jurídica, legitimidad y competencias constitucionales y legales para hacer valer las posibles violaciones ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria e inclusive tribunales de la jurisdicción constitucional.

Encontramos, en tercer lugar, a las garantías jurisdiccionales (Pérez Luño, 2013, pág. 62) o garantías judiciales, mismas que se interrelacionan con las anteriores en el sentido que son instituciones y procedimientos jurisdiccionales o judiciales que los ordenamientos normativos de los Estados prevén en favor de la personalidad de determinadas instituciones públicas o

procedido a la creación de un órgano especial –de tipo ombudsman o defensor del pueblo- destinado específicamente a protegerlos o donde la protección de esa naturaleza se asigna a un órgano que tiene además otras misiones. Estamos ahora ante una institución que, con diferentes denominaciones, desarrolla su labor de protección de los derechos mediante la vigilancia del correcto funcionamiento de los poderes y/o administraciones públicas con el objetivo de evitar que unos u otras violen los derechos y libertades personales. Originaria los países nórdicos (Suecia y Dinamarca), la institución (o la función) se instituye también en los ordenamientos constitucionales (...).”

⁷¹ Al respecto, invitamos a conocer el texto de Blanco Valdés, Roberto Luis, *La construcción de la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, España, 2019, pág. 307, en que hace un desarrollo por país de dicha institución como garantía de los derechos.

privadas para que en caso de advertir violaciones a derechos reconocidos en las constitución política o leyes generales correspondientes puedan estos conocer y resolver toda clase de acciones de carácter procesal a través de demandas o denuncias o querellas, mediante de la promoción de juicios o la interposición de recursos e incidentes. Al respecto, estas garantías pueden clasificarse en ordinarias y extraordinarias; mientras que las garantías ordinarias son aquellas que corresponden conocer y resolver a conforme a las facultades de los órganos de los poderes judiciales mediante acciones procesales de su competencia, mismos que fungen como órganos de inicio; las garantías extraordinarias son las aquellas facultades en forma de juicios o recursos y alegaciones que corresponde conocer y resolver a los tribunales de la constitucionalidad -llamados Tribunales Constitucionales⁷², mismos que fungen como órganos judiciales terminales o de cierre, mediante acciones procesales de última instancia (Blanco Valdés, 2019, págs. 305 a 306) y, por tanto, estas garantías a los derechos operan de manera subsidiaria en caso que las sentencias y resoluciones dictadas por las instituciones de la jurisdicción ordinaria no satisfagan el interés de las personas que aducen la violación al derecho de que se trate; es decir, las garantías extraordinarias son en la mayoría de los casos procedentes cuando se ha agotado el procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, lo que la convierte -podríamos decir- en una supercasación.

Y, finalmente, como hemos dicho, una de las grandes aportaciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus salas ha hecho en la materia, encontramos a las garantías instrumentales⁷³, mismas que se han incorporado al lenguaje de la protección de los derechos y que tienen por característica principal que se encuentran reconocidas de manera inherente a su reconocimiento y enunciación de que se trate y que, en principio, estas garantías las encontramos en las asignaciones presupuestarias, becas,

⁷² En *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor señala que entendemos así a “los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del orden judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional.”

⁷³ Denominamos así a aquellas garantías que inherentes al reconocimiento del derecho y que se manifiestan en instrumentos directos para lograr la efectividad del derecho de que se trate, y advertimos que el concepto ha sido empleado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México al conocer y resolver asuntos relativos a la interpretación constitucional del artículo 3, en materia del derecho a la educación, por ejemplo.

financiamientos y fondos, construcción de escuelas o institutos, hospitales, clínicas, carreteras, según se trate, y que se buscan proteger al derecho conforme al ordenamiento normativo, sin las cuales el contenido en cuestión sería carente de eficacia. Con las garantías instrumentales se buscar promover, proteger y respetar tales reconocimientos y con ello, lograr la plena efectividad del derecho directamente y sin necesidad de ser invocadas en caso de violaciones, con lo que además, buscan proteger la soberanía popular, seguridad jurídica y el reconocimiento de la dignidad de todas las personas humanas, así como la formulación actual del Estado de Derecho, y recordemos que dicha locución sirve para designar un proyecto histórico temporalmente anterior y una construcción política erigida al servicio de necesidades que, si a la postre han venido a resultar plenamente coincidentes, fueron en su formulación originaria sustancialmente distintas a las de la democracia”, (Blanco Valdés, 2019, pág. 71).

Al respecto, poco se ha estudiado sobre este tipo de garantías de no ser por su ubicación en los precedentes judiciales, lo cual, permite afirmar que México está reformulando el tema de las garantías de los derechos al incluir una cuarta dimensión de tutela a los mismos, sin que, al efecto, hayan suficientes estudios en la actualidad, de ahí su importancia.

VII. Conclusiones.

Conforme a lo dicho, afirmamos que con base en la reforma constitucional mexicana publicada de 06 y 10 de junio de 2011, en el Diario Oficial de la Federación, se inscriben algunos de los conceptos jurídicos fundamentales, entendiendo por tales a aquellas expresiones propias del lenguaje normativo que permiten una conceptualización de las normas, asimismo, que en el tema de los derechos deben ser entendidos como reconocimientos subjetivos que hacen los Estados en favor de la esfera subjetiva de las personas sin discriminación alguna, conceptos que en todo caso se originaron en los postulados europeos del siglo XVI y más tarde fueron desarrollados en el americano el siglo XVIII.

En este sentido, los derechos a que alude el citado artículo primero constitucional mexicano si bien no precisa el origen teórico, sin embargo, lo cierto es que vale la pena difundirlo y, por lo que hace a la distinción entre tipos, categorías y generaciones, podemos afirmar su importancia y hay que

atender a dichas particularidades de los mismos para comprender de mejor manera a que nos referimos cuando hablamos de ellos a efecto de evitar su uso indiscriminado, tarea que inevitablemente corresponde a la ciencia jurídica.

Asimismo, es importante destacar que, por lo que hace a la tipología de los derechos, la misma atiende al contenido de los derechos, mientras que las categorías de derechos no hace entender que los mismos se ubican agrupados en familias y, para tal efecto, consideramos que el texto que actualmente se emplea es la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948, de la que surgieron tanto el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, y sus respectivos protocolos facultativos, conjuntamente llamados *Pactos de Nueva York*⁷⁴ por haber sido signados en la ciudad del mismo nombre-, el 12 de diciembre de 1966.

Por lo que hace a las llamadas generaciones de derechos, debemos atender al tiempo en que los derechos son reconocidos en textos normativos y, no obstante, que conforme a lo indicado en este texto, preferimos acotarnos hasta la tercera de las mismas porque las posteriores presentan dificultades técnicas de carácter jurídico para abordar el tema de la tutela de los mismos así como dotarlos de efectividad en el plano concreto.

En esta tesitura, para tutelar los derechos existen las garantías, concepto surgido en el siglo XVIII en el idioma francés e italiano, principalmente, como *garantie* y *garanzia*, y se refieren a los instrumentos jurídicos con que los derechos pueden defenderse, afianzarse, asegurarse o repararse ante posibles violaciones de que sean objeto. Al respecto, primeramente, la dogmática jurídica ha elaborado un esquema diseñado en tres tipos de categorías de garantías, la cuales son de tipo constitucionales, políticas o institucionales y jurisdiccionales; sin embargo en últimos años, en el contexto propio de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus correspondientes Salas han empleado en diversas resoluciones el concepto de garantías instrumentales, con lo que afirmamos que la instancia judicial se encuentra en constante renovación de la teoría de las garantías.

⁷⁴ Sugerimos revisar el texto de Diez De Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18ª edición, Tecnos, 2009, pág. 668, en que el autor ilustra mayores datos al respecto.

Con estas aproximaciones pretendemos acercar el conocimiento jurídico de los conceptos jurídicos fundamentales a toda persona interesada en el tema, y de ahí su importancia conocer el origen, aproximación conceptual, tipología, categorías y generaciones de los derechos, así como las garantías y sus tipos para promoverlos, protegerlos, respetarlos y garantizarlos, con miras a lograr la plena efectividad de los mismos, manteniendo un ideal de incorporar más y mejores debates en el tema de los derechos y sus garantías siempre y cuando la argumentación en torno a los mismos comporte sistemáticamente coherencia y despeje las dudas que al respecto surjan en caso de adoptar nuevas y mejores posturas.

Finalmente, exhortamos a todas las personas interesadas en el tema abordado para analizar la cuestión dicha y, con ello, evitar el uso indiscriminado de los conceptos de la ciencia jurídica, lo cual, en último término, a más de fomentar el debate en las ciencias formales redunde en beneficio de promover, proteger, respetar, garantizar y dotar de plena efectividad a dichos concepto en un plano concreto en favor de todas las personas y sin discriminación alguna.

Adrián Rodríguez Bribiesca es licenciado en Derecho con mención honorífica y Especialista en Derecho Constitucional por la UNAM, y ha cursado estudios de grado en la Universidad de la Coruña, España, y de máster en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, actualmente también se desempeña como servidor público a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, docente universitario y articulista.

VIII. Bibliografía

- Arévalo Álvarez, Luis Ernesto, (1997). *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, Universidad Iberoamericana.
- Barragán B, José (*et al*), (2019). *Teoría de la constitución*, Porrúa.
- Blanco Valdés, Roberto Luis, (2019). *La construcción de la libertad*, Alianza Editorial.
- Bulygin, Eugenio, (2015). *Derecho y lógica*, Fontamara.
- Comanducci, Paolo, (2018). *La disputa entre positivismo y neo-constitucionalismo*, Fontamara.

- Contreras Peláez, Francisco Javier, (1994). *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Cruz Villalón, Pedro, (1989). “Formación y evolución de los derechos fundamentales,” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 25.
- Diez De Velazco Vallejo, Manuel, (2009). *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos.
- Escobar Roca, Guillermo, (2018). *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons.
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (2002). *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, FUNDAP.
- Gómez Lara, Cipriano, (1990). “La protección procesal de los derechos fundamentales”, *Revista de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, UNED.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, (2017). *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara.
- Hunt, Lyn, (2009). *La invención de los derechos humanos*, España, Tusquets.
- Kelsen, Hans, (1981). *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM.
- Kelsen, Hans, Fuller, Lon, y Ross Alf, (2016). *Ficciones jurídicas*, Fontamara.
- Locke, John, (2014). *Ensayo sobre el gobierno civil*, Porrúa.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, (2013). *Los derechos fundamentales*, Tecnos.
- Pisarello, Gerardo, (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta.
- Quintana Roldán, Carlos, (et. al.), (1998). *Derechos humanos*, Porrúa.
- Salazar Ugarte, Pedro, (2017). *La democracia constitucional*, Fondo de Cultura Económica.
- Zapatero, Virgilio, y Garrido Gómez, María Isabel, (ed.). (2009). *Democracia y derechos humanos. Los Derechos sociales como una exigencia de la justicia*, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, Universidad de Alcalá.

Las directrices limitativas y la suspensión de derechos frente la contingencia sanitaria causada por el SARS-CoV-2. Reflexiones en torno a la dicotomía entre la perspectiva constitucional y de derechos humanos

The limiting guidelines and the suspension of rights in the face of the health contingency caused by SARS-CoV-2. Reflections around the dichotomy between the constitutional and human rights perspective

“La tormenta pasará, pero las decisiones que tomemos ahora podrían cambiar nuestras vidas en los próximos años. Debemos actuar con rapidez”.

Yuval Noah Harari, historiador israelí

Jorge Alejandro Góngora Montejano⁷⁵

Francisco Antonio Ramírez Frausto⁷⁶

⁷⁵ Magister en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Guadalajara, Jalisco, México; ha realizado estancias en el Centro William J. Perry de Estudios Hemisféricos de la Defensa en los cursos de Estrategia y Política de Defensa (2013), Lucha contra el Crimen Transnacional Organizado y las Redes Ilícitas (2015) e Implicaciones Estratégicas en el Estado de Derecho y Derechos Humanos (2016). Actualmente se desempeña como profesor de la Universidad de Guadalajara y Fiscal Especial de Derechos Humanos de la Fiscalía del Estado de Jalisco.

⁷⁶ Abogado por la Universidad de Guadalajara. Egresado de la maestría en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Administrativo por la misma Institución. Se ha desempeñado como coordinador jurídico en el Consejo Consultivo de Seguridad Ciudadana de Guadalajara del H. Ayuntamiento de Guadalajara (2013-2015); Integrante honorífico de la Comisión de Honor y Justicia (2014-2015); encargado de la Comisión de Participación Ciudadana y Seguridad (2015) y desde 2016 se desempeña como asesor jurídico en el Despacho de la Fiscalía Especial de Derechos Humanos de la Fiscalía del Estado de Jalisco.

Introducción y acercamiento al panorama actual

No hay lugar a dudas de que esta pandemia causada por la cepa variante de coronavirus, originada a finales de diciembre de 2019 en Wuhan, China, vino a trastocar la realidad, cotidianeidad y forma de vida de todos los sectores de la población sin excepción; puso de relieve la fragilidad de la naturaleza humana con una alarmante tasa de letalidad que se intensificaba de acuerdo a los factores de edad, enfermedades crónico - degenerativas previas, comorbilidades, entre otras, cuya afectación principal es el sistema respiratorio y arbolado bronco - alveolar (Maguiña Vargas, Gastelo Acosta, & Tequen Bernilla, 2020, pág. 125).

La región en la cual se ubica México a nivel hemisferio es la más desigual del planeta según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020) *“que se caracteriza por acentuadas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región”* aunado a los altos índices de violencia generalizada, crisis penitenciarias y tasas altas de informalidad laboral.

La cifra de víctimas asciende a 3´000,000.00 de personas fallecidas en el mundo hasta el 19 de abril de 2021, siendo el continente europeo la región que más muertes acumula, con poco más de un millón; América Latina y el Caribe arrojan un total de 28´352,091 de casos y 899,077 muertes reportadas (BBC News Mundo, 2021); México reporta hasta el 23 de abril de 2021, un total de 214,504 defunciones y un número total de casos confirmados de 2´323,430 (El Economista, 2021). En lo que respecta al Estado de Jalisco en cuanto al número de casos confirmados, se reporta un total acumulado de 244,056 y 11,706 defunciones, esto hasta el 25 de abril de 2021 (Gobierno de Jalisco).

En los planos político, económico y social evidenció una afectación masificada de cuyas consecuencias se acentuaron crisis estructurales en múltiples latitudes, esto en razón de que esta pandemia afectó y afecta de muy diversas maneras a la población, lo que incrementó la brecha de desigualdad, acceso oportuno a servicios sanitarios y de salud, interrupción masiva de la cadenas de producción y por tanto, un desplome en los empleos, servicio turísticos a la baja y afectaciones en la educación, esto es, un entrelazamiento de crisis cuyos efectos aún estamos por ver.

Las respuestas y acciones de los Gobiernos en el mundo y en México han sido de diversa índole, desde acciones sanitarias tajantes, precisamente por el impacto interseccional y diferenciado que tuvo y tiene actualmente la contingencia sanitaria, hasta un confinamiento generalizado, en el cual estaba la posibilidad debido a la coyuntura jurídica y ambiente propicio, a voz de muchos expertos, de que se cometieran violaciones a derechos humanos. Es aquí donde la dicotomía entre el respeto irrestricto a los derechos humanos o la suspensión constitucional de derechos y libertades cobra relevancia al sopesar si pueden complementarse o se eliminan mutuamente de acuerdo con el escenario actual.

El panorama crítico actual demanda acciones integrales y estrategias de contención que no vulneren derechos humanos; son tiempos convulsos y de importantes retos de cuyas soluciones –que van más allá del discurso– dependerá el éxito y resolución en las consecuencias de corto, mediano y largo plazo.

Es por ello que el presente ejercicio de reflexión pondrá en su justa dimensión los alcances, retos, realidades y temáticas pendientes en la agenda gubernamental en torno a la protección y vigencia de los derechos humanos.

Antecedentes

Los antecedentes del SARS-CoV-2 se remontan a una cronología no muy lejana aunque si cuestionables en cuanto a los orígenes que puede considerarse aún como una historia en desarrollo de cuyos desafíos están lejanos de terminar (Castro L., 2020), a medida que pasa el tiempo y surgen nuevos estudios y estrategias para afrontar este mal, se procuran las condiciones para un desenlace favorable no solo para una determinada región o sector poblacional en específico, sino para la humanidad entera.

Cabe señalar que la primera descripción del coronavirus (CoV) humano fue en 1965 por Tyrrell y se llamó así debido a las proyecciones desde su superficie que semejaban a una corona (Velázquez-Silva, 2020). Existen siete tipos de coronavirus, cuatro de ellos causan resfriado común y los otros tres cuyos efectos son más letales, están encuadrados dentro de la categoría SARS síndrome respiratorio agudo y grave que data de 2002; el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS), surgido en 2012 ; y por último esta

nueva enfermedad, la covid-19, causada por el SARS-CoV-2 (Ramonet, 2020).

Se ha asumido como antecedente general directo a finales de diciembre de 2019, cuando en Wuhan, provincia de Hubei, China –epicentro del brote- específicamente en el *Huanan Seafood Wholesale Market*, un mercado de comidas de mar, el cual también distribuía otros tipos de carne, incluyendo la de animales silvestres, tradicionalmente consumidos por la población local (Díaz-Castrillón & Toro-Montoya, 2020), se reportan los primeros casos de una neumonía atípica que no cedía ante los tratamientos utilizados para contrarrestar el efecto; los primeros mensajes de advertencia fueron emitidas por Li Wenliang, se percató de una enfermedad que se parecía al síndrome respiratorio agudo severo (SARS) que a los días fue citado al Buró de Seguridad Pública de Wuhan y obligado a firmar un comunicado en el que se le acusa de realizar declaraciones falsas que alteraron el orden público, finalmente murió después de infectarse por este nuevo virus el 07 de febrero de 2020, a la edad de 33 años (Green, 2020). El incipiente agente causante era un nuevo coronavirus identificado como tal el 07 de enero de 2020 como 2019-nCoV (OPS, 2020).

No obstante, hay una evidente controversia en cuanto al origen real del coronavirus, ya que por un lado se acepta como versión oficial la anteriormente expuesta, también es cierto que las especulaciones no se hicieron esperar ya que el portavoz del ministerio de Relaciones Exteriores chino, Zhao Lijian acusó al ejército estadounidense (AFP EFE, 2020) de haber fabricado el germen en un laboratorio militar de Fort Detrick “como arma bacteriológica para dispersarla en China con ocasión de los Juegos Militares Mundiales, una competición disputada en octubre de 2019 precisamente en Wuhan” (Ramonet, 2020). Esta situación aún no está comprobada fehacientemente.

Esta pandemia es un hecho sin precedentes, nadie imaginaba una situación global así, a los gobernantes de todos los países los tomó por sorpresa la llegada de este agente biológico. Ante esto, se destacan dos momentos cruciales que pudieron haber avisado o revenido el embate actual:

1. “Epidemias recientes como el SARS de 2002, la gripe aviar de 2005, la gripe porcina de 2009 y el MERS de 2012 ya habían alcanzado niveles de pandemia incontenible en algunos casos y habían causado miles de muertos en todo el planeta” (Ramonet, 2020).

2. El segundo y tal vez el más importante cuando en noviembre de 2008 el *National Intelligence Council* (NIC) publica para la Casa Blanca un informe titulado “*Global Trends 2025 : A Transformed World*”⁷⁷ anunciaba que para antes de 2025, “*la aparición de una enfermedad respiratoria humana nueva, altamente transmisible y virulenta para la cual no existen contramedidas adecuadas, y que se podría convertir en una pandemia global.*” El informe avisaba que “*la aparición de una enfermedad pandémica depende de la mutación o del reordenamiento genético de cepas de enfermedades que circulan actualmente, o de la aparición de un nuevo patógeno en el ser humano que podría ser una cepa de influenza aviaria altamente patógena como el H5N1, u otros patógenos, como el SARS coronavirus, que también tienen este potencial*” (La pandemia y el sistema-mundo, 2020).

De los primeros contagios fuera de China se tiene documentado que el 19 de enero de 2020 fue el primer caso en el continente americano fue un hombre de 35 años se presentó en una clínica de atención de urgencia en el condado de Snohomish, Washington, reveló que había regresado al estado de Washington el 15 de enero después de viajar para visitar a su familia en Wuhan, China (Holshue, y otros, 2020), en Europa el primer contagio fue en la provincia de Gironde Burdeos, Francia el 24 de enero de 2020, y que al igual que en América, el paciente reportó haber viajado a China recientemente (Provenzano, 2020); En Sudamérica, el primer caso reportado por el Ministerio de Salud de Brasil, se trató de un hombre que viajó a Lombardía, Italia (Folha de S. Paulo, 2020).

En lo que respecta a México el primer caso fue detectado el 27 de febrero de 2020 y para el 30 de abril, “64 días después de este primer diagnóstico, el número de pacientes aumentó exponencialmente, alcanzando un total de 19.224 casos confirmados y 1.859 (9,67%) fallecidos” (National Center for Biotechnology Information, 2020).

Ya a estas alturas se ponderaba la posibilidad de implementar medidas drásticas tanto por la Federación como por las entidades federativas para frenar la cadena de contagios y evitar, por un lado, el colapso de los sistemas de salud y decesos, y por otro, evitar las violaciones a derechos humanos principalmente, el derecho a la salud, a la vida y al libre tránsito.

La Organización Mundial de la Salud advierte que si bien es cierto se aprecia una disminución de los casos, hay zonas geográficas en las cuales se

⁷⁷ Más en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/mundo/2020/04/25/ante-lo-desconocido-la-pandemia-y-el-sistema-mundo-7878.html#sdfootnote28sym> Fecha de consulta 23 de abril de 2021.

está intensificando, tal es el caso de la India, cuyo brote es el peor del mundo, los casos diarios han aumentado continuamente durante los últimos 10 días; el 26 de abril de 2021, reportó 352.991 nuevos casos, rompiendo otro récord de la cifra más alta en un solo día a nivel mundial (Yeung, 2021). Es una catástrofe humanitaria al reportarse 243 casos nuevos de coronavirus por minuto (De la Cal, 2021).

Bajo esta tónica es más que evidente que la historia del coronavirus aún no termina, sigue un tortuoso y letal progreso; las esperanzas están puestas en la aplicación certera de la Política Nacional de Vacunación contra el Coronavirus SARS-CoV-2 para la Prevención de la COVID-19 en México de cuyos ejes rectores dependen la aplicación de un esquema de vacunación efectivo, la evaluación y progreso de las actuales vacunas (BioNTech-Pfizer, CanSino, CoronaVac, Covaxin, Oxford-AstraZeneca, Moderna, Novavax, SputnikV y Synovac) así como disminuir la carga de la enfermedad y defunciones ocasionada por el coronavirus, así como Inmunizar como mínimo al 70% de la población en México para lograr la inmunidad de rebaño contra el virus SARS-CoV-2, el 100% del personal de salud que trabaja en la atención de la COVID-19 y el 95% de la población a partir de los 16 años cumplidos (Gobierno de México, 2020).

El Escenario Actual y la Ponderación de Derechos: núcleo duro de la dicotomía y las directrices limitativas

Es de todos conocido, que los efectos de la pandemia trajeron consigo crisis en diversas latitudes: empleo, educación, servicios de salud, economía, seguridad, violencia generalizada sobre todo un repunte en la violencia familiar, cierre de escuelas, aumento de las labores informales, asimismo un distanciamiento social que sigue afectando la *psique* de las personas sobre todo de las niñas y niños, al lidiar constantemente con la incertidumbre y con los altos niveles de estrés, que a largo plazo, puede traer efectos irreparables. Según lo planteado por la ONU, a través de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “podría empujar a millones de niños más al trabajo infantil, y paralizar el progreso de 20 años para eliminar este flagelo” (ONU, 2020).

Las latentes amenazas a los teatros, estadios, cines, entre otros, pone de relieve que su existencia económica pende de un hilo y que en cambio las ya preexistentes plataformas digitales de *streaming* (Netflix, Amazon, HBO,

entre otras) (Monge, 2020) y redes sociales consolidadas Facebook, YouTube y la recién emergida Tik-Tok gozan de cabal y robustecida salud. Ni hablar de la economía y la caída en picada de los precios del petróleo, siendo México uno de los países más afectados por este declive, lo que hace replantear un viraje hacia las energías limpias y renovables.

Esto obligó a todos los sectores de la población a aprender, desaprender y re-aprender determinadas habilidades y destrezas y que estas crisis les afectara lo menos posible; un ejemplo de esto el trabajo y la educación a distancia mediante el uso masificado de las tecnologías de la información y comunicación con miras de transversalizar el aprovechamiento e incentivar nuevas rutas y metodologías.

En este tenor, los escenarios actuales propiciaban climas de restricciones como el confinamiento generalizado, el cierre parcial de escuelas, negocios y actividades no esenciales; en otras palabras, en este nuestro Estado constitucional de Derecho, se prohibió temporalmente el amplio espectro de libertad individual, libre tránsito y autodeterminación, lo que se atisbaba estado de excepción, cuyo precedente en México, fue el dictado la primavera de 2009 para contrarrestar los efectos del virus de la influenza A (H1N1) de origen porcino, a través del Centro Nacional de Vigilancia Epidemiológica y Control de Enfermedades (Cenavece) al localizar datos que no correspondían con los comportamientos habituales de la influenza estacional invernal (Alonso Reynoso, 2010, pág. 41), cuyas medidas preventivas se ciñeron a evitar contacto con las personas contagiadas, aseo constante de manos, evitar el saludo de mano y uso de mascarilla pero también el Gobierno Federal en ese entonces, aplicó medidas drásticas que afectaron la economía.

Es así que este ejercicio de reflexión que trastoca a la salud pública en lo colectivo, se pormenorizará desde el marco jurídico del propio Estado de Derecho, del respeto a los derechos humanos y a los contenidos de los tratados internacionales en la materia, que, bajo esta tónica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Declaración 01/2020 sobre COVID-19 y derechos humanos, de la cual se destacan los siguientes puntos:

1. Los problemas y desafíos extraordinarios que ocasiona la presente pandemia deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados.

2. Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

3. Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

4. Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.

5. En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas.

6. Ante las medidas de aislamiento social que pueden redundar en el aumento exponencial de la violencia contra las mujeres y niñas en sus hogares, es preciso recalcar el deber estatal de debida diligencia estricta respecto al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, por lo que deben adoptarse todas las acciones necesarias para prevenir casos de violencia de género y sexual; disponer de mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, y reforzar la atención para las víctimas.

En este tenor, la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969) en su artículo 27 señala bajo determinados supuestos, la

posibilidad de suspensión de derechos, señalando que el Estado parte que lo haga deberá informar inmediatamente a los demás Estados Parte en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, estos supuestos son:

1. “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (OEA, 1969).

Cabe señalar que la misma Convención Americana, limita la suspensión de determinados derechos y sus garantías judiciales de protección, es decir son derechos que no son sujetos a suspensión como el reconocimiento al derecho de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y retroactividad, la libertad de conciencia y religión, la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos de las niñas, niños y adolescentes, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos (CoIDH, 2020).

Eduardo Ferrer McGregor puntualiza que en el marco de la presente pandemia, hasta abril de 2020, diez países que han ratificado la Convención Americana, han declarado estados de emergencia, estados de excepción, estado de catástrofe por calamidad pública o emergencia sanitaria nacional, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú (CoIDH, 2020).

En cuanto a medidas intermedias que consistieron en suspensión de clases y prohibición de eventos y actividades con aglomeración de personas durante 15 días. Así como emergencia sanitaria que restringe por ocho horas el movimiento de personas y vehículos destacan los Estados de Paraguay, Uruguay y República Dominicana (Malamud & Núñez, 2020). Hubo de por medio la aplicación también de medidas parciales, como el cierre parcial de fronteras, cancelación de eventos masivos, distanciamiento social y suspensión de actividades escolares, esto en países como Brasil, Cuba y Nicaragua (2020).

En el caso de México (2020) las medidas fueron de igual manera, parciales, destacándose que no hubo cuarentena, pero si suspensión de actividades no esenciales de los sectores social, público y privado; se adelantaron las vacaciones de Semana Santa del año 2020, y posterior suspensión de clases por parte de la Secretaría de Educación y la revisión aleatoria de pasajeros de aviones y cruceros internacionales en aeropuertos y puertos. Esto puso a prueba el liderazgo gubernamental de todos los Estados inclusive México, priorizando una nueva agenda de estrategias y medidas urgentes ante esta amenaza sanitaria.

Como se advierte, México no implementó como tal un estado de emergencia, de excepción o calamidad pública, pero si una serie de restricciones para hacer efectiva la contención, que se privilegiaron los derechos a la vida y a la salud.

La Constitución Mexicana demarca un sólido marco de referencia por el cual actuaron las autoridades; el artículo 29 atribuye competencia solamente al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente de restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona (Cámara de Diputados, 2020).

De igual manera, consagra también la existencia de un Consejo de Salubridad General, el cual depende del presidente de la República en el artículo 73 fracción XVI (Cámara de Diputados, 2020) el cual señala que en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

Este Consejo de Salubridad cuyas facultades están en el artículo 17 de la Ley General de Salud (Cámara de Diputados, 2021), destacando también su Reglamento Interior (CSG, 2009) en cuyo artículo 9º se consideran las siguientes fracciones:

- II. Aprobar los acuerdos necesarios y demás disposiciones generales de observancia obligatoria en el país en materia de salubridad general, dentro del ámbito de su competencia; y

XVII. Aprobar y publicar en el Diario Oficial de la Federación la declaratoria en los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria.

Con justificación de lo anterior, es que el 24 de marzo de 2020 se publica en el Diario Oficial de la Federación el *Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19)* que obliga a las autoridades civiles, militares y los particulares, así como las dependencias y entidades de los tres órdenes de gobierno, a la instrumentación de las medidas preventivas, las cuales consistieron en:

- Evitar la asistencia a centros de trabajo, espacios públicos y otros lugares concurridos, a los adultos mayores de 65 años o más y grupos de personas con riesgo a desarrollar enfermedad grave y/o morir a causa de ella, quienes en todo momento, en su caso, y a manera de permiso con goce de sueldo, gozarán de su salario y demás prestaciones establecidas en la normatividad vigente
- Suspender temporalmente las actividades escolares en todos los niveles;
- Suspender temporalmente las actividades de los sectores público, social y privado que involucren la concentración física, tránsito o desplazamiento de personas a partir de la entrada en vigor de este Acuerdo y hasta el 19 de abril del 2020.
- Las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y las organizaciones de los sectores social y privado, deberán instrumentar planes que garanticen la continuidad de operaciones para el cumplimiento de sus funciones esenciales relacionadas con la mitigación y control de los riesgos para salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) y garantizar los derechos humanos de las personas trabajadoras, en particular los señalados en el inciso a) del presente artículo, y de los usuarios de sus servicios.
- Suspender temporalmente y hasta nuevo aviso de la autoridad sanitaria, los eventos masivos y las reuniones y congregaciones de más de 100 personas;

- Cumplir las medidas básicas de higiene consistentes en lavado frecuente de manos, estornudar o toser cubriendo boca y nariz con un pañuelo desechable o con el antebrazo; saludar aplicando las recomendaciones de sana distancia (evitar saludar de beso, de mano o abrazo) y recuperación efectiva para las personas que presenten síntomas de SARS-CoV2 (COVID-19) (evitar contacto con otras personas, desplazamientos en espacios públicos y mantener la sana distancia, durante los 15 días posteriores al inicio de los síntomas) (Secretaría de Salud, 2020).

Ese mismo día se emite en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se sanciona el anterior acuerdo (Gobierno de México, 2020) a efecto de instrumentarlo e instruir a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a coordinarse y brindar los apoyos necesarios de implementación de medidas preventivas. Lo cual sirvió de antesala para la emisión del *Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV-2* (Gobierno de México, 2020).

Es evidente entonces que, de lo anteriormente planteado, sólo intervino el Poder Ejecutivo por *motu proprio* o a través de la Secretaría de Salud o del Consejo de Salubridad, la suspensión de derechos trasciende al Poder Ejecutivo y su titular, esto en razón de que es necesaria la participación de los otros dos Poderes, en el entendido de que “el Ejecutivo emitirá el decreto en cuestión; el Legislativo lo someterá a aprobación y autoriza al ejecutivo la adopción de medidas necesarias para hacer frente a la situación extraordinaria, y el Judicial, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que revisa oficiosamente la constitucionalidad y validez del decreto en cuestión con la mayor prontitud posible” (Montoya Zamora, 2021, pág. 133).

En concatenación con la Convención Americana, el artículo 29 constitucional determina una serie de derechos que no podrán suspenderse o restringirse estos son: a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la

prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (Cámara de Diputados, 2020). De igual manera, determina que la suspensión debe estar fundada y motivada y se proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

El punto fino a demostrar es que en efecto, la suspensión de derechos en México durante la pandemia de COVID-19 puede interpretarse de manera confusa por el hecho de decretar un confinamiento generalizado durante una temporalidad determinada, limitando la libertad de tránsito. Sin embargo, este derecho nunca fue suprimido en su totalidad, en razón de que no hubo una declaratoria por invasión o perturbación a la paz pública o cualquier otra circunstancia, sino que se apelaba a una voluntariedad, a una concientización ciudadana, a un deber de corresponsabilidad como seres humanos y de esta manera evitar un incremento en la cadena de contagios. Lo mismo sucedía con la restricción a personas mayores de 60 años o personas con comorbilidades y/o enfermedades asociadas y/o crónico-degenerativas, quienes si se contagiaban SARS-CoV-2, daba como resultado un alto margen de probabilidad de que existieran severas complicaciones respiratorias.

Si bien es cierto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ACNUDH, 1976) cuya promulgación y entrada en vigor en México fue el 20 de mayo de 1981, en su artículo 12 determina que “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”, también es cierto que lo antes mencionado “no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

En concordancia con Raúl Montoya (2021, pág. 140) o que si no está muy claro son los principios o criterios por los cuales se trazaron las rutas para establecer cuáles eran las actividades esenciales y cuáles no; esto erosionó en gran medida el desarrollo de la actividad comercial.

La suspensión de derechos es pues, el último recurso que tiene previsto el Estado Mexicano para contrarrestar los efectos sanitarios de la pandemia, es decir, es la *ultima ratio* una vez que se hayan agotado todas

aquellas medidas administrativas y/o ejecutivas que tienen como fin, ser menos lesivas e invasivas a las libertades y derechos.

No es el único procedimiento para hacer frente a la pandemia, lo que abona a que el núcleo duro de la dicotomía privilegia a los derechos humanos y libertades, debido a que existen una serie de medidas previas cuyo fin es atemperar y dosificar el impacto de una suspensión de derechos *de facto* y que en caso del contexto actual donde el actor principal es un actor poco conocido, las acciones están encaminadas a favorecer y salvaguardar el derecho a la salud. En tratándose de estados de excepción o casos de invasión, se le dará referencia lo establecido en el artículo 29 de la Carta Magna.

Conclusiones

1. En la métrica de lo tangible, la irrupción de esta pandemia causada por un agente de dimensiones nanométricas y completamente ajeno a nuestra realidad, a pesar de que vino a demostrarnos lo endeble de la naturaleza humana y las vicisitudes ya referidas, demostró también que es posible el consenso mundial y la sinergia de esfuerzos para la consecución de un fin humanitario y que siguiendo la idea de Ignacio Ramonet “impuso *de facto*, aún con más autoridad que el propio Consejo de Seguridad, una efectiva *pax coronavírica*” (La pandemia y el sistema-mundo, 2020).

2. La crisis generalizada en la cual se vio inmerso el Estado mexicano obliga no sólo a las autoridades, sino a otros sectores como el académico y la sociedad civil organizada a examinar de forma conciente el replanteamiento de una des-globalización o la consolidación de rutas alternas para el comercio y la economía, esto en razón de que los efectos y cataclismos que dejó, deja y dejara de esta pandemia. Y que siguiendo con la idea de Emmanuel Macron, Presidente de Francia (Le Monde, 2020): “*nuestro mundo sin duda se fragmentará, es nuestra responsabilidad construir hoy nuevas solidaridades y cooperación*” ... Por lo que es necesaria la reconstrucción de una independencia agrícola, sanitaria, industrial y tecnológica.

3. Esta pandemia es la primera en la historia en ser combatida digitalmente, desde el uso de dispositivos que miden la saturación de oxígeno en sangre hasta el uso de inteligencia artificial

como el *Datacovid* el *Trace Together* o el *Health Check* que tienen como finalidad la vigilancia digital a través de la tecnología e identifica contagios en potencia, las violaciones al confinamiento, el rastreo de infectados y notificación de nuevos casos en el vecindario o alrededores, entre otras bondades no vistas en el pasado.

4. La CoIDH puntualiza tajantemente a través de sus opiniones consultivas que en los estados de emergencia o conmoción interna flexibiliza determinados puntos de la Convención, previa evaluación de las exigencias de la situación, estos, que se ponderará la juridicidad de las medidas de acuerdo con la intensidad, proporcionalidad y contexto de la emergencia, sin exceder de lo estrictamente necesario.

5. Bajo esta tónica, se aprecia que el Estado mexicano no emitió ninguna declaratoria de suspensión de derechos *–de iure–* aunque sí una serie de medidas de contención bajo el calificativo de causa de fuerza mayor cuyas acciones extraordinarias fueron priorizadas y paulatinamente aplicadas a las entidades federativas, lo cual inclinó la balanza hacia la consolidación de un privilegio de derechos y libertades, en el entendido de que para este contexto de pandemia, la dicotomía entre las perspectivas constitucional y de derechos humanos, sería esta última la que se antepone.

6. Es de suma importancia la puesta en marcha de un análisis puntual para la creación e implementación un marco jurídico de referencia que cuente con una nomenclatura precisa, que no sea obtuso ni ambiguo, que regule como en estos casos, el procedimiento, la toma de decisiones y sobre todo la restricción de derechos –por llamarlo de alguna manera– con una delimitación clara de competencias, que se determinen los posibles derechos y libertades a restringir con un manejo cronometrado y transparente de las restricciones. Esto en aras de que las autoridades no actúen a margen de la ley y existan garantías consistentes para la población blanco.

Fuentes de Consulta

ACNUDH. (23 de marzo de 1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

- AFP EFE. (14 de marzo de 2020). China acusa al ejército de EE.UU. de instalar el coronavirus. *El País*.
- Alonso Reynoso, C. (2010). La influenza A (H1N1) y las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias. *Desacatos* (32), 35-52.
- BBC News Mundo. (19 de abril de 2021). Tres millones de muertos por coronavirus: el mapa que muestra dónde han fallecido las víctimas de covid-19. *BBC News*.
- Cámara de Diputados. (05 de febrero de 2020). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Obtenido de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_110321.pdf
- Cámara de Diputados. (18 de abril de 2021). *Ley General de Salud*. Obtenido de Ley General de Salud: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_190221.pdf
- Castro L., R. (2020). Coronavirus, una historia en desarrollo. (P. U. Chile, Ed.) *Revista Médica de Chile*, 143-144.
- CIDH. (10 de abril de 2020). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. RESOLUCIÓN 1/2020*. Obtenido de CIDH-OEA: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- CoIDH. (2020). Ciclo de Conferencias Interamericanas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *"Restricciones y suspensión de derechos y sus consecuencias en el marco del #COVID-19"*. San José.
- CSG. (11 de diciembre de 2009). *Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General*. Obtenido de Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General: http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/Reglamento_Interior_del_CS_G-2013.pdf
- De la Cal, L. (26 de abril de 2021). *Catástrofe humanitaria en India: 243 casos de Covid-19 por minuto y cremaciones masivas en las calles*. Obtenido de El Mundo: <https://www.elmundo.es/internacional/2021/04/25/6085759bfdddf7fbd8b4615.html>
- Díaz-Castrillón, F. J., & Toro-Montoya, A. I. (2020). SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia. *Medicina y Laboratorio*, 24(3), 183-2015. Recuperado el 18 de abril de 2021, de <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/05/1096519/covid-19.pdf>
- El Economista. (23 de abril de 2021). Número de casos de Covid-19 en México al 23 de abril de 2021. *El Economista*.
- Folha de S. Paulo. (26 de febrero de 2020). Obtenido de Brasil confirma primeiro caso do novo coronavírus: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus.shtml>

- Gobierno de Jalisco. (22 de abril de 2021). *Jalisco COVID-19 Análisis comparativo DIARIO*. Obtenido de <https://coronavirus.jalisco.gob.mx/corte-del-dia/>
- Gobierno de México. (30 de marzo de 2020). *ACUERDO por el que se declara emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*. Obtenido de Diario Oficial de la Federación: https://www.dof.gob.mx/index_113.php?year=2020&month=03&day=30
- Gobierno de México. (24 de marzo de 2020). *DECRETO por el que se sanciona el Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*. Obtenido de DECRETO por el que se sanciona el Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19): https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590340&fecha=24/03/2020
- Gobierno de México. (diciembre de 2020). *Política Nacional de Vacunación contra el Coronavirus SARS-CoV-2 para la Prevención de la COVID-19 en México*. Obtenido de Política Nacional de Vacunación contra el Coronavirus SARS-CoV-2 para la Prevención de la COVID-19 en México: https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/01/PolVx_COVID_-11Ene2021.pdf
- Green, A. (2020). Obituary. *The Lancet*, 395(10225), 659-754. doi:[https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30382-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30382-2)
- Holshue, M. L., DeBolt, C., Lindquist, S., Lofy, K. H., Wiesman, J., Spitters, C., . . . Cohn, A. (2020). Primer caso de nuevo coronavirus de 2019 en los Estados Unidos. *The New England Journal of Medicine*, 929-936.
- Le Monde. (13 de abril de 2020). « Nous tiendrons » : l'intégralité du discours d'Emmanuel Macron. *Le Monde*.
- Maguiña Vargas, C., Gastelo Acosta, R., & Tequen Bernilla, A. (2020). El nuevo Coronavirus y la pandemia del Covid-19. *Rev Med Hered*, 125-131.
- Malamud, C., & Núñez, R. (02 de abril de 2020). *Royal Institutte ELCANO estudios internacionales y estratégicos*. Obtenido de La crisis del coronavirus en América Latina: un incremento del presidencialismo sin red de seguridad: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano_es/contenido?WC_M_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari34-2020-

malamud-nunez-crisis-del-coronavirus-america-latina-incremento-presidencialismo-sin-red-seguridad

- Monge, Y. (2020 de abril de 2020). *Netflix suma casi 16 millones de nuevos usuarios durante la pandemia*. Obtenido de El País: <https://elpais.com/economia/2020-04-21/netflix-suma-casi-16-millones-de-nuevos-usuarios-durante-la-pandemia.html>
- Montoya Zamora, R. (2021). El Derecho de Acceso a la Justicia frente a la Pandemia COVID-19 en México. *Quaestio Iuris*, 122-124.
- OEA. (22 de noviembre de 1969). *Tratados Multilaterales*. Obtenido de Convención Americana de Derechos Humanos: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- ONU. (11 de junio de 2020). *La crisis económica del COVID-19 empujará a millones de niños al trabajo infantil*. Obtenido de Derechos humanos: <https://news.un.org/es/story/2020/06/1475912>
- OPS. (13 de Julio de 2020). *COVID-19 Novel Coronavirus 2019*. Obtenido de Organización Panamericana de la Salud: <https://www.paho.org/es/coronavirus>
- Provenzano, E. (26 de enero de 2020). *20 minutes*. Obtenido de Coronavirus: Que sait-on du cas détecté à Bordeaux ? : <https://www.20minutes.fr/bordeaux/2703783-20200126-coronavirus-sait-cas-detecte-bordeaux>
- Ramonet, I. (25 de abril de 2020). La pandemia y el sistema-mundo. *La Jornada*.
- Secretaría de Salud. (24 de marzo de 2020). *Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19)*. Obtenido de Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19): https://www.dof.gob.mx/index_113.php?year=2020&month=03&day=24
- Suárez, V., Suarez Quezada, M., Oros Ruiz, S., & Ronquillo De Jesús, E. (27 de mayo de 2020). *National Center for Biotechnology Information*. Obtenido de Epidemiología de COVID-19 en México: del 27 de febrero al 30 de abril de 2020: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7250750/>
- Velázquez-Silva, R. I. (2020). History of coronavirus infections and epidemiology of SARS-CoV-2 infection. *Revista Mexicana de Transplantes*, 149-159. doi: 10.35366/94504

Yeung, J. (27 de abril de 2021). *India se hunde cada vez más en la crisis del coronavirus. Esto es lo que debes saber*. Obtenido de CNN: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/04/27/india-covid-crisis-lo-que-debes-saber-trax/>

“Preferencia u orientación, un principio constitucional problemático”

Preference or orientation, a problematic constitutional principle

Karla Noemi Robles Rodríguez⁷⁸

Diego Martínez Díaz⁷⁹

Sumario: I. Introducción, II. Consideraciones de las preferencias y las orientaciones sexuales, III. La lucha por el reconocimiento de sus derechos

Resumen: la armonización jurídica en México pretende alcanzar los estándares internacionales en cuanto a la protección de los derechos humanos de todas las personas, pero deberá ser aún más integral cuando se trate de grupos históricamente discriminados, por lo que las adecuaciones normativas son uno de los mecanismos para salvaguardar el principio *pro persona*.

Abstract: *the legal harmonization in Mexico, aims to achieve international standards in terms of the protection of human rights of all people, but should be even more comprehensive when it comes to historically discriminated groups, so regulatory adjustments are one of the mechanisms to save the pro persona principle.*

Palabras clave: preferencias, orientación, derechos humanos, constitucional protección, no discriminación.

⁷⁸ Abogada por la Universidad de Guadalajara, estudiante de la maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el IDEI. Investigadora y Capacitadora del Instituto Francisco Tenamxtili de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.

⁷⁹ Estudiante de la carrera de abogado por la Universidad de Guadalajara.

Keywords: Preferences, orientation, human rights, constitutional protection, non discrimination.

I. Introducción

En este artículo abordamos la necesidad de modificar uno de los principios contenidos dentro del artículo primero constitucional en su párrafo quinto, que resalta la prohibición de todo tipo de discriminación, particularmente será la motivada por las “preferencias sexuales”, por considerarse este principio como potencialmente discriminatorio, en razón de su ambigüedad, es por ello que buscaremos justificar la modificación de este principio, por uno mayormente inclusivo donde en vez de señalarse las preferencias sexuales se hable sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género.

A lo largo de este trabajo abordaremos el tema desde diferentes ámbitos y perspectivas; retomando lo dicho por los instrumentos internacionales protectores de derechos humanos, así como la diferencia que existe entre el concepto de preferencia y orientación a partir de la perspectiva psicológica, lo que nos llevará a hacer un breve análisis del derecho constitucional comparado respecto a la protección contra la discriminación de acuerdo al principio de orientación o preferencias sexuales.

Buscando reforzar la importancia de clarificar este término, recordaremos brevemente la lucha de las personas LGTBTTIQ+ por el reconocimiento de sus derechos, la violencia sistémica que sufren y cómo cambiar el principio constitucional puede ayudar a resolver esto.

La Constitución Política, es la norma suprema para el Estado mexicano, de ella emana todo el funcionamiento del ámbito jurídico-político y por supuesto todo lo referente con los Derechos Humanos. Armienta Calderón (1984, p. 491-492) dice que el Estado debe obligarse a promover y adoptar los medios necesarios para que la vida social se desarrolle en forma armónica, en un clima de justicia, solidaridad y equidad, con lo que se convierte no solo en vigilante sino en el regulador principal del devenir económico y social. En razón de su responsabilidad de intervención por los grupos en situación de discriminación y otorgar el debido respeto de su dignidad.

La comunidad académica ha reflexionado en torno a la reforma constitucional de 2011, el cambio de paradigma, la inclusión del concepto y el impacto que esta modificación trajo consigo para la internalización de los derechos humanos, rectificando la idea, la contradicción de tesis 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁸⁰, fortaleció la propia reforma, a través del pronunciamiento en el que la Corte establece que los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, son igualmente vinculantes que la propia Constitución, es decir, tienen el mismo valor normativo, incluso superior, cuando en estos se encuentre una mayor protección a la persona que dentro de la propia carta magna. Al respecto nos dice Chávez Cervantes (2017. Pág. 181.) que “una vez adoptado el tratado internacional -en el caso que nos ocupa nos referimos a aquel que es materia de derechos humanos- deja de ser derecho desconocido para el Estado mexicano; incluso, podríamos asegurar que ya no tendría que ser denominado derecho internacional de los derechos humanos, sino derecho interno”

Así pues, México se sumó a la internalización y positivización de los Derechos Humanos, con la responsabilidad de, como dice el artículo 1º, párrafo tercero constitucional:

“ 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[...]”.

Queda entendido que el Estado deberá hacer todo, para salvaguardar la dignidad de todas las personas; aquí es donde entran algunos derechos, vemos claramente el principio de interdependencia, porque hablamos, por ejemplo, de igualdad y no discriminación, y es de este punto que vamos a partir, de la no discriminación, un derecho humano reconocido por todos los instrumentos internacionales.

⁸⁰ SCJN, Tesis [J]: P./J. 293/2011, DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Décima Época, Reg. digital 24985.

Es decir que la discriminación generada por cualquier motivo, está prohibida. Siguiendo esta premisa, son 27 los Instrumentos internacionales para combatir el racismo, la discriminación y las diferentes formas de intolerancia reconocidos por la Organización de Estados Americanos (OEA), así como 2 instrumentos interamericanos específicos.

Es justamente este concepto "preferencias sexuales" el que vamos a desarrollar, y debemos tener claro que es imposible comprenderlo únicamente desde la perspectiva jurídica, ya que involucra también la psicología humana.

Respecto a las ciencias sociales el discurso sobre la sexualidad es relativamente reciente, dice Ivone Szasz, ya que este había sido considerado como un ámbito de las disciplinas clínicas, como la psicología clínica, la psiquiatría, la pedagogía y la sexología, cuyos objetivos se orientan hacia el estudio de conductas individuales o hacia el "buen funcionamiento" sexual de las personas entonces desde que estos temas se vieron vinculados con los derechos humanos y por tanto en el derecho internacional, es muy importante que se tomen en cuenta las acepciones que las ciencias de la salud, tienen al respecto.

Frente a los conceptos de preferencia y orientación, debemos clarificar cuál de los dos es el adecuado para utilizar cuando se habla de la no discriminación por cualquier característica o atributo de las personas y en este caso en particular es por razones de diversidad sexual, es decir, hablamos sobre un grupo específico, que ha sido históricamente discriminado.

II. Consideraciones de las preferencias y las orientaciones sexuales.

Los conceptos preferencias sexuales y orientación sexual no son sinónimos, es importante identificar el significado de cada uno y reconocer la manera en la que el uso de uno u otro dentro de la norma jurídica puede impactar en la vida de las personas y el actuar de las autoridades e instituciones cuando se trata sobre alguna persona de la comunidad LGBTQ+. Abordaremos esto desde varios ámbitos, iniciando en el psicológico; lo que mencionan al respecto algunos autores tanto como en la Clasificación Internacional de Enfermedades, además del ámbito social, tomando como referencia lo que las

instituciones mexicanas protectoras de derechos dicen sobre la diferencia entre ambos conceptos.

De acuerdo con la Clasificación Internacional de Enfermedades en su 10ª edición (CIE-10), dentro de los trastornos mentales se encuentran vinculados los trastornos parafilicos que “Los trastornos parafilicos se caracterizan por patrones persistentes e intensos de excitación sexual atípica, que se manifiestan como pensamientos, fantasías, deseos intensos o conductas sexuales centrados en terceros cuya edad o situación los hace reacios o incapaces de consentir, y con respecto a los cuales la persona ha actuado o siente un marcado malestar”⁸¹.

En la edición española de esta clasificación, se enlistan 16 parafilias, de las que podemos resaltar el fetichismo, la pedofilia, el masoquismo, el sadomasoquismo o la necrofilia, todos estos son trastornos medicamente clasificados, que causan deterioro y malestar tanto en la persona que los padece y/o un riesgo de daño a terceros y su entorno.

Por otro lado, en el glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales de la CONAPRED se define -orientación sexual- como la capacidad de cada persona de sentir una atracción erótica afectiva por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género o de una identidad de género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. En general la orientación sexual se descubre alrededor de los 10 años de edad.⁸²

En el glosario de género de INMUJERES se define orientación sexual como el término que expresa la inclinación de la atracción o conducta emocional-sexual. Pudiendo ser una orientación homosexual, bisexual o heterosexual. Y dice que la preferencia sexual pone el acento en el ejercicio de una opción voluntaria. Se inscribe plenamente en el ámbito de los derechos humanos y reproductivos y nutre el discurso político contemporáneo. Respetar las preferencias sexuales significa “respetar un derecho” y, en este

⁸¹ Organización Mundial de la Salud, (2022) Trastornos parafilicos. Consultado: 17 junio del 2022, Sitio web: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f2110604642>

⁸² CONAPRED (2016) Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales. Pág. 28. Consultado: 17 junio del 2022. Sitio web: https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Glosario_TDSyG_WEB.pdf

sentido es más importante que “respetar la naturaleza” de la orientación sexual.⁸³

Desde la psicología se habla sobre los trastornos de las preferencias sexuales, entre los que entran la pedofilia, necrofilia, zoofilia, etc.⁸⁴ Pero, Victoria Trabazo en “La Pedofilia: Un problema clínico, legal y social” citando a Echeburúa (2000) dice que no hay que confundir la pedofilia con el abuso sexual de menores, porque, dice Echeburúa, los pedófilos abusan sexualmente de los niños para llevar a cabo sus impulsos sexuales pero hay abusadores que no son propiamente pedófilos y que presentan una orientación sexual dirigida a personas adultas pero que en determinadas circunstancias de estrés, ira o aislamiento pueden llevar a cabo conductas con menores. Aquí podemos ver cómo ellos diferencian entre las preferencias sexuales (que pueden estar sujetas a convertirse en trastornos) y la orientación sexual que es la manera en la que una persona siente atracción por otra.

Por otro lado, comparando las normas de los demás países de la región, nos damos cuenta que en los que se les confiere protección constitucional a los derechos de la comunidad LGBT+ se habla únicamente del concepto orientación sexual. Esto toma mayor importancia cuando nos remitimos a una de las fuentes del derecho constitucional, el derecho constitucional comparado, que implica el análisis de otros sistemas jurídicos para nutrir los propios, situación por la que creemos deben ser tomados en cuenta los próximos ejemplos como una de las razones por la que debemos cambiar al mismo término en nuestra norma suprema.

Como ya lo vimos, la Constitución mexicana en su artículo primero párrafo quinto dice que queda prohibida toda discriminación motivada por las preferencias sexuales. Ahora bien, en América Latina hay otras 3 Constituciones que hablan expresamente de la orientación sexual. En la Constitución de Ecuador, en su artículo 11.2, párrafo 2 dice que nadie podrá ser discriminado por razones de [...] orientación sexual [...] ⁸⁵. En la Constitución de Bolivia, en su artículo 14.2, dice que el Estado prohíbe y

⁸³ INMUJERES. (2008) Glosario de Género. Pág. 101. Consultado: 17 junio del 2022. Sitio web: [https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E08-2009 \[1\]\(2\).pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E08-2009%20[1](2).pdf)

⁸⁴ Calzada Reyes, A., Acosta Y más, Y., Acosta González, M., & Gómez Sánchez, V.. (2012). Análisis diagnóstico del Trastorno de la Preferencia Sexual (Pedofilia): A propósito de un caso. Cuadernos de Medicina Forense, 18(3-4), 127-133. <https://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062012000300006>

⁸⁵ Constitución del Ecuador. Pág. 11. <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>

sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de [...] orientación sexual [...].⁸⁶ En la Constitución de Cuba, en su artículo 42 dice que todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de [...] orientación sexual [...].⁸⁷ Vemos entonces que, a diferencia de México, sólo Ecuador, Bolivia y Cuba han incorporado en sus constituciones la prohibición de la discriminación por identidad y orientación sexual⁸⁸.

Como lo mencionamos al principio, en la Contradicción de Tesis 293/2011, la Suprema Corte reconoce que en materia de derechos humanos los tratados internacionales tienen el mismo valor vinculante que la propia Constitución por lo que es de suma importancia analizar lo que expresan los organismos emanados de estos tratados respecto a los derechos humanos para la reforma al apartado del que hablamos.

En el cuadernillo de jurisprudencias de la corte interamericana de derechos humanos número 19 se habla sobre la prohibición a la discriminación por orientación sexual, más no menciona nada sobre “preferencias sexuales”.⁸⁹ Respecto al cuadernillo de jurisprudencias, podemos considerar lo que refiere el doctor José de Jesús Chávez Cervantes (2019) “[...] será de vital importancia observar, pero, sobre todo, aplicar todo el catálogo jurisprudencial que ofrece la CIDH en sus múltiples interpretaciones y argumentos.”⁹⁰ también nos dice, citando a Ferreres Comella que “[...] el derecho internacional en materia de derechos pasa a ser derecho doméstico y, por lo tanto, fuente de obligaciones para todos los operadores jurídicos del Estado”⁹¹ Y además nos recuerdan la importancia de tomar esto en consideración al mencionar que en la sentencia al Estado

⁸⁶ Constitución Política del Estado (CPE). Pág. 5.
https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf

⁸⁷ Constitución de la República de Cuba. Pág. 5.
<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20191016105022/Constitucion-Cuba-2019.pdf>

⁸⁸ Chaves García, N., Ester, B., (2021) Los derechos LGBTI+ en América Latina.
<https://www.celag.org/los-derechos-lgbti-en-america-latina/>

⁸⁹ Corte interamericana de Derechos Humanos (2018) Cuadernillo de Jurisprudencia No. 19: Derechos de las personas LGBTI. Pág. 7.
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>

⁹⁰ Chávez Cervantes, J.J. (2019) México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Panorama General. Letras jurídicas No. 29, Universidad de Guadalajara, México.
[https://cuci.udg.mx/sites/default/files/5_cervantes .pdf](https://cuci.udg.mx/sites/default/files/5_cervantes.pdf)

⁹¹ Bravo Aguilar, N.T. y Chávez Cervantes, J.J. Op. Cit. Pág. 191.

mexicano en el caso Radilla Pacheco vs. México “la Corte reiteró la obligación que tiene el Estado [...] de ejercer el control de convencionalidad”⁹²

En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁹³

A pesar de lo referido por estos organismos hay quienes defienden el uso de “preferencias sexuales” dentro de la Constitución, cuyos argumentos vale la pena abordar y discutir.

Rueda Castillo (2008) maneja los conceptos orientación sexual y preferencia sexual como sinónimo, no sólo eso, dice usar mayoritariamente el concepto de preferencia sexual por dos razones, primera que en México así se encuentra plasmado tanto en la Constitución como en la ley reglamentaria de la cláusula antidiscriminatoria, y la segunda porque, dice, el mismo concepto hace referencia a una toma de conciencia política y al ejercicio público de una identidad sexual rechazando las visiones deterministas de la comunidad LGBT que puedan llevar a la victimización de las personas, las comunidades y las organizaciones LGBT, además de dificultar su empoderamiento y ascensión a la ciudadanía. Esto justificando usar el concepto preferencia sexual a pesar de que en el contexto internacional se emplee mayoritariamente el concepto orientación sexual.⁹⁴ Pero, respecto a la segunda parte, la oficina del alto comisionado de derechos humanos de las Naciones Unidas dice, en un glosario, que la orientación sexual es la “atracción, física romántica o emocional de unas personas por otras personas. Todo mundo tiene una orientación sexual, que es integral a la identidad de la persona.”⁹⁵ con lo que entendemos que el concepto de orientación sexual abarca todo a lo que se refiere Angie Rueda Castillo con preferencia sexual, y que su justificación inicial de utilizar el término “preferencia” solo porque ya se encuentra dentro de nuestra Constitución carece de fundamento, pues

⁹² Idem, pág. 187.

⁹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁹⁴ Rueda Castillo, A., (2008) “Discriminación, homofobia y derechos humanos por orientación o preferencia sexual y por identidad y expresión de género en Iberoamérica” en Atención a la discriminación EN IBEROAMÉRICA Un recuento inicial, Coord. Becerra Glover Aljandro, CONAPRED p. 159-160.

⁹⁵ Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficialía del Alto Comisionado. GLOSARIO. s/f. <https://www.unfe.org/es/definitions/>

volvemos a la contradicción de tesis 293/2011, que nos recuerda que México deberá hacer las adecuaciones necesarias en razón de los derechos humanos.

Por su parte, Ponce Ruelas (2021), señala que en el apartado constitucional donde se prohíbe la discriminación por preferencias sexuales, preferencia sexual no es la única característica que define la sexualidad de las personas, dice que también se debe de incluir el derecho a la identidad de las personas trans. Igualmente, nos dice que debe de diferenciarse la expresión y la identidad de género en cuanto a orientación sexual la define como la capacidad que tiene una persona de sentirse atraída afectiva, sexual o emocionalmente por personas de un género diferente o igual, o más de un género. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), ha señalado que, en cuanto a la identidad y expresión de género, las personas deben poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, ello según la orientación sexual o la identidad de género que cada persona defina para sí.”

Se entiende que lo que se busca, en el párrafo quinto del artículo primero constitucional con esta prohibición es, como dice el CONAPRED, erradicar la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales diversas, discriminación que tiene una naturaleza estructural por tratarse de una prevalencia histórica que se alimenta de los estereotipos asociados con la diversidad sexual. De lo que podríamos decir que, quizá cambiar el término preferencias por orientación, tampoco sería la solución, ya que lo que daría una protección más integral sería la inclusión de la identidad de género, es decir, la orientación sexual, la expresión de género, y las características sexuales dentro de los motivos prohibidos de discriminación, en lugar de las “preferencias sexuales”.

Vemos ahora la diferencia entre el término preferencias sexuales y orientación sexual desde varios ámbitos y cómo en otros sistemas jurídicos de la región se opta por uno de ellos, además de lo que dicen algunos organismos al respecto, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

III. La lucha por el reconocimiento de sus derechos

Son muchos los obstáculos que las personas no heterosexuales han tenido que enfrentar a lo largo de la historia en la lucha por sus derechos, desde la no

discriminación hasta el reconocimiento de sus capacidades jurídicas, lucha que en el mundo contemporáneo está marcada por un gran número de retos, así como de un gran número de logros y que está lejos de llegar a su fin.

Uno de los hitos de esta lucha de liberación de la orientación sexual, fue la marcha que se dio en 1969 en Nueva York por los “Disturbios de Stonewall”, luego de que, en un bar, un gran grupo de personas LGBT pusieran resistencia al maltrato de la policía. Una década más tarde se comenzaron a modificar leyes en Estado Unidos, como la de prohibición de cargos públicos, así como la idea de que requerían tratamientos psiquiátricos. En 1977 Harvey Milk se convirtió en San Francisco en uno de los primeros cargos públicos electos abiertamente homosexuales en Estados Unidos.⁹⁶

Algunos de los cambios en favor de las personas diversas se ven cuando la Organización Mundial de la Salud⁹⁷ dejó de considerar la homosexualidad como una enfermedad (el 17 de mayo de 1990) rechazó también las terapias de cambio de orientación sexual⁹⁸. “Ha habido avances, pero debemos hacer más para sortear el obstáculo de la homofobia y brindar una atención equitativa, integral, diferenciada y con calidez a todas las personas, independientemente de su orientación sexual.” Afirmó Anna Coates, jefa de la Unidad de Género y Diversidad Cultural de la OPS/OMS.⁹⁹

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2 señala el compromiso “a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados,

⁹⁶ Geoghegan Tom, (2019) Stonewall, la histórica noche en que los gays se rebelaron en un bar de Nueva York y cambiaron millones de vidas, BBC News. consultado el 14 de junio del 2022 sitio web: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48718688>

⁹⁷ México firmó el tratado de la OMS el 22 de julio de 1946, y entró en vigor el 7 de abril de 1948, a partir de este momento, todas las disposiciones de la organización son vinculantes para el Estado mexicano.

⁹⁸ OPS/OMS. (2015) Avances y desafíos de la situación de las personas LGBT a 15 años de que la homosexualidad dejó de ser considerada una enfermedad mental. Consultado el 14 de junio del 2022. Sitio web: https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10964:2015-lgbt-health-sees-progress-and-challenges&Itemid=1926&lang=es

⁹⁹ Ídem

inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”¹⁰⁰

No cabe duda que, como ya lo dice Hegarty (2019) para la *American Psychological Association* (APA) son sumamente complejas relaciones entre la investigación y la práctica psicológicas, los movimientos sociales y las creencias normativas que han influido en los cambios en la comprensión y las respuestas a las personas con diversidad sexual y de género desde el nivel local hasta el transnacional¹⁰¹.

La diversidad sexual se refiere a la libertad que tienen las personas de asumir, expresar y vivir la sexualidad, así como de asumir expresiones, preferencias u orientaciones, identidades sexuales y de género, distintas en cada cultura y persona. [...] Es decir que dentro del término “diversidad sexual” cabe toda la humanidad, pues nadie ejerce su sexualidad de la misma manera que las y los demás.¹⁰² Rogelio Marcial plantea que el concepto lleva en sí mismo un problema, ya que la diversidad incluye también prácticas, discursos, expresiones y referentes simbólicos de la heterosexualidad, sobre todo en un contexto como el actual, en el cual –como sucede con la homosexualidad– existe una diversidad amplia en las formas de ser heterosexual.¹⁰³

Como lo mencioné en el epígrafe anterior, estamos hablando de uno de los 11 grupos en situación de discriminación, que, de acuerdo con la CONAPRED, dichos grupos son: las personas adultas mayores, afrodescendientes, creencias religiosas, etnias, migrantes y refugiados, mujeres, niñas y niños, personas con discapacidad, personas con VIH, **diversidad sexual**, jóvenes y trabajadoras del hogar. Pero bueno, ¿a quienes nos referimos con esto?

¹⁰⁰ 26. CNDH México. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. 2016. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>

¹⁰¹ Hegarty, P., & Rutherford, A. *Histories of psychology after Stonewall: Introduction to the special issue. American Psychologist*, 2019, 74(8), 857–867, <http://dx.doi.org/10.1037/amp0000571>

¹⁰² Comisión Nacional de los Derechos humanos “Día Mundial de la diversidad Sexual”, s.a., <https://www.cndh.org.mx/noticia/dia-mundial-de-la-diversidad-sexual>

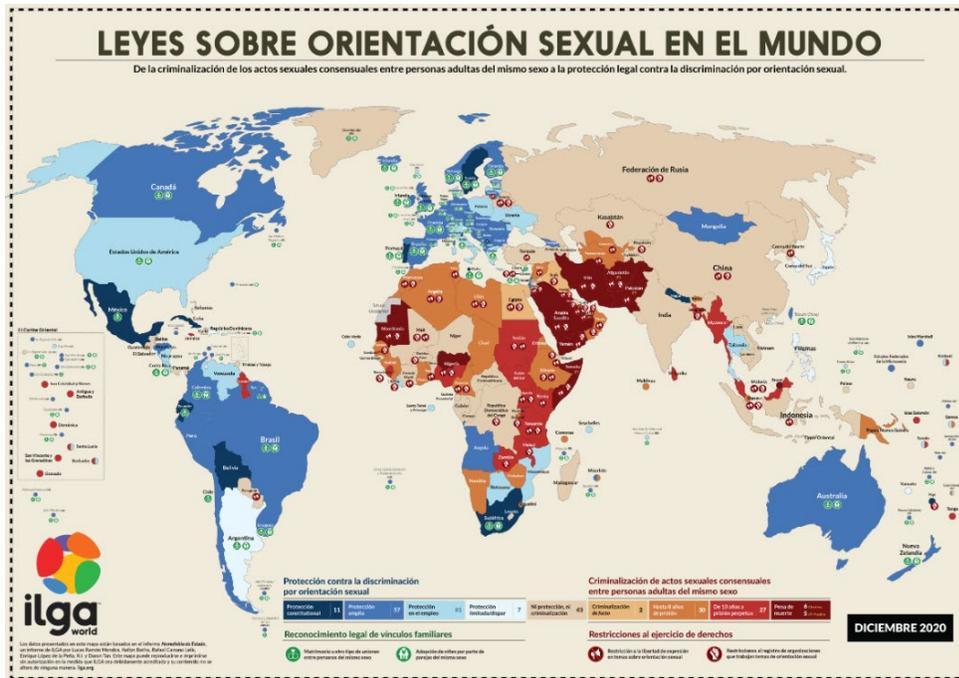
¹⁰³ Rogelio Marcial, ¡Viva México diverso!: Identidades culturales y expresiones sexo-políticas homosexuales en Guadalajara, I Encuentro de escritores “Disidencia sexual e identidades sexo genéricas”, celebrado en octubre de 2004.

Llanamente estaríamos hablando de personas LGBTTTTIQ+¹⁰⁴, que son la diversidad de orientaciones sexuales que existen, según la APA (2013), La orientación sexual es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual y el rol social del sexo. La orientación sexual es diferente de la conducta sexual porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas.¹⁰⁵

Nos damos cuenta que la protección de derechos de estas, es una realidad un tanto utópica dentro de los instrumentos internacionales, sin embargo, para tener una visión más amplia de la realidad que se vive en los países, analizaremos a ILGA Mundo, que es la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, la cual se dio a la tarea de concentrar las legislaciones sobre orientación sexual del mundo, como nuestro a continuación:

¹⁰⁴ Las siglas LGBTTTTIQ+ hacen referencia a: lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero, travestis, intersexuales, queer, etc. Deberá considerarse que aproximadamente existen 33 orientaciones sexuales.

¹⁰⁵ *American Psychological Association "Orientación sexual y identidad de género"*, 2013, <https://www.apa.org/togbtq/sexpics/lual>



106

En primer término, hay que resaltar que, para finales del año 2020, había 43 países que no se habían pronunciado debido a protección o criminalización en cuanto a la orientación sexual de las personas.

Podemos identificar en azul, se resaltan los países que cuentan con alguna protección contra la discriminación por orientación sexual, y con simbología verde, el reconocimiento legal de vínculos familiares. En ese sentido, entre los 11 países que cuentan con protección constitucional están en América, México, Cuba y Bolivia, en Europa, Suecia, Portugal y Kosovo; y solo Sudáfrica en el continente africano. En 57 países hay protección amplia, en 81 hay protección en temas laborales y solo 7 cuentan con protección limitada. En cuanto al reconocimiento de vínculos familiares la mayoría de los países europeos cuentan con ello, mientras que en América sólo en 27 países hay algún tipo de reconocimiento.

¹⁰⁶ Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (2020) Mapa de Leyes sobre la Orientación Sexual en el Mundo. Sitio web: https://ilga.org/sites/default/files/downloads/SPA_ILGA_World_map_sexual_orientation_1_aws_dec2020.png

Protección contra la discriminación por orientación sexual

Protección constitucional	11	Protección amplia	57	Protección en el empleo	81	Protección limitada/dispar	7
---------------------------	----	-------------------	----	-------------------------	----	----------------------------	---

Reconocimiento legal de vínculos familiares



Matrimonio u otro tipo de uniones entre personas del mismo sexo



Adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo

Mientras que con tonos rojos identificamos a los países que aun criminalizan los actos sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo, así como algunas restricciones al ejercicio pleno de sus derechos.

Abiertamente, la pena de muerte efectiva está arraigada en los países del medio oriente, como Irán, Arabia Saudita y Yemen, en Afganistán y Pakistán, por ejemplo, es una posibilidad. En muchos países africanos se consideran como actitudes criminales, que, para algunos, son merecedoras de pena privativa de la libertad.

En razón a estas privaciones y no reconocimiento de derechos, las restricciones principales son a la libertad de expresión en temas de orientación sexual y al registro de organizaciones que trabajan estos temas.

Criminalización de actos sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo

Criminalización de facto	2	Hasta 8 años de prisión	30	De 10 años a prisión perpetua	27	Penas de muerte	6 Efectiva 5 (P) Posible
--------------------------	---	-------------------------	----	-------------------------------	----	-----------------	-----------------------------

Restricciones al ejercicio de derechos



Restricción a la libertad de expresión en temas sobre orientación sexual



Restricciones al registro de organizaciones que trabajan temas de orientación sexual

Volviendo a nuestro país, en México se vive una fuerte situación de discriminación y violencia contra la comunidad LGBT, en particular contra las personas trans, muchas veces debido a que en algunas legislaciones no se le reconoce el derecho a su identidad.

Analizando el Informe de 2021 sobre muertes violentas de personas LGBT+ en México, nos damos cuenta de que la violencia fóbica se centra

principalmente en las mujeres trans, pues, tan sólo en el 2021, 55 mujeres trans fueron víctimas de transfeminicidio, mientras que (y según lo señala, son sólo las muertes registradas) en el mismo año, fueron asesinados 19 hombres y 2 mujeres homosexuales.¹⁰⁷

El informe nos deja claro que las mujeres trans son quienes están más expuestas a la violencia por prejuicio. “El contexto social predominante de discriminación y de exclusión que las rodea las coloca en una situación de vulnerabilidad extrema frente a actos de violencia.”¹⁰⁸ Actos de violencia que son cometidos por una amplia variedad de personas, desde “transeúntes transfóbicos, bandas del crimen organizado hasta policías y agentes de seguridad.”¹⁰⁹

Violencia sobre la cual las instituciones jurídicas guardan un terrible silencio, lo que le permite de cierta forma a las propias autoridades, cometer actos de violencia y discriminación contra las personas trans. Al respecto señala el informe que a toda esta violencia que tiene rodeadas a las personas transexuales debemos añadir la “violencia institucional derivada de la negativa de instituciones de gobierno y legislaturas estatales a reconocer su derecho a adecuar sus documentos oficiales a la identidad de género asumida.”¹¹⁰

Podemos apreciar que, como ya lo dijimos, ha habido enormes avances, pero aún hay muchos retos para la agenda LGBT+ en México, la lucha por el reconocimiento de los derechos es una que nunca acaba y que debe de seguir hacia adelante.

IV. Primeras conclusiones

Históricamente hablando, las personas LGTBTTIQ+ han sido muy discriminadas y violentadas, pero no son el único sector de la población que

¹⁰⁷ S.A. (2021) *Muertes violentas de personas LGBT+ en México, Informe 2021*. Arcus Foundation y Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana A.C. Pág. 11. Sitio web: <https://letraese.org.mx/wp-content/uploads/2022/05/Informe-Crimenes-2021.pdf>

¹⁰⁸ Ibidem, pág. 33

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Ibidem, pág. 34

ha tenido que enfrentar situaciones en las que sus derechos y su dignidad sean menoscabados tanto por la autoridad como por la sociedad, empero, los demás grupos si son claramente protegidos por el texto constitucional, pues se emplean palabras claras, origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, salud, religión, pero es justo cuando llegamos a “preferencias sexuales” que entramos en conflicto, en principio por que se entiende que esta condición es propiciada por la decisión de la persona, que es una elección, que es una cuestión que podría cambiar de un momento a otro, cuando no es así. A lo largo de este artículo, hemos tratado de visibilizar que la orientación sexual no es una elección, sino que forma parte de la naturaleza de la persona, y como tal, debería ser un bien jurídico protegido, de lo contrario se estaría a la deriva y sería susceptible de vulneraciones.

Es por eso que era necesario evidenciar que existe un problema con el principio “preferencias sexuales”, en razón no solo de su ambigüedad y las diferentes interpretaciones que se le pudieran dar (aquellas que escapan de la norma), sino que también se queda corto en lo que al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTTTIQ+ respecta pues no señala nada respecto a la identidad de género y la expresión de género lo que da lugar a situaciones propensas a la discriminación por la falta de normativa y positivización de este aspecto tan fundamental para el libre desarrollo del ser humano, independientemente de si su orientación sexual fuese diferente a la heteronormada o no, pues la identidad de género representa la propia esencia de la persona, y cuando esta es vulnerada, estamos frente a la forma más primigenia de la violentación a la dignidad humana.

Reforzando el Estado de Derecho México deberá proyectar el constitucionalismo social al reconocer derechos fundamentales de las personas que forman parte de los distintos grupos sociales (Armienta, 1984, p.498), como parte de las responsabilidades adquiridas por la autoridad dentro del párrafo tercero del artículo primero constitucional, que giran en torno a la defensa y garantía de los derechos humanos de todas las personas, y que los principios particularizados que resalta la norma fundamental, realmente tomen en cuenta a todas las personas; es por ello que consideramos fundamental que la inclusión del reconocimiento de los derechos humanos de este grupo en particular, pues a partir de esto se estaría logrando dar un paso más en cuanto a la protección integral a la que tenemos derecho, y que

si se tomara en cuenta, como ya lo hemos propuesto, la inclusión no solo de la protección para la diversidad de orientaciones, sino también de identidades y, en su caso, de expresiones de género.

La sociedad actual ha logrado romper con muchos de los estereotipos sociales que se han ido construyendo a lo largo de la historia, estigmas que no han hecho otra cosa que vulnerar y discriminar a las personas que no se ajustan a ese modelo social heteronormado, llegando a hacerles creer que ellas son el problema, y no la sociedad que es la que juzga y critica a quienes no temen expresar su personalidad, ejerciendo así, ese derecho al libre desarrollo. Sin embargo, no basta con que sea reconocido plenamente la no discriminación únicamente por la sociedad, ya que la autoridad es quien debe encabezar esta homogeneización, pues solo así se logrará una igualdad formal y real.

V. Referencias bibliográficas

- American Psychological Association* "Orientación sexual e identidad de género", 2013, <https://www.apa.org/topics/lgbtq/sexual>
- Armienta Calderón, G. 1984 "Los derechos fundamentales del hombre en el derecho mexicano en La Constitución y su defensa, UNAM, México.
- Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex "Leyes sobre orientación sexual en el mundo", 2020, https://ilga.org/sites/default/files/downloads/SPA_ILGA_World_map_sexual_orientation_laws_dec2020.png
- Bravo Aguilar, N.T. y Chávez Cervantes, J.J. (2017). Un asunto de seguridad jurídica: el control de convencionalidad y supremacía constitucional México en A. Villareal Palos et al, *Derechos Humanos y Seguridad en Democracia*. Universidad de Guadalajara, México.
- Calzada Reyes, A., Acosta Ymas, Y., Acosta González, M., & Gómez Sánchez, V., "Análisis diagnóstico del Trastorno de la Preferencia Sexual (Pedofilia): A propósito de un caso", *Cuadernos de Medicina Forense*, Málaga, vol.18, núm. 3-4, 20112, pp.127-133. <https://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062012000300006>

Cámara de diputados en:

https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

Consultado el 30 de mayo del 2022.

Chávez Cervantes, J.J. (2019) *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Panorama General*. Universidad de Guadalajara, México. [https://cuci.udg.mx/sites/default/files/5_cervantes .pdf](https://cuci.udg.mx/sites/default/files/5_cervantes.pdf)

Chávez García, N. y Ester Bárbara. "Los derechos LGBTI+ en América Latina". 2021. <https://www.celag.org/los-derechos-lgbti-en-america-latina/>

Comisión Nacional de los Derechos humanos "Día Mundial de la diversidad Sexual", s.a., <https://www.cndh.org.mx/noticia/dia-mundial-de-la-diversidad-sexual>

CNDH México. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. 2016. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>

CONAPRED, "Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales", 2016, p. 28, [https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Glosario TDSyG WEB.pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Glosario_TDSyG_WEB.pdf)

Constitución Política del Estado de Bolivia

Constitución de la República de Cuba

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: Derechos de las personas LGTBI, San José 2018, p. 7. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>

Geoghegan Tom, "Stonewall, la histórica noche en que los gays se rebelaron en un bar de Nueva York y cambiaron millones de vidas" para BBC News 2019 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48718688>

Hegarty, P., & Rutherford, A. "Histories of psychology after Stonewall: Introduction to the special issue. *American Psychologist*", 2019, 74(8), 857-867, <http://dx.doi.org/10.1037/amp0000571>

- INMUJERES. Glosario de Género. 2008. Pág. 101.
[https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E08-2009\[1\]\(2\).pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E08-2009[1](2).pdf)
- Organización Mundial de la Salud, “Disfunciones sexuales”, 2022,
<https://icd.who.int/browse11/l-m/es#http%3a%2f%2fid.who.int%2ficd%2fentity%2f160690465>
- Organización Mundial de la Salud, “Trastornos parafilicos”, 2022,
<https://icd.who.int/browse11/l-m/es#http%3a%2f%2fid.who.int%2ficd%2fentity%2f2110604642>
- OPS/OMS. Avances y desafíos de la situación de las personas LGBT a 15 años de que la homosexualidad dejó de ser considerada una enfermedad mental. 2015.
https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10964:2015-lgbt-health-sees-progress-and-challenges&Itemid=1926&lang=es
- Constitución del Ecuador.
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficialía del Alto Comisionado. GLOSARIO. s/f. <https://www.unfe.org/es/definitions/>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Rogelio Marcial, ¡Viva México diverso!: Identidades culturales y expresiones sexo-políticas homosexuales en Guadalajara, I Encuentro de escritores “Disidencia sexual e identidades sexo genéricas”, celebrado en octubre de 2004.
- Rueda Castillo, Angie, “Discriminación, homofobia y derechos humanos por orientación o preferencia sexual y por identidad y expresión de género en Iberoamérica” en Varios. Atención a la discriminación EN IBEROAMÉRICA Un recuento inicial, 2008, p. 159-160.
- S.A. (2021) Muertes violentas de personas LGBT+ en México, Informe 2021. Arcus Foundation y Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana A.C. Pág. 11. Sitio web: <https://letraese.org.mx/wp-content/uploads/2022/05/Informe-Crimenes-2021.pdf>
- Szasz, Ivonne, “El discurso de las ciencias sociales sobre las sexualidades”. Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano del Colegio de México, sin año, p. 1.
http://cfe.edu.uy/images/stories/pdfs/comisiones/ed_se_xual/antropologia_genero/discurso_cc_ss_sobre_se-xualidad.pdf

Trabazo VA. La pedofilia: un problema clínico, legal y social. 2009. Pág. 205.
<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20191016105022/Constitucion-Cuba-2019.pdf>

Algunas consideraciones respecto a la contratación de personal de salud extranjero en el contexto de la acción extraordinaria en materia de salubridad general y su vinculación con el derecho a la salud

Some considerations regarding the hiring of foreign health personnel in the context of the extraordinary action in matters of general health and its link with the right to health

Luis Arturo Jiménez Castillo

I. Introducción.

Como consecuencia de la pandemia originada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), el Estado mexicano se ha visto obligado a imponerle a los distintos actores estatales y a la población en general, una serie de medidas - algunas de carácter extraordinario-, con el objetivo de enfrentar de la mejor manera posible la epidemia dentro del territorio nacional. Sin embargo, las decisiones adoptadas y las medidas ordenadas no pueden ser ajenas a lo consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), y especialmente a los Derechos Humanos (DDHH) tutelados por la Carta Magna, así como por los tratados internacionales en materia de DDHH -conjuntamente con los documentos que de ellos emanen-, de tal suerte que aún en este escenario de emergencia sanitaria generada por fuerza mayor,¹¹¹ toda decisión adoptada, toda medida asumida y todo acto jurídico

¹¹¹

“ACUERDO POR EL QUE SE DECLARA COMO EMERGENCIA SANITARIA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR, A LA EPIDEMIA DE ENFERMEDAD GENERADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19)”, publicado en el Diario Oficial de la Federación,

generado por las autoridades competentes, debe ser congruente con la Ley Fundamental, con los instrumentos internacionales y con los documentos que deriven de dichos instrumentos.

El objetivo del presente documento, es analizar brevemente y a la luz del artículo 1° de la CPEUM y de la “Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, lo establecido en el “ACUERDO por el que se establecen especificaciones que las secretarías de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; así como el Instituto de Salud para el Bienestar, el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en su carácter de unidades facultadas, deberán observar para la contratación del personal que en el mismo se menciona”, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 24 de abril de 2020.¹¹²

II. Derechos humanos y derecho a la protección de la salud.

La incorporación de los DDHH¹¹³ en el artículo 1° de la CPEUM, mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011, transformó a fondo el *sistema jurídico*¹¹⁴ de nuestro país, surgiendo en consecuencia, nuevos lineamientos para el ejercicio de las atribuciones y para el cumplimiento de las responsabilidades de todos los

el día 30 de marzo de 2020, consultable en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020, página visitada el 30 de abril de 2020.

¹¹² Consultable en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592224&fecha=24/04/2020, página visitada el 30 de abril de 2020

¹¹³ El término “Derechos Humanos”, es definido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como las “garantías esenciales para que podamos vivir como seres humanos. Sin ellos no podemos cultivar ni ejercer plenamente nuestras cualidades, nuestra inteligencia, talento y espiritualidad”. Ver Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, Consultable en <http://www.un.org/es/rights/overview/x>, página visitada del 21 de noviembre de 2016

¹¹⁴ “...conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes (...) sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crear, aplicar, perfeccionar, enseñar y estudiar”. Definición de “Sistema Jurídico”, en PEÑUELAS, Luis, “*La Docencia y el Aprendizaje del Derecho en España*”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p. 26, citado por SIRVENT Gutiérrez, Consuelo, “*Sistemas Jurídicos Contemporáneos*”, Porrúa, México, 13ª edición, 2011, p. 5.

servidores públicos¹¹⁵ en México, ello en el marco de sus respectivos ámbitos de competencia.¹¹⁶

Es importante tener presente en todo momento, que la propia Carta Magna en su artículo 1° establece las conductas¹¹⁷ obligatorias que deberán desplegar los servidores públicos, así como los principios¹¹⁸ bajo los cuales deberán regirse dichas conductas. Los principios, por lo tanto, “fungen como directrices para interpretar a los derechos, pero, esencialmente, para aplicar las obligaciones que de ellos derivan”.¹¹⁹

Es oportuno hacer la distinción entre *salud* y *derecho a la protección de la salud*. La *salud* es definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”,¹²⁰ mientras que el *derecho a la protección de la salud*, es “la prerrogativa que tiene todo ser humano a disfrutar de bienestar físico y mental, para contribuir al pleno ejercicio de sus capacidades, prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana, accediendo a los servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población”,¹²¹ y comprende “el sistema de normas jurídicas que garantizan la protección de la salud, mediante la rectoría del Estado con la participación responsable de la sociedad y los

¹¹⁵ El artículo 128 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, textualmente establece: “Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen”.

¹¹⁶ La “Competencia” tiene su fundamento en el artículo 16 de la CPEUM, y se entiende que en “(...) un sentido jurídico general (...) alude a una idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actor jurídicos”. Ver: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Competencia* en “Diccionario Jurídico Mexicano”, Porrúa, México, 6° ed., 1993, Tomo A-CH, p. 542.

¹¹⁷ De conformidad con el tercer párrafo del artículo 1° de la CPEUM, las autoridades están obligadas a la promoción, respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos.

¹¹⁸ Del tercer párrafo del artículo 1° de la CPEUM, se desprende que las autoridades deberán regir su actuación acorde los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y pro persona.

¹¹⁹ SERRANO Sandra y VÁZQUEZ Daniel, “*Los Derechos en acción Obligaciones y principios de los derechos humanos*”, FLACSO MÉXICO, México, 1° reimpresión, 2014, p. 11.

¹²⁰ Ver: Organización Mundial de la Salud, “*Preguntas más frecuentes*”, consultable en <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>, página visitada el 21 de marzo de 2020 y artículo 1° bis de la Ley General de Salud.

¹²¹ Ver SOBERANES Fernández, José Luis (coord.), “*Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*”, Porrúa, México, 1° edición, 2009, p. 307.

individuos, basada en la equidad, calidad y apoyo financiero, respecto del cual el gobernado tiene poder jurídico de acción para exigir medios de mantenimiento y restablecimiento de su salud”.¹²²

En México, se reconoce, por lo tanto, el derecho a la protección de la salud y lo consagra en el cuarto párrafo del artículo 4° del texto constitucional, en donde se establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.¹²³

La Ley General de Salud (LGS), enuncia en su artículo 2 los fines del derecho a la protección de la salud, indicando que;

“**Artículo 2o.**- El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

- I. El bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.
Tratándose de personas que carezcan de seguridad social, la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados;
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud;
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud, y
- VIII. La promoción de la salud y la prevención de las enfermedades.”

El bien jurídico protegido¹²⁴ por este derecho, es el “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.¹²⁵ La dimensión personal o individual “se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico,

¹²² CARRILLO Fabela, Luz María Reyna, “La responsabilidad profesional del médico en México”, Ed. Porrúa, México, 6° edición, p. 314.

¹²³ El artículo 1° bis de la Ley General de Salud, adopta la definición de *salud* propuesta por la OMS.

¹²⁴ SOBERANES Fernández, José Luis (coordinador), *op. cit.*, p. 307.

¹²⁵ Organización Mundial de la Salud, *op. cit.*

mental, emocional y social de la persona, del que deriva otro derecho fundamental: el derecho a la integridad físico-psicológica”.¹²⁶ La dimensión pública o social, “consiste en el deber del Estado de atender los problemas de salud que afectan a la sociedad en general, así como en establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud”.¹²⁷ El titular del *derecho a la protección de la salud* es todo ser humano, y el obligado a tutelar dicho derecho es “cualquier servidor público, o incluso, los particulares que actúen bajo la anuencia o tolerancia del primero”,¹²⁸ y pueden vulnerarlo por acción o por omisión.

En cuanto a su fundamento jurídico, por disposición de los artículos 1° y 133 de la CPEUM, debemos remitirnos a diversos instrumentos internacionales en los que el Estado mexicano es parte, contemplándose la salud en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12.1. del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) -este instrumento es de especial relevancia para la protección de la salud-; 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), por lo que este derecho se encuentra amparado por los sistemas Universal¹²⁹ e Interamericano de protección de los Derechos Humanos.¹³⁰

¹²⁶ Tesis: 1a. CCLXVII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Época: Décima Época; Registro: 2013137, 25 de noviembre de 2016, Rubro: “DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL”.

¹²⁷ *Ídem.*

¹²⁸ SOBERANES Fernández, José Luis (coord.), *op. cit.*, p. 308.

¹²⁹ “Este sistema consiste en un conjunto de mecanismos orientados a proteger los derechos de todas las personas. El término ‘universal’ procede de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e indica que estos derechos son propios de todas las personas por igual, sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo”. Ver BREGAGLIO, Renata, “*Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*”, p. 91, consultable en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf, página visitada el 24 de marzo de 2020.

¹³⁰ “Al referirnos al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, tenemos en mente el complejo de mecanismos y procedimientos previstos tanto por la Carta de la Organización de Estados Americanos y otros instrumentos jurídicos conexos a ésta, como aquellos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual -junto con sus protocolos adicionales y otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos- es el producto del desarrollo y fortalecimiento de este sistema regional”. Ver: FAÚNDEZ Ledesma, Héctor, “*El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos*”.

Debe aclararse que los instrumentos internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte consignan el *derecho a la salud*. Sin embargo, “este término ha sido mal interpretado o se presta a confusiones al ser identificado con la idea de *ser saludable*, misma que sería imposible de garantizar como derecho. Erradicar las enfermedades va más allá de las facultades y capacidades del Estado”.¹³¹

Con relación al PIDESC, mediante la Resolución ECOSOC 1985/17 del 28 de mayo de 1985, la ONU creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “un órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados partes”.¹³²

El 11 de agosto de 2000, el Comité emitió la “Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. En la Observación General se reconoce a la salud (es decir, a la protección de la misma, según se explicó en líneas precedentes) como un derecho humano fundamental, sobre el cual se sustenta el disfrute del resto de los derechos humanos. Sin embargo, no se limita al reconocimiento señalado con anterioridad, sino que se establece que el disfrute de este derecho debe ser en el “más alto nivel posible” que le permita al ser humano “vivir dignamente”.¹³³

Para lograr lo anterior, la Observación General indica que “en todas sus formas y en todos sus niveles” la tutela del derecho a la protección de la salud deberá incorporar los siguientes elementos básicos e interdependientes:

- a) Disponibilidad;
- b) Accesibilidad;

Humanos Aspectos institucionales y procesales”, p. 27, consultable en https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf, página visitada el 24 de marzo de 2020.

¹³¹ PAHUAMBA Rosas, Baltazar, “*El derecho a la protección de la salud Su exigibilidad judicial al Estado*”, Novum, México, 1° edición, 2014, p. 47.

¹³² Ver <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>, página consultada el 3 de mayo de 2020

¹³³ Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, p.1, Consultable en http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/papiit/biblioteca/Doc_basicos/1_instrumentos_universales/5%20Observaciones%20generales/39.pdf, página visitada el 26 de diciembre de 2016

- c) Aceptabilidad;
- d) Calidad.

En el contexto del presente análisis, son relevantes la Disponibilidad y la Calidad.

La Disponibilidad establece, que si bien se reconoce la disparidad en el desarrollo de cada Estado, la Observación General especifica que:

“Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”.¹³⁴

Por lo tanto, la disponibilidad consiste en el compromiso de los Estados Parte en el PIDESC, para contar con suficientes establecimientos, bienes, servicios públicos, centros de atención y programas para la atención de la salud.

Por su parte, la Calidad dispone que es indispensable contar con “personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”.¹³⁵

Consecuencia de lo anterior y a partir del 10 de junio de 2011, además de los principios enunciados en el artículo 1º Constitucional, para la protección de la salud deben observarse los principios contenidos en la “Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”,¹³⁶ y por lo tanto:

“El Estado mexicano tiene la obligación de velar por el derecho a la protección de la salud, bajo los principios pro-persona, universalidad,

¹³⁴ *Ídem.*

¹³⁵ *Ídem.*

¹³⁶ Tesis: I.4o.A.86 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época: Décima Época, t. 3, octubre de 2013, p. 1759, Rubro: “DERECHO A LA SALUD. FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE”.

interdependencia, indivisibilidad, interpretación conforme, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad y progresividad. Lo anterior incluye que todo servidor público, en cada caso concreto en el que intervenga, dentro de su ámbito de competencia adopte las acciones *idóneas* para *proteger, respetar, garantizar* el derecho a la protección de la salud”.¹³⁷

III. Antecedentes del acuerdo de fecha 24 de abril de 2020.

En lo que interesa al presente análisis y como antecedentes directos del Acuerdo del 24 de abril del año en curso, encontramos que el día 23 de marzo de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el “ACUERDO por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia”;¹³⁸

El día 24 de marzo de 2020, se publicó en el DOF, el “ACUERDO por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)”;¹³⁹

En el DOF de fecha 27 de marzo de 2020, se publicó, el “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

¹³⁷ JIMÉNEZ Castillo, Luis Arturo, “*El Derecho a la Protección a la Salud como Derecho Humano y su vinculación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” en “*Consideraciones Principalistas sobre Derechos Humanos*”, FLORES González María Magdalena y GARCÍA Murillo José Guillermo (Coordinadores), Instituto de Estudios Jurídicos-Registro Nacional de Instituciones y Empresas Científicas y Tecnológicas CONACYT, 1° edición, 2018, p.143

¹³⁸ Consultable en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590161&fecha=23/03/2020, página visitada el 30 de abril de 2020

¹³⁹ Consultable en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020, página visitada el 30 de abril de 2020

(COVID-19)”.¹⁴⁰ En las fracciones II y III del artículo Segundo del Decreto, se dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- Para efectos del artículo anterior, la Secretaría de Salud podrá implementar de manera inmediata, además de lo previsto en el artículo 184 de la Ley General de Salud, las acciones extraordinarias siguientes:

(...)

- II.** Adquirir todo tipo de bienes y servicios, a nivel nacional o internacional, entre los que se encuentran, equipo médico, agentes de diagnóstico, material quirúrgico y de curación y productos higiénicos, así como todo tipo de mercancías y objetos que resulten necesarios para hacer frente a la contingencia, sin necesidad de llevar a cabo el procedimiento de licitación pública, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontarla;
- III.** Importar y autorizar la importación, así como la adquisición en el territorio nacional de los bienes y servicios citados en la fracción anterior, sin necesidad de agotar trámite administrativo alguno, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontar la contingencia objeto de este Decreto;”.

Es importante aclarar lo siguiente:

El artículo 184 de la Ley General de Salud, a que se refiere el artículo Segundo del Decreto, establece que:

“La acción extraordinaria en materia de salubridad general será ejercida por la Secretaría de Salud, la que deberá integrar y mantener permanentemente capacitadas y actualizadas brigadas especiales que actuarán bajo su dirección y responsabilidad y tendrán las atribuciones siguientes:

I. Encomendar a las autoridades federales, estatales y municipales, así como a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, el desempeño de las actividades que estime necesarias y obtener para ese fin la participación de los particulares;

II. Dictar medidas sanitarias relacionadas con reuniones de personas, entrada y salida de ellas en las poblaciones y con los regímenes higiénicos especiales que deban implantarse, según el caso;

¹⁴⁰ Consultable en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590673&fecha=27/03/2020, página visitada el 30 de abril de 2020

III. Regular el tránsito terrestre, marítimo y aéreo, así como disponer libremente de todos los medios de transporte de propiedad del estado y de servicio público, cualquiera que sea el régimen legal a que estén sujetos éstos últimos:

IV. Utilizar libre y prioritariamente los servicios telefónicos, telegráficos y de correos, así como las transmisiones de radio y televisión, y

V. Las demás que determine la propia Secretaría.”

La “acción extraordinaria en materia de salubridad general”, contemplada en los artículos 181 al 184 de la LGS, puede definirse como la atribución que tiene la SSA en su carácter de autoridad sanitaria, para la dictar las resoluciones y para ejecutar los actos, que sean efectivos y legales, encaminados a la tutela del derecho a la protección de la salud en su dimensión pública, en un contexto fuera de lo común que implica una situación de peligro o desastre, y que por ende, requiere de una respuesta inmediata.

Al respecto, merece especial atención la fracción V del artículo 184 de la LGS. En efecto, si bien en la fracción de referencia el legislador “abrió la puerta” para que la SSA realice las acciones indeterminadas que considere necesarias para enfrentar una emergencia sanitaria, ello debe encontrarse en todo momento apegado al principio de legalidad contenido en el artículo 16 de la CPEUM, máxime porque apartarse de él implica la posibilidad de que se impugnen las medidas adoptadas.

Debe tenerse en cuenta que esta acción extraordinaria entraña al mismo tiempo, una *posibilidad* de hacer (habilitación) y una *obligación* de hacer (exigencia ineludible) por parte de la SSA. Por una parte, asigna la aptitud para la adopción de medidas para la prevención, control y combate de los daños ocasionados a la salud de la población; pero también es un mandato de legalidad, pues no obstante la situación, ejercer la acción en comento no implica en ningún momento ignorar los DDHH, y en consecuencia, los principios pro persona, universalidad, interdependencia, indivisibilidad, interpretación conforme, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad y progresividad, contenidos en el artículo 1° de la CPEUM y en la “Observación General número 14”. De hecho, el apego a estas directrices permite potenciar la labor protectora del derecho humano involucrado.

Por ejemplo, el artículo 181 de la LGS establece a la *catástrofe*¹⁴¹ como una de las hipótesis para ejercer la “acción extraordinaria en materia de salubridad general”, pero ello no implica que para hacer frente a la destrucción o el daño causado, la SSA pueda ordenar el reclutamiento de menores de edad para realizar un trabajo específico. Esta situación hipotética -aparentemente absurda- ilustra con claridad lo siguiente: toda medida adoptada, debe ser legal y proporcional a la situación que se busca prevenir, controlar o combatir.

En otro orden de ideas, en el DOF del día 30 de marzo de 2020, se publicaron el “ACUERDO por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-COV2 (COVID-19)” y el “ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)”;¹⁴²

El día 31 de marzo de 2020, se publicó en el DOF, el “ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-COV2”;¹⁴³

En el DOF del día 03 de abril de 2020, se publicó el “ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias que se deberán de realizar para la adquisición e importación de los bienes y servicios a que se refieren las fracciones II y III del artículo Segundo del 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), publicado el 27 de marzo de 2020”.¹⁴⁴

¹⁴¹ “Del lat. tardío *catastrōphe*, y este del gr. καταστροφή *katastrōphḗ*, der. de καταστρέφειν *katastréphein* 'abatir, destruir'. 1. f. Suceso que produce gran destrucción o daño.” Ver Real Academia Española, “*Catástrofe*”, consultable en <https://dle.rae.es/cat%C3%A1strofe?m=form>, página revisada el 12 de mayo de 2020.

¹⁴² Consultable en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020, página visitada el 30 de abril de 2020

¹⁴³ Consultable en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020&print=true, página visitada el 1° de mayo de 2020

¹⁴⁴ Consultable en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5591156&fecha=03/04/2020, página visitada el 1° de mayo de 2020

En dicho Acuerdo, se contempló en el artículo Tercero, que:

“ARTÍCULO TERCERO. - Las unidades facultadas podrán contratar médicos y enfermeras, y demás personal médico que consideren necesario, de carácter eventual o por honorarios, a efecto de fortalecer sus capacidades de atención médica, por el tiempo que dure la emergencia.”

Finalmente, el día 24 de abril de 2020, se publicó en el DOF, el “ACUERDO por el que se establecen especificaciones que las secretarías de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; así como el Instituto de Salud para el Bienestar, el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en su carácter de unidades facultadas, deberán observar para la contratación del personal que en el mismo se menciona”.¹⁴⁵

IV. Breve análisis del “acuerdo por el que se establecen especificaciones que las secretarías de salud, de la defensa nacional y de marina, así como el instituto de salud para el bienestar, el instituto mexicano del seguro social y el instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del estado, en su carácter de unidades facultadas, deberán observar para la contratación del personal que en el mismo se menciona”.

El documento a que se hace referencia contiene cuatro artículos que establecen:

“ARTÍCULO PRIMERO.- El presente Acuerdo tiene por objeto establecer las especificaciones que las Secretarías de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; así como el Instituto de Salud para el Bienestar, el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en su carácter de unidades facultadas, deberán observar para la contratación del personal señalado en el artículo Tercero del Acuerdo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de abril del 2020, por el que se establecen acciones extraordinarias que se deberán de realizar para la adquisición e importación de los bienes y servicios a que se refieren las fracciones II y III del artículo Segundo del Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de

¹⁴⁵ Consultable en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592224&fecha=24/04/2020, página visitada el 1° de mayo de 2020

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), publicado el 27 de marzo del 2020”.

Este Primer artículo, carece de especial relevancia, pues las fracciones del artículo y del Decreto que ahí se mencionan, en esencia disponen que las dependencias federales a que se hace referencia, deberán apegarse a las disposiciones al presente Acuerdo de fecha 24 de abril, para la adquisición a nivel nacional o internacional, de cualquier bien o servicio que sea necesario para enfrentar la emergencia, sin necesidad de licitación pública; y para importar o autorizar la importación o adquirir en territorio nacional servicios o insumos para enfrentar la emergencia, sin necesidad de agotar algún trámite administrativo.

El siguiente artículo, dispone que:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- Las unidades facultadas, con sujeción a sus recursos disponibles y exclusivamente por el tiempo que dure la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, podrán contratar a profesionales de la salud que, habiendo obtenido durante los años 2019 y 2020, el respectivo diploma de especialidad médica de la institución de educación superior o de salud oficialmente reconocida ante las autoridades correspondientes donde hayan cursado sus estudios, no cuenten aún con la cédula profesional de especialidad o el certificado de especialidad emitido por el Consejo de Especialidad Médica respectivo, conforme a lo señalado en el artículo 81 de la Ley General de Salud.”

El presente artículo si bien se refiere exclusivamente a las Secretarías de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; así como el Instituto de Salud para el Bienestar, el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en su carácter de unidades facultadas, involucra el derecho al libre ejercicio de la profesión y la calidad en los servicios de salud, por lo que plantea algunas cuestiones interesantes para su análisis.

Debemos partir de que la CPEUM establece en los párrafos primero y segundo, del artículo 5° que:

“Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.”

Al respecto, el Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío, explica que:

“El artículo 5º constitucional garantiza la libertad de trabajo a todos los habitantes de nuestro país. Jurídicamente, ello significa que cada cual puede dedicarse a la actividad lícita que desee, sin que nadie le pueda imponer forma alguna de trabajo, ni condiciones distintas a las previstas por el derecho. Se trata, en realidad, de una manera de impedir que el Estado intervenga en la elección o el desarrollo laboral más allá del establecimiento de ciertas condiciones mínimas de prestación.”¹⁴⁶ No obstante lo anterior “(...) en las sociedades modernas se ha considerado que el tratamiento de cierto tipo de situaciones humanas o naturales debe realizarse sólo por quien cuente con un determinado tipo de conocimientos; más aún, que el tipo de conocimientos requeridos deben enseñarse y certificarse por instituciones educativas de cierto nivel y capacidad, pues sólo así es posible garantizar su especificidad y, lo que es verdaderamente importante, el que sólo a ciertos sujetos calificados se les permita actuar en situaciones humanas o naturales consideradas importantes”.¹⁴⁷

Por lo tanto, el ejercicio de una actividad profesional no es absoluto, irrestricto o ilimitado, sino que

“(…) con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos: a) que no se trate de una actividad ilícita; b) que no se afecten derechos de terceros; y, c) que no se afecten derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo presupuesto normativo

¹⁴⁶ COSSÍO Díaz, José Ramón, “Regular las profesiones”, Consultable en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6830/8766>, página visitada el 05 de mayo de 2020.

¹⁴⁷ Ídem.

implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado”.¹⁴⁸

En este sentido, las actividades profesionales en el área de la salud, se consideran *restringidas*, es decir, que su

“(...) libre ejercicio se sujeta a normas y requisitos de orden administrativo que la ley establece tales como la obtención y registro de los títulos con los que demuestra haber cursado los estudios que integran las carreras profesionales y cumplido con los requisitos que al efecto se determine (...) Es evidente que las restricciones se fundan en el interés del Estado por proteger al público en general que requiere los servicios profesionales (...) atendiendo al interés público”.¹⁴⁹

En consecuencia, la *licitud* del ejercicio profesional, es decir, la “Calidad de las conductas que cumplen con los deberes prescritos en las normas jurídicas (...)”,¹⁵⁰ implica no solo que la actividad se encuentre permitida por la ley, sino, además -en el caso concreto, de la Medicina, la Enfermería o Técnico Superior Universitario-, que para su ejercicio se cuente con título profesional y con la cédula con efectos de patente expedida por la Dirección General de Profesiones (DGP) Federal o local.

En el caso de los técnicos -de nivel bachillerato- y de los auxiliares de la salud, se requiere el diploma correspondiente, así como la respectiva cédula profesional de la rama técnica que corresponda, según se desprende de los

¹⁴⁸ Jurisprudencia: P./J. 28/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época: Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p. 260, Rubro: “LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”.

¹⁴⁹ Ver: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Profesiones* en “Diccionario Jurídico Mexicano”, Porrúa, México, 6° ed., 1993, Tomo P-Z, p. 2594.

¹⁵⁰ Ver: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Licitud* en “Diccionario Jurídico Mexicano”, Porrúa, México, 6° ed., 1993, Tomo I-O, p. 2040.

artículos 78 y 79 de la LGS, en correlación con los artículos 2, 3 y 5 de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal -cuya aplicación compete a la SEP y no a la SSA-.

La diferencia entre el título profesional, el diploma y la cédula profesional, radica en que el primero se refiere al nivel Licenciatura y se define en el artículo 1º de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional, como “(...) el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tenga reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta Ley y otras disposiciones aplicables”, mientras que el segundo se obtiene después de cursar una especialidad, según se desprende de los artículos 141 de la Ley General de Educación (LGE), 81 y 82 de la LGS, así como del “ACUERDO número 17/11/17 por el que se establecen los trámites y procedimientos relacionados con el reconocimiento de validez oficial de estudios de tipo superior”, publicado en el DOF el día 13 de noviembre de 2017,¹⁵¹ mismo que establece:

“Artículo 5.- En el marco de lo previsto en la Ley y en la Ley para la Coordinación de la Educación Superior, los Particulares podrán solicitar a la Autoridad Educativa Federal el RVOE de los siguientes estudios:

I. Técnico Superior Universitario o Profesional Asociado: es la opción educativa posterior al bachillerato y previo a la licenciatura, orientada a la formación práctica y específica de un campo profesional, que conduce a la obtención del título profesional correspondiente. Este nivel puede ser acreditado como parte del Plan de estudio de una licenciatura;

II. Licenciatura: es la opción educativa posterior al bachillerato o del Técnico Superior Universitario o Profesional Asociado, orientada a un campo de formación específico, que conduce a la obtención del título profesional correspondiente, y

¹⁵¹ Consultable en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5504348&fecha=13%2F11%2F2017 página visitada el 05 de mayo de 2020

III. Posgrado: es la opción educativa posterior a la licenciatura orientada a la formación especializada sobre un campo de formación determinado, y que comprende los siguientes niveles:

- a) Especialidad, que conduce a la obtención de un diploma.*
- b) Maestría, que conduce a la obtención del grado correspondiente.*
- c) Doctorado, que conduce a la obtención del grado respectivo.”*

La cédula profesional por su parte, es el documento con “(...) el efecto de una patente que autorice el ejercicio de una profesión restringida”¹⁵²

En lo referente a la *certificación*, esta se contempla en el tercer párrafo del artículo 81 de la LGS e implica la supervisión del entrenamiento, de las habilidades, destrezas y la calificación de la pericia del profesional de la salud. Se refiere entonces, “(...) al peritaje al que se someten los diversos profesionistas para demostrar conocimientos actualizados en su campo profesional”¹⁵³ y obedece “(...) a una política pública que busca la calidad educativa (...) en lo que respecta a la educación continua (...)”¹⁵⁴ del profesionista.

La *certificación* se regula, además, en el “ACUERDO por el que se emiten los Lineamientos a que se sujetarán el Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas y los Consejos de Especialidades Médicas a los que se refiere el artículo 81 de la Ley General de Salud, para la aplicación de lo dispuesto por el artículo 272 Bis y el Título Cuarto de dicha ley”.

Por su parte, la *recertificación* “(...) no es otra cosa que la validación de la certificación inicial (...)”¹⁵⁵

Al respecto, Frenk y Gómez apuntan lo siguiente:

“La regulación de la atención a la salud tiene como propósito garantizar un mínimo nivel de competencia entre los proveedores de servicios de salud y la

¹⁵² Registro: 253989, *Semanario Judicial de la Federación*, Época: Séptima Época, Volumen 86, Sexta Parte, p. 69, Rubro: “PROFESIONES. CARRERAS QUE NO REQUIEREN CEDULA PARA SU EJERCICIO”.

¹⁵³ BELTRÁN Corona, Víctor Everardo, *Recaudación fiscal y certificación profesional: enlace de dos políticas públicas*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Universidad Autónoma de Baja California, México, 1º edición, 2009, p.17

¹⁵⁴ *Ídem*

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 41

seguridad de los usuarios de estos servicios. Dentro de las actividades de regulación de los servicios de salud se incluyen la acreditación de las escuelas y facultades de ciencias de la salud, el licenciamiento y certificación de médicos y enfermeras, y la acreditación y certificación de las unidades de atención.”¹⁵⁶

Ahora bien, como se explicó con anterioridad, toda autoridad -en general, todo servidor público- puede actuar únicamente dentro de su ámbito de competencia, pues de esta manera se apega al principio de legalidad.¹⁵⁷ Sin embargo, de lo expuesto en el presente apartado, se desprende que la SSA carece de atribuciones para ordenar lo establecido en el Artículo segundo del Acuerdo de fecha 24 de abril de 2020, tal y como puede corroborarse de lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF).

Otro aspecto de relevancia a considerar es la indicación de contratar a personal de salud recién egresado de la Especialidad. En este punto el Acuerdo además de ser discriminatorio -pues les niega la oportunidad de ser contratados a profesionistas de mayor experiencia, con cédula profesional, o con las certificaciones respectivas-, también puede repercutir negativamente sobre la atención que se le brinde al paciente, y por ende sobre su derecho humano a la protección de la salud.

En este contexto, para aplicar los principios contemplados en el artículo 1° de la CPEUM, así como lo ordenado en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, la SSA pudo haber suscrito o podría suscribir un acuerdo de coordinación con la SEP y con el Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas o con los Consejos Médicos respectivos, para que sin dejar de cumplir con los requisitos exigidos en la legislación -puesto que no pueden ignorarse o eximirse-, se agilice la expedición de cédulas profesionales, así como las certificaciones y las recertificaciones -especialmente las que ya se encuentran en trámite-, más no obviarlas, ya que tratándose del derecho humano a la protección de la salud, las capacidades y habilidades que amparan dichos

¹⁵⁶ FRENK Julio y GÓMEZ Dantés, Octavio, “*Para entender el Sistema de Salud de México*”, Nostra Ediciones, México, 1° ed, 2008, p. 79

¹⁵⁷ Tesis 257, Apéndice de 2011, Época: Quinta Época, t. I, p. 1228, Rubro: “AUTORIDADES. Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite”.

documentos se encuentran directamente vinculados con el “principio de calidad” contenido en la “Observación General número 14”.

Por su parte, el artículo tercero dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO TERCERO. - *Las unidades facultadas y los gobiernos de las entidades federativas, a través de sus secretarías de salud o equivalentes, en sus respectivos ámbitos de competencia, con sujeción a sus recursos disponibles y exclusivamente por el tiempo que dure la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, estarán facultados para contratar personal profesional de la salud con formación en el extranjero, sujetándose para ello a lo siguiente:*

- I. La participación del referido personal profesional de la salud deberá estar sustentada en el acuerdo interinstitucional que al efecto se celebre con la autoridad sanitaria del país de origen;*
- II. El personal referido deberá contar con la documentación que le permita ejercer su profesión como profesional de la salud en el país donde realizó su formación académica, y*
- III. Deberá contar con carta responsiva de la autoridad sanitaria del país de origen que avale la capacidad técnica del personal profesional de la salud a que se refiere el presente artículo.*

Todas las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal involucradas deberán coadyuvar, en el ámbito de sus atribuciones, para otorgar todas las facilidades administrativas y jurídicas para el ingreso y permanencia en territorio nacional de los profesionales de la salud a que se refiere el presente artículo, así como para realizar las actividades de cooperación técnica, científica y académica en materia de salud y prevención social relacionadas con la atención a población afectada por el virus SARS-CoV2.”

El primer párrafo y las fracciones I a la III del artículo en comento, son de la mayor relevancia, pues amplía a las entidades federativas la posibilidad de contratar personal de la salud. Sin embargo, debe ponerse especial atención en la expresión “con formación en el extranjero”. Al respecto debe aclararse, que si bien una persona puede formarse profesionalmente en el extranjero y regresar a su país de origen para ejercer su profesión, el artículo en su conjunto deja en claro que el sentido de tal disposición es la contratación de

profesionales de la salud extranjeros -lo que es distinto a que su formación se dé en el extranjero-. Así tenemos entonces, que el párrafo primero se refiere a la contratación de extranjeros, mientras que las fracciones I a la III, establecen los lineamientos generales para dicha contratación -por lo que respecta a los requisitos para ejercer como profesional, técnico o auxiliar de la salud en Jalisco, se abordarán más adelante-.

Ahora bien, el artículo tercero del acuerdo de fecha 24 de abril del año en curso, involucra los DDHH a la igualdad y a la no discriminación. Al respecto, el primer y el último párrafo del artículo 1º de la CPEUM, respectivamente establecen:

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

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

De lo anterior se desprende claramente, que en la Carta Magna se encuentra tutelado el derecho humano a la igualdad y se prohíbe la discriminación por cualquier causa.

La CPEUM al establecer la *igualdad* no solo se refiere a una *igualdad jurídica*, entendida como “(...) la aplicación de la ‘misma regla’ a situaciones ‘esencialmente similares’”,¹⁵⁸ sino que “(...) en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley

¹⁵⁸ Ver: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Igualdad jurídica*, en “Diccionario Jurídico Mexicano”, Porrúa, México, 6º ed., 1993, Tomo I-O, p. 1611.

(en relación con su contenido)”,¹⁵⁹ por lo que “(...) en las relaciones jurídicas no deben hacerse diferencias de trato sobre la base de ciertas consideraciones bien determinadas”.¹⁶⁰

El *derecho a la igualdad* es entonces

“(...) la prerrogativa que se le reconoce a todas las personas para disfrutar de los derechos establecidos y protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, en condiciones de igualdad, atendiendo a sus circunstancias particulares, evitando todo tipo de discriminación motivada por origen étnico o nacional (...) o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.¹⁶¹

Es un derecho considerado “vertebral”¹⁶² y conlleva la prohibición de la discriminación.¹⁶³ El Comité de Derechos Humanos de la ONU, con base en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -pero una vez analizados diversos instrumentos internacionales en contra de la

¹⁵⁹ Jurisprudencia: 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época: Novena Época, Tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75, Rubro: “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”.

¹⁶⁰ *Igualdad jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. cit.*, p. 1611.

¹⁶¹ SOBERANES Fernández, José Luis (coordinador), *op. cit.*, p. 111.

¹⁶² *Ídem*.

¹⁶³ El artículo 1º, fracción III, primer párrafo, de la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, dispone: “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”

discriminación-, emitió el 10 de noviembre de 1989 la Observación General número 18,¹⁶⁴ en donde concluye que por “discriminación” debe entenderse

“7. (...) Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

*8. Sin embargo, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”, ya que “13. (...) no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”.*¹⁶⁵

El bien jurídico tutelado por este derecho, es la igualdad; su titular es todo ser humano y el obligado es todo servidor público o particular, siempre y cuando este último actúe bajo la anuencia o tolerancia del primero; la vulneración puede derivarse de acciones u omisiones, que afecten la seguridad jurídica del titular del derecho “(...) en cuanto al estricto cumplimiento del orden jurídico por parte del Estado”.¹⁶⁶

El *derecho a la igualdad* se tutela en el quinto párrafo del artículo 1º de la CPEUM; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 2.1, 2.2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6 de la Declaración del Milenio; 9.1 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, por lo que este derecho -al igual que el de la protección de la salud- se encuentra amparado por los sistemas Universal e Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

¹⁶⁴ Consultable en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>, página visitada el 06 de mayo de 2020.

¹⁶⁵ *Ídem.*

¹⁶⁶ SOBERANES Fernández, José Luis (coordinador), op. cit., p. 112.

Existen herramientas interpretativas que nos permiten valorar si las decisiones de las autoridades son respetuosas de los Derechos Humanos, destacándose para el tema que nos ocupa el “Test de igualdad y no discriminación”.¹⁶⁷ Un test es la “(...) construcción de una serie de categorías que se integran por un objetivo específico, una construcción de varios criterios tipo *check list*”.¹⁶⁸ Si bien en el caso concreto no se analiza una ley sino un Acuerdo emitido por el Secretario de Salud, dicha determinación sí entraña la posible afectación a los DDHH, por lo que la aplicación del test antes mencionado, sin lugar a dudas nos brinda una guía para arribar a una conclusión respecto del cumplimiento o incumplimiento, de las obligaciones le impone el artículo 1° de la CPEUM a la SSA, aún en casos de emergencia sanitaria.

En este contexto, mediante el “Test de igualdad y no discriminación”

“(...) podemos analizar lo mismo una restricción general que una particular. Lo que se pone en juego es la igualdad por medio de un ley o acto administrativo que puede violentar el derecho a la no discriminación (...) Sabemos que en el orden jurídico se pueden establecer tratos diferenciados para grupos específicos. En sí mismo los tratos diferenciados no son contrarios al derecho a la igualdad y a la no discriminación, pero cuando estos tienen como objetivo o consecuencia vulnerar los derechos de ese grupo diferenciado, es aquí donde se violenta el derecho a la no discriminación. (...) Así, lo relevante en el establecimiento de tratos diferenciados, es que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad.”¹⁶⁹

La SCJN ha resuelto en Jurisprudencia, que para determinar si una “(...) distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada”,¹⁷⁰ es necesario

¹⁶⁷ VÁZQUEZ, Daniel, “Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar”, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1° ed, 2016, p.p. 53-97.

¹⁶⁸ *Ídem*, p. 29

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.p. 77, 78.

¹⁷⁰ Jurisprudencia: 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época: Novena Época, Tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75, Rubro: “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”.

“(…) determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.”¹⁷¹

Así las cosas y una vez aplicada la herramienta argumentativa en comento, se desprende discriminación en el Acuerdo de fecha 24 de abril de 2020, ya que brinda la posibilidad de contratación directa de profesionales de la salud extranjeros por sobre los nacionales, sin que se justifique la insuficiencia de personal o de especialistas mexicanos, necesarios para atender en territorio nacional la emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, y de los cuales el país carezca en calidad de formación o en número de profesionistas, auxiliares o técnicos, suficientes y disponibles.

La contratación de personal extranjero únicamente puede realizarse con carácter complementario, siempre y cuando dicha medida sea indispensable para poder tutelar de manera efectiva el derecho a la protección de la salud de la población, pero en ningún caso como sustitución o con

¹⁷¹ *Ídem*

exclusión de los de los profesionales, auxiliares y técnicos de la salud mexicanos.

De igual manera, existe un componente discriminatorio en que la posibilidad de contratación, sea únicamente para los “(...) profesionales de la salud que, habiendo obtenido durante los años 2019 y 2020, el respectivo diploma de especialidad médica”, excluyendo al personal de mayor experiencia, con cédula profesional y la certificación respectiva -reiterando que este último punto, también se encuentra íntimamente ligado con la calidad en la prestación de servicios de salud, contemplados en la Observación General número 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales-.

Por otra parte, y retomando los requisitos para que una persona pueda ejercer en el estado de Jalisco, en cualquier rama del área de la salud, tal y como se transcribió con anterioridad, por disposición expresa del segundo párrafo del artículo 5° de la CPEUM, es a cada entidad a quien le corresponde legislar respecto al ejercicio profesional.

En el caso de Jalisco, la Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco (LEAP), es clara al contemplar a las “las áreas de la salud en general” como aquellas que requieren título para su ejercicio, pues incluso dispone que se encuentran sujetas a certificación (artículo 4 fracción X). De igual manera, exige la cédula profesional para ejercer, definiéndola en la fracción II del artículo 7, como el

“(...) documento expedido por la Dirección de Profesiones, que autoriza el ejercicio de la actividad profesional y que da fe de la expedición legal de los documentos acreditativos de cada modalidad de cédula, incluido el título profesional respectivo y de la certificación de competencia profesional; con vigencia definitiva o temporal, ésta, renovable a partir de la evaluación satisfactoria de sus competencias profesionales y su actualización continua”.

Es decir, de conformidad con la fracción II del artículo 7 de la LEAP, en Jalisco para ejercer en cualquier área de la salud -que es el caso que nos ocupa-, no basta el documento popularmente conocido como “cédula federal”, se requiere además la cédula estatal, documento que no puede pasarse por alto. Aunado a lo anterior, los artículos 2 y 15 de la misma Ley, disponen

“Artículo 2º. Las autoridades estatales y municipales son coadyuvantes en la vigilancia y cumplimiento de la presente Ley y su Reglamento en sus respectivas esferas de competencia. En caso de incumplimiento se estará a lo dispuesto por los ordenamientos legales a los que se encuentren sujetas dichas autoridades y la presente Ley.”

(...)

“Artículo 15. Quienes se ostenten como profesionistas ante alguna autoridad en el Estado, deberán acreditarlo mediante la presentación de la cédula y, en su caso, contar con certificación profesional vigente, verificable en el portal web de la Dirección; en caso contrario, las autoridades que le atiendan deberán de rechazar de plano su intervención con excepción de lo dispuesto en el artículo anterior. En caso de que las autoridades no observen este requisito se estará a lo dispuesto por esta Ley y los ordenamientos legales a los que se encuentren sujetas.”

De igual manera, la certificación de competencias -el certificado que lo ampara-, también se contempla como obligatorio en la legislación estatal.

Explicado lo anterior y en lo concerniente al análisis de las fracciones contenidas en el Artículo tercero del Acuerdo, en donde se establece que

“I. La participación del referido personal profesional de la salud deberá estar sustentada en el acuerdo interinstitucional que al efecto se celebre con la autoridad sanitaria del país de origen”.

Al respecto, en las ligas http://www.salud.gob.mx/transparencia/marco_normativo/acuerdos.html y <https://coordinacionpolitica.sre.gob.mx/index.php/registro-de-acuerdos-interinstitucionales-r-a-i>, no se da cuenta de ningún convenio suscrito hasta el momento con país extranjero, para atender la emergencia sanitaria.

“II. El personal referido deberá contar con la documentación que le permita ejercer su profesión como profesional de la salud en el país donde realizó su formación académica”.

En este punto nos remitiremos a lo ya explicado sobre los requisitos necesarios para ejercer una profesión restringida en nuestro país, ya que con independencia de lo que establezca una legislación extranjera, en su caso, sería necesario apearse a lo ordenado por los artículos 114, fracción V, 141 y 144 de la LGE, en lo relativo a la validación de estudios y certificación de

conocimientos, tratándose de formación profesional realizada en el extranjero.

“III. Deberá contar con carta responsiva de la autoridad sanitaria del país de origen que avale la capacidad técnica del personal profesional de la salud a que se refiere el presente artículo.”

En esta fracción resalta el requisito de la “carta responsiva”. Ni la SCJN, ni los diccionarios jurídicos contemplan dicho documento.¹⁷² No obstante, el vocablo “responsabilidad” es definido por la Real Academia Española,¹⁷³ como:

- “1. f. Cualidad de responsable.
- 2. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.
- 3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.
- 4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”.

El Diccionario Jurídico Mexicano, señala que la voz en comento deriva de *respondere*, que significa “prometer, merecer, pagar”, de donde se desprende la idea de resentir la carga de resarcir algo¹⁷⁴, es decir, que la responsabilidad entraña la “(...) obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido o el daño causado a un tercero, porque así lo disponga una ley, lo requiera una convención originaria, lo estipule un contrato, o se desprenda de ciertos hechos ocurridos, independientemente de que en ellos exista o no, culpa del obligado a subsanar”.¹⁷⁵

Por “carta responsiva” deberemos entender, por lo tanto, el documento mediante el cual la autoridad sanitaria del país de origen avala la capacidad técnica del personal de salud formado en el extranjero que al efecto se contrate en nuestro país. Sin embargo, en caso de imprudencia, impericia,

¹⁷² Los artículos 79, 80, 81 y 82 del Reglamento de la Ley General de Salud, contemplan la “Responsiva médica”, pero se trata de un documento distinto al mencionado en el Acuerdo.

¹⁷³ Real Academia Española, “Responsabilidad”, consultable en <http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>, página revisada el 08 de mayo de 2020.

¹⁷⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, “Diccionario Jurídico Mexicano”, Porrúa, México, 6° edición, 1993, Tomo P-Z, p.p. 2824-2826.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ Ruíz, Jorge, “El aspecto civil de la responsabilidad profesional”, citado por Comisión Nacional de Derechos Humanos. “La responsabilidad profesional del médico y los derechos humanos”, CNDH, México, 1995, p. 35.

inadvertencia o negligencia, será al Estado mexicano a quien le corresponderá hacer frente al resarcimiento del daño, ya que de manera irregular está permitiendo el ejercicio profesional en territorio nacional. La capacidad técnica del profesional debe ser corroborada por las autoridades mexicanas, mediante los mecanismos que las distintas legislaciones establecen.

Finalmente, el último artículo del Acuerdo establece

“ARTÍCULO CUARTO. - Las Secretarías de Gobernación, de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público, de Educación Pública, de la Función Pública y del Trabajo y Previsión Social, en el ámbito de sus respectivas competencias, darán seguimiento y asesorarán a las unidades facultadas, respecto a las contrataciones a que se refiere el presente Acuerdo”.

No hay mayor comentario, pues sencillamente se ordena a las distintas Secretarías apoyar en el cumplimiento de lo estipulado en dicha resolución.

V. Conclusiones.

PRIMERO. El Estado mexicano, a través de sus servidores públicos, tiene la obligación de velar por el derecho a la protección de la salud, bajo los principios pro-persona, universalidad, interdependencia, indivisibilidad, interpretación conforme, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad y progresividad.

SEGUNDO. Aun tratándose de la acción extraordinaria en materia de salubridad general, la Secretaría de Salud encuentra límites en su actuación, los cuales se enmarcan por el principio de legalidad, so pena de que sus determinaciones puedan ser impugnadas e incluso anuladas.

TERCERO. El Acuerdo de fecha 24 de abril de 2020, se aparta de la legalidad al dispensar la cédula profesional y la certificación, pues se encuentran restringidas las actividades relativas a las diversas áreas de la salud. Con la determinación en comento, se vulnera el principio de calidad contenido en la “Observación General número 14 del Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales. *‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud’*”.

Por lo que respecta al ejercicio profesional en el estado de Jalisco, es obligatorio además contar con la cédula estatal y las autoridades tienen la obligación de coadyuvar con la Dirección de Profesiones, para la observancia de lo anterior.

CUARTO. El Acuerdo de fecha 24 de abril de 2020, es discriminatorio al negarle la oportunidad de contratación a Especialistas egresados antes de los años 2019-2020.

De igual manera, existe discriminación al permitir la contratación directa de personal de la salud extranjero por sobre los nacionales, sin especificar las razones que hacen indispensable tal situación.

QUINTO. La responsabilidad originada por los daños que se causen y que tengan su origen en una negligencia, imprudencia, impericia e inadvertencia, del personal extranjero contratado, recaerá en el Estado mexicano, no obstante, la “Carta responsiva” a que se hace referencia en el Acuerdo.

VI. Bibliografía.

BELTRÁN Corona, Víctor Everardo, *“Recaudación fiscal y certificación profesional: enlace de dos políticas públicas”*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Universidad Autónoma de Baja California, México, 1º edición, 2009.

BREGAGLIO, Renata, *“Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos”*, p. 91, consultable en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf, página visitada el 24 de marzo de 2020.

CARRILLO Fabela, Luz María Reyna, *“La responsabilidad profesional del médico en México”*, Ed. Porrúa, México, 6º edición

- COSSÍO Díaz, José Ramón, “Regular las profesiones”, Consultable en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6830/8766>, página visitada el 05 de mayo de 2020.
- FAÚNDEZ Ledesma, Héctor, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos institucionales y procesales”, consultable en https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf, página visitada el 24 de marzo de 2020.
- FERNÁNDEZ Ruíz, Jorge, “El aspecto civil de la responsabilidad profesional”, citado por Comisión Nacional de Derechos Humanos. “La responsabilidad profesional del médico y los derechos humanos”, CNDH, México, 1995.
- FRENK Julio y GÓMEZ Dantés, Octavio, “Para entender el Sistema de Salud de México”, Nostra Ediciones, México, 1º ed, 2008.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Profesiones* en “Diccionario Jurídico Mexicano”, Porrúa, México, 6º ed., 1993.
- JIMÉNEZ Castillo, Luis Arturo, “El Derecho a la Protección a la Salud como Derecho Humano y su vinculación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en “Consideraciones Principalistas sobre Derechos Humanos”, FLORES González María Magdalena y GARCÍA Murillo José Guillermo (Coordinadores), Instituto de Estudios Jurídicos-Registro Nacional de Instituciones y Empresas Científicas y Tecnológicas CONACYT, 1º edición, 2018.
- Organización Mundial de la Salud, “Preguntas más frecuentes”, consultable en <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>, página visitada el 21 de marzo de 2020.
- PAHUAMBA Rosas, Baltazar, “El derecho a la protección de la salud Su exigibilidad judicial al Estado”, Novum, México, 1º edición, 2014.
- SERRANO Sandra y VÁZQUEZ Daniel, “Los Derechos en acción Obligaciones y principios de los derechos humanos”, FLACSO MÉXICO, México, 1º reimpresión, 2014.
- SIRVENT Gutiérrez, Consuelo, “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Porrúa, México, 13ª edición, 2011.
- SOBERANES Fernández, José Luis (coord.), “Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos”, Porrúa, México, 1º edición, 2009.

VÁZQUEZ, Daniel, “Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar”, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1º ed, 2016.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley General de Salud.

Ley General de Educación.

Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal.

Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación.

Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco.

Reglamento de la Ley General de Salud.

Reglamento de la Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco.

“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)”.

“ACUERDO por el que se declara emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-COV2 (COVID-19)”.

“ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)”.

“ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-COV2”.

“ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias que se deberán de realizar para la adquisición e importación de los bienes y servicios a que se refieren las fracciones II y III del artículo Segundo del 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), publicado el 27 de marzo de 2020”.

“ACUERDO por el que se establecen especificaciones que las secretarías de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; así como el Instituto de Salud para el Bienestar, el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en su carácter de unidades

facultadas, deberán observar para la contratación del personal que en el mismo se menciona”.

Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, p.1, Consultable en http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/papiit/biblioteca/Doc_basicos/1_instrumentos_universales/5%20Observaciones%20generales/39.pdf, página visitada el 26 de diciembre de 2016.

Jurisprudencia: 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época: Novena Época, Tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75, Rubro: “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”.

Jurisprudencia: 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época: Novena Época, Tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75, Rubro: “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”.

Jurisprudencia: P./J. 28/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época: Novena Época, Tomo IX, abril de 1999, p. 260, Rubro: “LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”.

Semanario Judicial de la Federación, Época: Séptima Época, Volumen 86, Sexta Parte, p. 69, Registro: 253989, Rubro: “PROFESIONES. CARRERAS QUE NO REQUIEREN CEDULA PARA SU EJERCICIO”.

Tesis: 1a. CCLXVII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Época: Décima Época; Registro: 2013137, 25 de noviembre de 2016, Rubro: “DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL”.

<https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>, página consultada el 3 de mayo de 2020.

Tesis: I.4o.A.86 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época: Décima Época, t. 3, octubre de 2013, p. 1759, Rubro: “DERECHO A LA SALUD. FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y

CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS,
PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE”.

Tesis 257, Apéndice de 2011, Época: Quinta Época, t. I, p. 1228, Rubro:
“AUTORIDADES. Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les
permite”.

La (im)posibilidad de los Derechos Humanos. De la "realidad" de los discursos a lo Real.

The (im)possibility of Human Rights. From the "reality" of discourses to the Real

José Samuel López Jara¹⁷⁶

Sumario. I. Introducción. II. Realytismo en expansión, ironización, orden del discurso y más sobre simulación. III. Falacia ser-saber y saber-poder. IV. Inenmendabilidad y Reconstrucción. V. Ontología de los Campos de Sentido. VI. Campo simbólico un Campo de Sentido. VII. Condición del homo videns y más sobre el relytismo en expansión. VIII. No hay hechos solo interpretaciones. Lo Real fuera del sostén simbólico. IX. Conclusiones y reflexiones. X. Referencias Bibliográficas.

Resumen. En este escrito presentamos de una manera descriptiva y de carácter filosófico el argumento de la separación de una "realidad" discursiva, concebida como una simulación, y una realidad trabajada desde conceptos del nuevo realismo y del psicoanálisis. Recurrimos al orden del discurso como medida de producción, control, difusión y propagación de los discursos dentro del campo de sentido de la "realidad" de simulación. En la separación de la "realidad" con la realidad, tratamos de encontrarnos con lo Real fuera de la idea del saber en una asociación del poder y de lo simbólico. Después hablamos de las implicaciones televisivas y al final, argumentamos con relación al sufrimiento, pensando en los discursos, en los derechos humanos y su (im)posibilidad.

¹⁷⁶ Estudiante de la licenciatura de Derecho. Carrera de Abogado en el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades (CUCSH). Correo electrónico: jose.lopez2505@alumnos.udg.mx

Abstract. In this paper we present in a descriptive and philosophical way, the argument of a separation of a discursive "reality" conceived as a simulation and a reality worked from concepts of new realism and psychoanalysis. In this, we resort to the order of discourse as a measure of production, control, diffusion and propagation of discourses within the field of meaning of the "reality" of simulation. In the separation of "reality" from reality, we try to find ourselves with the Real outside of the idea of knowledge in an association of power and the symbolic. Then we talk about the television implications and in the end, we argue in relation to suffering, thinking about the speeches, about human rights and their (im)possibility.

Palabras clave. realidad, real, simbólico, derechos humanos, campos de sentido, inenmendabilidad, discursos.

Keywords. reality, real, symbolic, human rights, fields of meaning, unmendability, speeches.

I. Introducción.

Entender que vivimos en una "realidad" de simulación no implica una concepción fantasiosa de nuestra parte, es algo que podemos creer en un principio, pero al desentrañar en las modalidades constitutivas de la sociedad a las que estamos inmersos no podemos dejar de un lado los comentarios de personas que piensan que la situación actual no va a cambiar, que los derechos humanos no existen o valores como la justicia, la dignidad humana. Todo ha sido negado y a la vez justificado por las consideraciones que parten de la idea que todo es un constructo social del poder y que por eso no hay credibilidad en lo que se hace. No se pretende negar que haya incursiones de voluntades ajenas sobre lo que acontece en nuestro día a día, pero hay que tender a no facilitar las cosas de esta "realidad" de simulación con la que podemos distanciarnos, separarnos, negar y transformar.

Los derechos humanos deben estar en una constante reconstrucción valorativa para hacer presentes a los ausentes de esta "realidad" de simulación, que se ha llenado de densos y confusos discursos, que tratan de llevar a la desobjetivación de la realidad y que está siendo sustituida por la simulación. Hay que saber que no estamos exentos de esto, por tanto, recurrimos a una búsqueda incansable de reconocimiento de la extrañeza de la otredad. Ya no tratamos de vincularnos con un ser diferente y antagónico adversario, hemos

comenzado a producirlo como justificante de la “realidad” a la que estamos inmersos por multiplicidad de medios de producción discursiva, que incluso, se ven bien retribuidas por la referencia del otro idéntico con el que me identifico al sistema y no al extraño ajeno a esta constitución discursiva de la “realidad”.

Trataremos de visibilizar sobre esta facultad discursiva en la que estamos inmersos y de separarnos de ella, en la que podremos encontrar una verdad insoportable con la que no podamos identificarnos y que tengamos que estar en reconstrucción en busca de sentido.

II. Realytismo en expansión, ironización, orden del discurso y más sobre simulación.

Partiremos de una definición de Derechos humanos que pretenderemos dar razón de lo real, más allá de su mera existencia en el ámbito discursivo o del lenguaje:

“¿Que son los Derechos Humanos?

Son el conjunto de libertades, prerrogativas y facultades que tiene toda persona por el simple hecho de serlo y tiene como propósito principal el fortalecimiento de la dignidad humana.”¹⁷⁷

Por el momento no trataremos de dar un análisis de lo que constituye esta definición, en lo que nos centraremos es en el realytismo en expansión, una complicación de la realización de los derechos humanos. Pues bien, Maurizio Ferraris en el *Manifiesto del nuevo realismo* (2012), nos dice:

“El mundo verdadero ciertamente ha llegado a ser una fábula, es más –lo veremos dentro de poco– ha llegado a ser un reality, pero el resultado ha sido la manipulación mediática, un sistema en el cual (con tal que se tenga el poder para ello) se puede pretender hacer creer cualquier cosa. En los noticiarios televisivos y en los talk shows (...)” (pág. 4)

Pues bien, en este realytismo en expansión, mostramos la propuesta de que no es puramente en el espacio televisivo –aunque más delante retomaremos de las implicaciones televisivas– como en noticiarios, realityshows, series, donde se manifiesta esta propagación discursiva, sino que, muchos otros

¹⁷⁷ Definición vista y tratada en la clase Derechos Humanos y sus Garantías, por el Dr. Felipe de Jesús Álvarez Cibrián.

espacios son propagadores de discursos de la “realidad” de simulación, un impedimento para los derechos humanos.

Para comprender un poco más del realismo, es importante tomar las consideraciones dadas por Michel Foucault en *El orden del discurso* (1992), sobre este aspecto de propagación, control y distribución discursivo. A lo que nos plantea:

“(…) yo supongo que en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad.” (pág. 5)

Sabremos pues, que estas consideraciones se hacen bajo una concepción del “no hay hechos, sólo interpretaciones, que –con lo que desgraciadamente es un hecho, no una interpretación– ha mostrado su significado auténtico: «La razón del más fuerte es siempre la mejor».” (Ferraris, 2012, pág. 4) Lo anterior es propuesto por la “realidad” de simulación –con el que después trabajaremos una visión hermenéutica reconstructiva y no escéptica– en donde se asocia al saber o en un caso igual de trágico, la verdad con el poder.

No negamos que la “verdad” sea constitutiva de voluntades que inscriban en la realidad, pero es necesario que la verdad no les pertenezca puramente a estas voluntades, no debe encontrarse en su dominio total. Siguiendo con este tema, Foucault (1992) nos menciona de lo que podemos nombrar campos de validación y reproducción del conocimiento, de los discursos: *soporte institucional, sistemas de cultura, sociedad de discurso, la doctrina*.

Sobre el soporte institucional, nos dice:

“(…) serie de prácticas como la pedagogía, como el sistema de libros, la edición, las bibliotecas, como las sociedades de sabios de antaño, los laboratorios actuales. Pero es acompañada también, más profundamente sin duda, por la forma que tiene el saber de ponerse en práctica en una sociedad, en la que es valorizado, distribuido, repartido y en cierta forma atribuido. Recordemos, y a título simbólico únicamente, el viejo principio griego: que la aritmética puede muy bien ser objeto de las sociedades democráticas, pues enseña las relaciones de igualdad, pero que la geometría solo debe ser enseñada en las oligarquías ya que demuestra las proporciones en la desigualdad.” (pág. 10)

De los sistemas de cultura:

“(...) son los textos religiosos o jurídicos, son también esos textos curiosos, cuando se considera su estatuto, y que se llaman «literarios»; y también en una cierta medida los textos científicos.” (pág. 14)

De las sociedades del discurso:

“(...) cuyo cometido es conservar o producir discursos, pero para hacerlos circular en un espacio cerrado, distribuyéndolos nada más que según reglas estrictas y sin que los detentadores sean desposeídos de la función de distribución.” (pág. 24)

Y por último, de la doctrina:

“(...) tiende a la difusión; y es por la aprehensión en común de un solo y mismo conjunto de discursos como individuos, tan numerosos como se quiera imaginar, definen su dependencia recíproca. (...) La doctrina vincula los individuos a ciertos tipos de enunciación y como consecuencia les prohíbe cualquier otro; pero se sirve, en reciprocidad, de ciertos tipos de enunciación para vincular a los individuos entre ellos, y diferenciarlos por ello mismo de los otros restantes.” (págs. 24-27)

Estos campos de validación y reproducción del conocimiento, de los discursos de la simulación, están interrelacionados, pero también tienen sus diferencias. Por ejemplo, entre la sociedad del discurso y la doctrina, hay corresponsabilidad de agrupación en la distribución y propagación del discurso y la necesidad de recitar, de repetir, reproducir. La diferencia la hayamos en la cantidad y aislamiento de una y otra. La doctrina no delimita la cantidad de integrantes para que reproduzcan el discurso, no tiene un número fijo de individuos, mientras que la sociedad del discurso tiene limitada su cantidad de integrantes.

Para comenzar a desentrañar en este diagnóstico del paradigma propagandístico del realismo en expansión mediante el discurso de la “realidad” de simulación y posteriormente, ver de las implicaciones de las definiciones que deben ser consideradas a objeto de estudio y cuestionamiento por los derechos humanos, es necesario comenzar por la razón de comillización en la palabra: realidad. Esto nos lo deja muy en claro Maurizio Ferraris (2012):

“(...)la «ironización», según la cual tomar en serio las teorías es índice de una forma de dogmatismo, debiéndose mantener respecto de las propias afirmaciones una separación

irónica, manifestada gráficamente (y gestualmente, utilizándose los dedos índice y medio de ambas manos en el momento de la oralidad) para el uso de las comillas.” (pág. 5)

Esta *separación irónica o distancia de la verdad* es potenciada a través de los discursos –más adelante analizaremos sobre esto–. Sobre el argumento de *la producción del discurso* en conjunto de la “realidad”, es que hilamos la idea de *la simulación*, en donde hay una distancia de la realidad por la “realidad” discursiva. Entonces, aquí nos referimos sobre esta segunda consideración en donde hablamos de la “realidad” y no de la realidad o de lo “real” por lo real, como propuesta escéptica nihilista¹⁷⁸ ante la asociación de la verdad o el saber con el poder, por lo que se supone que somos capaces de conocer o lo que podemos conocer. Es con esta comillización que devolvemos a la simulación su ironización objetando de su “realidad”.

Ahora bien, para que el o los discursos se reproduzcan, nos dice Foucault (1992) que, “el discurso verdadero (...) será más el discurso precioso y deseable” (pág. 9) y lo que constituye su veracidad y su validación en la “realidad” de simulación de todo aquel discurso “debe cumplir complejas y graves exigencias para (...) poder ser llamada verdadera o falsa, debe estar, como diría Canguilhem, en la «verdad».” (pág. 21) Tendríamos que tomar una distancia irónica con el: estar en la verdad, por un estar en la “verdad”. Esto como una crítica puesta a reflexión sobre la simulación en el orden del discurso.

Hemos hablado de *la simulación o realidad de simulación*, por lo que es conveniente dar la puntualización de la simulación a lo que es también perteneciente *el simulador*. De esto nos habló el Dr. Ignacio Burgoa Orihuela (El jurista y el simulador del derecho, 2010):

“La simulación es la acción de fingir o imitar lo que no se es. El simulador hace de su vida una farsa, o sea, una comedia. Su personalidad psíquica envuelve muchos vicios como la vanidad, la egolatría, la megalomanía, la mentira, el engaño, el fraude, la falsedad, la mediocridad, la corrupción y otros que sería prolijo mencionar. Así, el simulador, al ostentarse como lo que no es, al aparentar valía para cubrir su insignificancia, al fingir sabiduría para envolver su ignorancia, se muestra vanidoso, es decir, vacío por dentro y engañoso por fuera.” (pág. 85)

¹⁷⁸ Escéptica de dudar de todo y nihilista de nihil nada, es decir de no creer en nada. Que es contradictorio, porque se cree en la nada.

La simulación, sin duda deja la apertura a considerar si puede haber alguien fuera de este orden discursivo de la realidad de simulación, si el simulador verdaderamente constituye tales características, si hay simulaciones o una única “realidad” de simulación, si en derechos humanos se podrá hablar de libertad o de dignidad humana en medio de todo este espeso campo discursivo. Esperamos aproximarnos más adelante.

III. Falacia ser-saber y saber-poder.

Continuando con los discursos propagandísticos del realismo distanciados del saber y la verdad estableciendo simuladores, hay que discrepar de este orden discursivo. Ya antes mencionamos lo ajeno que son las voluntades o el poder a la verdad y saber, no pretendemos rendirnos ante esta afirmación discursiva que nos aleja de la simulación. Por tanto, hay que trabajar dos conceptos denominados falacias: *ser-saber* y *saber-poder*, manejadas por Maurizio Ferraris (2012). Comencemos por la segunda que nos indica que “el saber es un instrumento de dominio y una manifestación de la voluntad de poder.” (pág. 91)

Aquí hay que tener a consideración dos cosas, en principio: no estamos exentos discursivamente a ser coaccionados por una voluntad ajena y en este caso a ser simuladores; en segundo punto: no todo es constitutivamente hecho por el discurso de esa voluntad. Pensemos en las manifestaciones sociales, ¿Qué ocurre con las familias que evidencian el hecho de la desaparición de un ser querido, es acaso un discurso de dominio, un instrumento del poder?

El discurso del sufrimiento es algo que no podemos perder de vista, el daño que se origina –en lo que valdría la pena inspeccionar en las medidas de reparación del daño– no puede ser reducido a una mera acción de interés o como parte de un antagonismo contemplado por la simulación como una lucha entre voluntades.

Por parte de la falacia del ser-saber, en donde “lo que hay resulta determinado por lo que sabemos de éste.” (pág. 35) Es necesario que inspeccionemos más en esto. Para entender esta falacia pensemos en algo simple que ocurre en estos momentos, estoy sentado en una silla escribiendo sobre este ejemplo, tengo abierta las ventanas de mi habitación y hay fuertes vientos, acabo de recibir el mensaje de una amiga que me ha dicho que

alcanzó a llegar a su casa del trabajo porque vino un tormentón, una suerte para ella. En el sitio donde estoy aún no llueve, pero puedo pensar que está próximo a llover. En este caso, vemos que recurrimos al lenguaje, para saber lo que ocurre y lo mismo para contarle ahora sobre las teclas de una laptop. Podríamos pensar que no hay manera de que esto fuera real si en principio no tuviéramos lenguaje, para expresarlo aquí o para comentarlo vía chat con mi amiga, pero el que no tenga lenguaje para decirlo no significa que no haya habido una fuerte ventisca que sintiera por tener mis ventanas abiertas y aun si lloviera, sino pudiera decir llover, ¿significaría que no llovería?, o en otro ejemplo, si ventisca fuera lluvia y lluvia fuera ventisca, dentro de los esquemas conceptuales, tal vez hubiera lluvia y yo pensaría que está próximo a una ventisca.

La idea que la falacia del ser-saber propone, es que lo que sabemos o podemos saber siempre requiere de una conceptualización para que precisamente sea real, un ejemplo de esto nos dice Ferraris (2012):

“Está claro que para saber que el agua es H₂O necesito lenguaje, esquemas y categorías. Pero que el agua sea H₂O, es del todo independiente de todo conocimiento mío (...) el agua moja y el fuego quema, sea que yo lo sepa o que no lo sepa, independientemente de los lenguajes, esquemas y categorías, por más que, en algunas circunstancias, nos resistamos a ello. Es lo que llamo inenmendabilidad, o el carácter saliente de lo real.” (pág. 40)

Pronto comentaremos sobre la inenmendabilidad, pero aún nos falta retomar ambas falacias. Como vimos, ambas falacias tienen en común un fundamento, el fundamento del saber. Cuando notamos que el ser es determinado por lo que sabemos y el saber es determinado por el poder, es fácil pensar que el ser es determinado por el poder. Ser es entonces, una creación del poder. Y es bajo esta premisa que recurrimos a la inenmendabilidad como fuera de la “realidad” de simulación.

IV. Inenmendabilidad y Reconstrucción.

Ya hemos visto de la distancia del poder con el saber y del mismo saber con el ser. Aunque existan determinaciones dadas por el poder, como lo manifiesta la “realidad” de simulación en su orden discursivo, tenemos que recordar que no todo lo que existe depende de nosotros, de nuestros esquemas

conceptuales, *realmente no todo es mental*. Para tratar este punto, recurrimos a la clasificación de objetos naturales, sociales e ideales, un acercamiento al mundo interno de esquemas conceptuales y uno externo que no depende de esquemas conceptuales, como lo refiere Ferraris (2012):

“(…)propuse distinguir los objetos en tres clases: los objetos naturales, que existen en el espacio y en el tiempo, independientes de los sujetos; los objetos sociales, que existen en el espacio y en el tiempo, dependientes de los sujetos; y los objetos ideales, que existen fuera del espacio y del tiempo, independientes de las materias.” (pág. 74)

Estos tres tipos de objetos constituyen la resolución ante lo que Ferraris (2012) nos presenta como *construccionistas*: son aquellos que “no ponen en duda la existencia del mundo; sólo que sostienen que está construido por esquemas conceptuales y que, por lo tanto, es en sí mismo amorfo e indeterminado” (pág. 44) o *constructivistas* con Markus Gabriel en su obra *Por qué no existe el mundo* (2013), que nos dice del *constructivismo*: “la suposición de que no podemos «afirmar ningún hecho en sí», sino que hemos construido todos los hechos o realidades.” (pág. 28). Ambos son sinónimos, pero también nos detallan sobre el *escéptico* o en el caso de Gabriel (2013) desvirtuando al *materialismo*: “Esta tesis queda superada en tanto promete una explicación absoluta del mundo según la cual todo lo existente es material”, al *constructivismo* –que ya mencionamos– y al *escepticismo*, no por el hecho de la duda, más bien en su carácter escéptico de duda absoluta. Todos rondan bajo las falacias del ser-saber y el saber-poder de Ferraris (2012).

Habiendo tratado las teorías del conocimiento y las falacias, es momento de comentar sobre la inenmendabilidad, misma de la que nos dice Ferraris (2012):

“Como he dicho, propongo definir este carácter fundamental de lo real ‘inenmendabilidad’: el hecho que lo que está frente a nosotros no puede ser corregido o transformado a través del mero recurso a esquemas conceptuales, al revés de lo que ocurre en la hipótesis del construccionismo.(…) La inenmendabilidad nos señala, en efecto, la existencia de un mundo externo no respecto a nuestro cuerpo (que es parte del mundo externo), sino respecto de nuestra mente, y más exactamente, respecto de los esquemas conceptuales con los que tratamos de explicar e interpretar al mundo.” (pág. 49)

Ahora por parte de la reconstrucción, hay que entender lo que hemos tratado para abrir una brecha entre el poder del discurso en la “realidad” de simulación, las falacias e irnos direccionando poco a poco a lo real y no a lo “real”. Hasta el momento entendiendo de la inenmendabilidad, tenemos el que hay una realidad fuera de la “realidad” discursiva conceptual, mental. Ahora, ¿qué hacemos con esto?, pues bien, la reconstrucción a diferencia del construccionismo es una posición consciente de la diferencia entre los objetos naturales, sociales e ideales. A lo que Ferraris (2012) nos dice que, “El resultado de la reconstrucción es un tratado de paz perpetua entre las intuiciones construccionistas y las realistas.” (pág. 89) En un ejemplo práctico, si me encuentro en la calle y comienza a granizar y una bola de granizo golpea mi cabeza, se nos presenta un acto real, aunque yo tenga los ojos cerrados no implica que deje de granizar y no depende de que yo sepa o diga granizo para que granice, esto es inenmendabilidad. Lo enmendable sería lo que si depende de nosotros, como el llamarle granizo o bolas de nieve, son enmendables en tanto pertenecen al mundo interno de los esquemas conceptuales. De esta manera nosotros construimos o reconstruimos conceptos con el que nos referimos a las cosas, aunque no necesariamente dependan –en este caso– de referirnos al granizo de diferente manera para que el granizo sea real, pues puede existir dentro del lenguaje o el mundo interno de los esquemas conceptuales y referirnos al granizo reconstruyéndolo a bolas de nieve.

Todo parece sencillo y simple hasta el momento, el problema es precisamente estas confusiones que existen entre objetos o el mundo interno y externo. Hasta el momento, lo que hemos tratado es constitutivo de la realidad y no solo de la “realidad”, es por eso de la importancia de mantener una distancia con las falacias o las posturas de las teorías del conocimiento a las que hay que tener en observancia en el orden del discurso. Ya nos lo pone a consideración Ferraris (2012):

“1. Los objetos naturales son independientes de la epistemología y hacen verdaderas a las ciencias naturales. 2. La experiencia es independiente de la ciencia. 3. Los objetos sociales son dependientes de la epistemología, sin ser por esto subjetivos. 4. Que “las intuiciones sin conceptos son ciegas”, vale antes que todo para los objetos sociales (donde tiene un valor constructivo) y, en suborden, para el acercamiento epistemológico al mundo natural (donde tiene valor reconstructivo). 5. La intuición realista y la intuición construccionista tienen, por lo tanto, la misma legitimidad, en sus respectivos sectores de aplicación.” (pág. 89)

Para terminar sobre la inenmendabilidad y reconstrucción, debemos hacer dos consideraciones más, sobre la *ontología* y la *epistemología*, que Ferraris (2012) nos menciona y que podremos decir:

Epistemología: enmendable, es decir, que se puede corregir, es el mundo interno de los esquemas conceptuales. Es perteneciente a la ciencia; y la Ontología: inenmendable, es decir, que no se puede corregir, es el mundo externo a los esquemas conceptuales. Es perteneciente a la experiencia. Sobre lo anterior, nos dice:

“Lo que la falacia del sersaber no considera, es la diferencia crucial entre hacer experiencia de algo, hablar de nuestra experiencia, y hacer ciencia (por ejemplo, entre tener dolor de cabeza, describirla a alguien, y formular un diagnóstico) En el caso de hablar de la experiencia y, con mayor razón, de hacer ciencia, nos confrontamos con una actividad lingüística (los científicos hablan), histórica (ejercitan una actividad acumulativa), libre (se puede no hacer ciencia), infinita (la ciencia nunca tiene fin) y teleológica (tiene un objetivo). No así en el caso de la experiencia.” (pág. 56)

Y nos da cinco consideraciones sobre la diferencia entre epistemología y ontología, empezando por el lenguaje:

“1. La importancia del lenguaje, y de la escritura, como hecho intrínsecamente social, parece difícilmente impugnabile. No hay duda que la cientificidad tiene que ver con la documentalidad(...), con un sistema de comunicación, inscripción, testificación, codificación, depósito y registro. Podemos muy bien imaginar experiencias que acontecen sin lenguaje y sin escritura; al contrario, comunicar los descubrimientos y registrarlos, es una condición indispensable para la ciencia: *publish or perish* (publica o perece) es tal vez una aberración académica en lo que respecta a los investigadores individuales, pero constituye un imperativo categórico para la ciencia, y en cuanto trabajo colectivo y progresivo, requiere necesariamente del intercambio comunicativo (oral o escrito), el depósito y la tradicionalización de los descubrimientos. Nada de todo esto vale para la experiencia, que puede acontecer sin comunicación alguna, sin registros ni necesidad alguna de entrega lingüística.” (pág. 56)

En el segundo punto nos habla de la historicidad:

“2. La intrínseca historicidad de la ciencia no es más que un corolario de la consideración precedente. (...) Y es por esto que se puede hablar de ciencias más o menos jóvenes, indicando con esto una biografía, un crecimiento y un desarrollo, que derivan justamente de la posibilidad de inscripción y de documentación. De ello que parezca del todo insensato, o puramente metafórico, una expresión como

experiencia joven: a lo más se tienen experiencias juveniles, esto es, cosas que nos ocurren cuando jóvenes.” (pág. 57)

En el tercero, el argumento de que no hay una necesidad de universalizar el conocimiento, sino que las experiencias hacen el conocimiento mismo, no es necesaria la ciencia:

“3. Después, en cuanto a la libertad, parece evidente que la ciencia constituye una actividad deliberada. A un cierto punto de la historia intelectual de algunas civilizaciones, han tenido inicio actividades científicas que han evolucionado libremente, aunque en muchos casos respondiendo a la presión de las necesidades prácticas. [...] Aquí, de nuevo, la comparación con la experiencia se revela iluminante, porque las experiencias manifiestan una constancia intercultural, y no aparecen como el resultado de una elección deliberada. Y ello no sólo por la presencia de las percepciones, sino también por la persistencia de elementos fuertemente estructurados, como son los mitos. En suma, lo universal no es la ciencia que, cuando más, es simplemente universalizable, sino la experiencia.” (pág. 57)

En este cuarto argumento de que la ciencia no tiene fin, nos cuestiona sobre el progreso científico:

“4. Yendo a lo infinito, señalemos que las ciencias más prestigiosas son las que se jactan de un largo pasado, teniendo, a la vez, un larguísimo futuro; es decir, aquellas que mejor responden a la idea del saber cómo desarrollo infinito. Nada de esto puede decirse de la experiencia, la cual no sólo no se proyecta como infinita (su duración, de todas maneras, no puede ser superior a la de la vida humana), sino que ni siquiera se concibe como progresiva. Con esto no quiero decir que corregir los sentidos no vaya en ayuda de límites objetivos (a lo más se puede tratar de remediar, con anteojos o aparatos acústicos, el debilitamiento de ellos), sino que en el ámbito de las prácticas y de las técnicas difundidas en el mundo de la vida, estas mejorías no constituyen necesariamente un ideal. Mientras cada uno de nosotros preferiría tratarse con un médico del 2212 en vez del 2012, y temblaría ante la idea de recurrir a un médico de 1812, la perspectiva de satisfacer las necesidades básicas o de poner una fuerza contra la globalización, puede aparecer de mucho mayor entusiasmo.” (pág. 58)

Por último, el quinto punto trata un aspecto valorativo de la ciencia en su determinación a un objetivo, y nos menciona de la teleología:

“5. En fin, en cuanto a la teleología, el punto es muy simple. La ciencia es una actividad deliberada, así como lo son muchas técnicas que, desde este punto de vista,

constituyen una vía intermedia entre la ciencia y la experiencia: rehacer la cama no parece ser una actividad sujeta a un progreso infinito (cada vez se inventan más cobertores con elástico), pero es ciertamente una actividad deliberada. Esto vale con mayor razón para la ciencia. Quien fuese al laboratorio sin motivo, no haría ciencia, mientras que quien, sin motivo, advirtiese una sensación de calor, viese un color o sufriese de un dolor de dientes, no tendría un solo motivo en el mundo para eludir tener esas experiencias. Y aunque la historia de la ciencia ame la serendipity de quien tuvo intuiciones fundamentales en la tina de baño o debajo de un manzano, cuando de este folklore se pasa a las evaluaciones intencionales, el finalismo teleológico, cuenta ¡y cómo! Un ejemplo típico fue el descubrimiento de la penicilina por parte de Fleming. Este tuvo una fuerte carga de casualidad (era un musgo que se desarrolló accidentalmente en un refrigerador que se dejó abierto). Su importancia se debilita porque se le estima una actuación científica menos deliberada que otras.”

Bajo estas premisas, la “realidad” discursiva de la simulación ya no es tan perteneciente a la realidad, teniendo en cuenta la confusión entre epistemología y ontología, sobre lo enmendable e inenmendable. Entonces, ¿por qué nos seguimos equivocando al momento de definir dentro del mundo interno y externo a los esquemas conceptuales?

V. Ontología de los Campos de Sentido.

Para responder a la pregunta anterior, Markus Gabriel (2013), nos propone la Ontología de los Campos de Sentido: “afirma que existe algo y no nada cuando hay un campo de sentido en el que tal cosa acontece.” (pág. 44) Es necesario para comprender un poco más de los Campos de Sentido, que consultemos con relación a la existencia y al sentido.

Con relación a la existencia, nos dice que:

“Existencia = aparecer en un campo de sentido. (...) La EXISTENCIA es la propiedad de los campos de sentido de que algo aparece en ellos. Afirmo que la existencia no es una propiedad de los objetos en el mundo o en los campos de sentido, sino una propiedad de los campos de sentido, a saber, el atributo de que en ellos aparece algo.” (págs. 44-47)

Por parte del sentido, nos dice que “es la manera como aparece un objeto.” (pág. 46) Podemos pensar en el ejemplo del sentido en el que se aparece el número seis para una persona y para otra en el sentido de ser un nueve, esto no significa que se deba desobjetivizar la existencia de un número. De los ámbitos de objetos podríamos decir que son la especie particular de objetos

dentro de un Campo de sentido. Con el ejemplo de los números, el ámbito de objetos serían el nueve, el seis y cualquier otro signo perteneciente a los números naturales. De esto hay que pensar en la posibilidad de otros números o signos, como aquel ejercicio mental que ronda en las redes sociales, sobre cuantos números somos capaces de ver.

Hay que saber que para Gabriel (2013) no hay nada *omniabarcante* o *superobjeto* que sea constitutivo de todo lo existente, es más de creer en infinitos campos de sentido, y esto hay que entenderlo como una posición frente a la reconstrucción y el descubrimiento, su posición de que el mundo no existe nos separa de la idea, imagen, discurso totalizante como constitutivo de la realidad. En el ejemplo de los números sería el totalizar al número seis sobre de otros.

“Para que algo pueda aparecer en un campo de sentido debe pertenecer a un campo de sentido. El agua puede pertenecer a una botella; una idea a mi cosmovisión; los hombres pueden pertenecer, en tanto ciudadanos, a los Estados; el tres pertenece a los números naturales y las moléculas al universo. Cómo pertenece algo a un campo de sentido equivale a cómo aparece. Es decisivo que la manera como algo aparece no sea siempre idéntica. No todo aparece de la misma manera, tampoco todo pertenece a un campo de sentido de la misma manera. (...) el MUNDO es el campo de sentido de todos los campos de sentido; el campo de sentido en el que aparecen todos los demás campos de sentido. (...) Todo lo que existe, existe en el mundo, porque precisamente el mundo es el ámbito en el que sucede todo. No hay nada fuera del mundo. Todo lo que se considera ajeno al mundo pertenece, por eso mismo, al mundo. La existencia siempre incluye una ubicación. La existencia significa que algo aparece en un campo de sentido.” (pág. 49)

Para entender esto mejor daremos un ejemplo pensando en los derechos humanos en el que hay dos personas fotógrafas. A la primera se le ha encomendado tomar la foto a un terreno en el que prontamente se construirá un gran centro comercial, llega al lugar aparentemente abandonado, toma la primera foto y continúa caminando hasta descubrir una comunidad de personas que habitan ahí, les toma una foto como evidencia y después se retira del lugar. La segunda persona llega específicamente con la comunidad y toma una foto sabiendo que estas personas están por ser despojadas de sus viviendas, y marca este acto como un arrebato a las viviendas de la comunidad indígena en las que las personas han vivido por largo tiempo.

Este ejemplo muestra los campos de sentido, por un lado está la foto del campo de sentido de la construcción de un centro comercial, en las que interactúan ámbitos de objetos de construcción, tomando en cuenta la superficie en las que va a ser construido el centro comercial. Por otro lado, la foto del campo de sentido del arrebato a una comunidad indígena a sus viviendas, que no tienen el apoyo de las autoridades y en el que se encuentran en vulnerabilidad. Decir que existe un campo de sentido omniabarcante supondría incluso una foto que abarcara a ambas personas tomando la foto al lugar y que esta foto estuviera tomada desde un lugar fuera del lugar, algo que no puede ser bajo esta concepción de los campos de sentido.

Habiendo tratado este tema de los campos de sentido con relación a la existencia, es que podemos responder a la pregunta de, ¿por qué nos seguimos equivocando al momento de definir dentro del mundo interno y externo a los esquemas conceptuales?, en lo que además trae consigo la potencialidad de los discursos de la “realidad” de simulación. La respuesta es sobre nuestro error al momento de tratar con los objetos que aparecen en un campo de sentido y el cómo se nos presenta como definitivos totalizantes.

Sobre estos errores al tipo de falacias del ser-saber y el saber-poder con la consideración de los campos de sentido, nos dice Gabriel (2013)

“No hay objetos o realidades fuera de los campos de sentido. Todo lo que existe aparece en un campo de sentido (para ser estrictos, aparece incluso en una cantidad infinita de ellos). La existencia significa que algo aparece en un campo de sentido. Infinitas cosas aparecen en un campo de sentido sin que nadie jamás lo haya notado. Desde una perspectiva ontológica tiene un papel secundario el hecho de que nosotros, los humanos, lo advirtamos o no. Las cosas y los objetos aparecen no solo porque se nos aparecen, no existen solo porque nosotros los advirtamos.” (pág. 46)

Esto también vale para descubrir la potencialidad discursiva del realismo en expansión de una “realidad” de simulación. Gabriel, nos dice: “También aparece lo falso”. (pág. 44) De manera que la simulación existe, pero ¿de qué manera es que se aparecen las cosas, objetos y a qué campo de sentido pertenecen?, deberían ser preguntas que atiendan estas afirmaciones discursivas de la “realidad” de simulación. A lo que Gabriel (2013) nos advierte de la susceptibilidad de ser verdadero o falso en la existencia:

“Obsérvese: que lo falso aparezca (y que, con ello, exista) no significa que sea verdadero. La aparición/existencia no es idéntica a la verdad. (...) Existen los

pensamientos falsos, pero los objetos acerca de los cuales tratan no acaecen en el campo en el que los localizan los pensamientos falsos.”

VI. Campo simbólico un Campo de Sentido.

Sabemos que lo que constituye la realidad forma parte de una clasificación de objetos, ámbitos de objetos, campos de sentido. Sabemos de la inenmendabilidad, de la ontología, la epistemología, de la construcción y reconstrucción. Podemos decir que hemos puesto los pies en la tierra. Pero hay algo que aún no hemos inspeccionado y que nos acercábamos cuando tratamos el tema del orden del discurso y aún en el sentido, en los campos de sentido.

Como recordamos, el campo de sentido es el lugar en el que algo aparece y el sentido es el cómo se nos aparece. Sobre estas consideraciones trabajaremos con un autor que ha sonado mucho por sus distintas críticas a aspectos sociales, políticos. Nos referimos al esloveno filósofo y psicoanalista Slavoj Žižek, el cual hace alusión y reinterpretaciones a Jacques Lacan, un ejemplo de esto es su obra inductiva y muy ilustrativa de *Cómo leer a Lacan* (2008). De una manera muy particular, trabajaremos de él, “la tríada de lo imaginario, lo real y lo simbólico” (pág. 14) Por el momento nos centraremos más en hablar sobre lo imaginario y lo simbólico, después retomaremos para hablar de lo real.

Sobre esto afirma Žižek (2008): “Para Lacan, la realidad de los seres humanos se constituye por la imbricación de tres niveles: lo simbólico, lo imaginario y lo real.” Después nos da un ejemplo con el ajedrez:

“El ajedrez puede servir para ilustrar esta tríada. Las reglas que hay que seguir para jugarlo constituyen su dimensión simbólica: desde el punto de vista puramente formal y simbólico, el alfil se define por los movimientos que esta figura puede hacer.” (pág. 18) Después continúa con el ejemplo del ajedrez en lo imaginario. “Este nivel se diferencia claramente del imaginario, esto es, la forma que tienen las diferentes piezas y los nombres que las caracterizan (rey, reina, alfil). Es fácil imaginarse un juego con las mismas reglas, pero con un imaginario diferente, en el que estas figuras se llamaran ‘mensajero’, ‘corredor’ o algo semejante.” (pág. 18) Al último, nos habla con el mismo ejemplo del ajedrez sobre lo real. “Finalmente, lo real es todo el complejo conjunto de circunstancias contingentes que afectan al curso del juego: la inteligencia de los jugadores, las impredecibles intrusiones que

pueden desconcertar a un jugador o directamente interrumpir el juego.” (pág. 18)

Hay que tratar de simplificar esto, digamos que en esta relación lo imaginario corresponde a las imágenes que tenemos sobre los objetos, para comunicar lo que vemos recurrimos a lo simbólico, al lenguaje, llenamos de significados para dar razón al significante, recordemos de la necesidad del lenguaje, de la epistemología, de los conceptos.

Pero el problema reside en el factor tácito del *orden simbólico del gran Otro*, en el cómo interaccionamos simbólicamente, como lo manifiesta Žižek (2008):

“El gran Otro opera en un nivel simbólico. ¿Cómo está compuesto entonces este orden simbólico? Cuando hablamos (o escuchamos, para el caso es lo mismo), no estamos meramente interactuando con otros; nuestra actividad discursiva está fundada en nuestra aceptación y subordinación a una compleja red de reglas y presuposiciones.” (pág. 19)

Después nos dice del cómo opera el gran Otro:

“Primero existen reglas gramaticales que tengo que dominar ciega y espontáneamente: si tuviera que tener estas reglas presentes todo el tiempo, mi discurso se interrumpiría. Después está la pertenencia a un medio cultural común que nos permite a mi interlocutor y a mí entendernos. Las reglas que sigo están marcadas por una división profunda: hay reglas (y sentidos) que sigo ciegamente, por hábito, de los que, si reflexiono, puedo volverme al menos parcialmente consciente (tales como las reglas gramaticales); y hay reglas que sigo, sentidos que me acosan, sin saberlo (tales como prohibiciones inconscientes). Luego hay reglas y sentidos de los que algo sé, pero que se supone que no debería saber –insinuaciones sucias u obscenas que uno pasa por alto silenciosamente para mantener las apariencias–.” (pág. 19)

Aunque resulte de una posición inevitable, recordemos que los objetos sociales no tienen sentido para un individuo, es por obvias razones, de aplicación social, además el que dependan de los esquemas conceptuales los hacen enmendables. Es necesario hacer un diagnóstico discursivo para prescindir de ello, también de esto nos habla Žižek (2008), siguiendo con el gran Otro:

“A pesar de su poder fundador, el gran Otro es frágil, insustancial, propiamente virtual, en el sentido de que tiene las características de una presuposición subjetiva. Existe sólo en la medida en que los sujetos actúan como si existiera. Su estatuto es similar al de una causa ideológica como el comunismo o la nación: se trata de la sustancia de los individuos que se reconocen en él, la base de toda su existencia, el punto de referencia que proporciona el horizonte último de sentido, algo por el que

estos individuos están dispuestos a dar su vida, aun cuando lo único que realmente existe sean estos individuos y su actividad, de modo que esta sustancia es verdadera sólo porque los individuos creen en ella y actúan en consecuencia.” (pág. 20)

Mencionemos del *gran Otro* que Žižek (2008), nos dice:

“(…)el gran Otro puede personificarse o reificarse en un simple agente: el ‘Dios’ que vigila desde el más allá, a mí y a cualquier persona existente, o la causa que me compromete (Libertad, Comunismo, Nación), por la que estoy dispuesto a dar la vida. Mientras hablo, nunca soy un ‘pequeño otro’ (individual) que interactúa con otros ‘pequeños otros’: el gran Otro siempre está ahí.” (pág. 19)

Hay que aplicar este orden simbólico del gran Otro, a la “realidad” de simulación, en el que nos relacionamos en una interacción simbólica a la cual nos sujetarnos ideológicamente, un sistema de creencias. Pero para que esto se dé, debemos tener la consideración del sentido y de la existencia, es decir, una condición retributiva entre los individuos con este orden, del que sabemos que podemos prescindir y del que es característico de un campo de sentido perteneciente ideológicamente a la “realidad” de simulación en la que somos sujetos operativos y funcionales del sistema de creencias.

De esta manera es que nos advierte Žižek (2008) sobre el orden simbólico mencionando a Lacan:

“Para Lacan, el lenguaje es un don tan peligroso para la humanidad como el caballo lo fue para los troyanos: se nos ofrece para que hagamos uso de él sin cargo, pero una vez que lo aceptamos, nos coloniza. El orden simbólico surge a partir de un don, de un regalo, que presenta su contenido como neutral para hacerse pasar por un don: cuando se ofrece un regalo, lo que importa no es su contenido sino la relación que se establece entre el que regala y el que recibe cuando éste acepta el obsequio.”

La implicación de la performatividad de la “realidad” de simulación del orden del discurso, del orden simbólico, del carácter propagandístico del realismo en expansión, está vinculada directamente con el sentido, ya no tanto en su existencia sino del cómo aparecen en un campo de sentido y en el cómo interactuamos como sociedad ante estos discursos de sentido. Así podremos decir que el campo simbólico es un campo de sentido. Gabriel (2013) ya nos lo advertía diciéndonos:

“El orden social siempre depende de presuponer un sujeto que conoce ese orden y lo respeta. Este sujeto tiene distintas formas: textos legales oficiales, la policía, el

Estado, la jefa, el gerente del supermercado, el controlador del tránsito aéreo e incluso el científico. La aceptación de un sujeto que sabe y que vela por el orden — anónimo, a fin de cuentas— es una forma de fetichismo que jamás lograremos desechar por completo. Con Lacan podemos llamarla también la creencia en «el Otro», en el Big Brother.” (pág. 93)

VII. Condición del homo videns y más sobre el relytismo en expansión.

Antes habíamos dicho que inspeccionaríamos del aspecto televisivo, ahora en consideración del orden simbólico del gran Otro y sobre esta implicación discursiva en el realytismo en expansión como propagadores de la “realidad” de simulación. Para tratar esto, el autor Giovanni Sartori en su obra, *Homo Videns. La sociedad teledirigida*. (2004), nos hace mención de lo que hemos trabajado:

“Lo que hace único al homo sapiens es su capacidad simbólica; lo que indujo a Ernst Cassirer a definir al hombre como un animal simbólico. Cassirer lo explica así: El hombre no vive en un universo puramente físico sino en un universo simbólico. Lengua, mito, arte y religión (...) son los diversos hilos que componen el tejido simbólico (...). Cualquier progreso humano en el campo del pensamiento y de la experiencia refuerza este tejido (...). La definición del hombre como animal racional no ha perdido nada de su valor (...) pero es fácil observar que esta definición es una parte del total. Porque al lado del lenguaje conceptual hay un lenguaje del sentimiento, al lado del lenguaje lógico o científico está el lenguaje de la imaginación poética. Al principio, el lenguaje no expresa pensamientos o ideas, sino sentimientos y afectos.” (pág. 27)

Tenemos que prestar vital atención a las consideraciones mencionadas, que caracteriza al ser como un animal simbólico o “animal symbolicum (que comprende todas las formas de la vida cultural del hombre.” (pág. 28) Sabemos de la necesidad de lo simbólico, antes ya decíamos que es necesario este carácter conceptual, para poder referirnos a los objetos y a las cosas, aunque hemos caído en la trampa de la confusión entre objetos o campos de sentido. Lo vemos con el realytismo en expansión que atinadamente refiere Sartori (2004) al decirnos que: “El lenguaje no es sólo un instrumento del comunicar, sino también del pensar. Y el pensar no necesita del ver. (...) A decir verdad, las cosas en las que pensamos no las ve ni siquiera el que puede ver: no son «visibles».” Aquí vemos de la influencia que se da discursivamente aunque después Sartori (2004) nos separe de esto diciéndonos sobre la televisión:

“La televisión –como su propio nombre indica– es «ver desde lejos» (tele), es decir, llevar ante los ojos de un público de espectadores cosas que puedan ver en cualquier sitio, desde cualquier lugar y distancia. Y en la televisión el hecho de ver prevalece sobre el hecho de hablar, en el sentido de que la voz del medio, o de un hablante, es secundaria, está en función de la imagen, comenta la imagen. Y, como consecuencia, el telespectador es más un animal vidente que un animal simbólico. Para él las cosas representadas en imágenes cuentan y pesan más que las cosas dichas con palabras.” (pág. 30)

En lo anterior nos menciona el carácter del Homo Videns, pero aquí debemos mencionar que inclusive la imagen constituye un discurso en sentido, lo que significa constituye lo tácito del orden simbólico, una interacción simbólica con la imagen y que faculta en la reproducción del sentido dado por ese discurso. A esto mismo se refiere con el realitysmo en expansión al hablarnos de la multimedialidad:

“En efecto hemos pasado, o estamos pasando, a una edad «multimedia» en la cual, como su nombre indica, los medios de comunicación son numerosos y la televisión ha dejado de ser la reina de esta multimedialidad. El nuevo soberano es ahora el ordenador. Porque el ordenador (y con él la digitalización de todos los medios) no sólo unifica la palabra, el sonido y las imágenes, sino que además introduce en los «visibles» realidades simuladas, realidades virtuales. (...) La televisión nos muestra imágenes de cosas reales, es fotografía y cinematografía de lo que existe. Por el contrario, el ordenador cibernético (para condensar la idea en dos palabras) nos enseña imágenes imaginarias. La llamada realidad virtual es una irrealidad que se ha creado con la imagen y que es realidad sólo en la pantalla. Lo virtual, las simulaciones amplían desmesuradamente las posibilidades de lo real; pero no son realidades.”

Anteriormente mencionamos que el discurso debería estar dentro de la “verdad”, esto sería en lo deseable para la “realidad” de simulación. Pensar en este valor estético dado por el discurso es en principio, también dado por la imagen. Claro que vemos una imagen y esta necesita ser traducida en el lenguaje, pero también debemos saber que hay imágenes que no tendrían sentido sin antes ser categorizadas con significantes, no podríamos ser reactivos en un ejemplo, al diablo. Podríamos ver a un tipo disfrazado de rojo, pintado de la cara del mismo color, con bigotes, cuernos etc. Pero este no constituiría una imagen, a priori del lenguaje, del mal. Bajo esta consideración es que afirmamos que no hay un sujeto prediscursivo o una imagen prediscursiva, que no requiera de simbolizaciones. Claramente un árbol es en

sí mismo, no depende que le llame árbol, pero, ¿qué pasa si pensamos en el cómo árbol de la vida?

En esto Sartori (2004) ya veía una repercusión a la que nos dice que “la cuestión es que todas las palabras connotan (contenido significante), pero que no todas las palabras denotan (son observables).” (pág. 49)

Continuando con lo anterior nos da una serie de ejemplos, en dónde nos dice:

“Cuidad es todavía algo que podemos «ver»; pero no nos es posible ver nación, Estado, soberanía, democracia, representación, burocracia, etcétera; son conceptos abstractos elaborados por procesos mentales de abstracción que están contruidos por nuestra mente como entidades. Los conceptos de justicia, legitimidad, legalidad, libertad, igualdad, derecho (y derechos) son asimismo abstracciones «no visibles»”

Los anteriores son objetos sociales, el problema es que esas abstracciones no visibles, son manejadas discursivamente y representadas en imágenes totalizantes de lo deseable de la “verdad” de esas entidades, muy concordante con la idea de la inexistencia del mundo. Esta constitución discursiva se da en el homo videns o en lo que refiere Sartori (2004) como el video-niño.

“No podría describir mejor al video-niño, es decir, el niño que ha crecido ante un televisor. ¿Este niño se con vierte algún día en adulto? Naturalmente que sí, a la fuerza. Pero se trata siempre de un adulto sordo de por vida a los estímulos de la lectura y del saber transmitidos por la cultura escrita. Los estímulos ante los cuales responde cuando es adulto son casi exclusivamente audios visuales. Por tanto, el video-niño no crece mucho más.” (pág. 42)

Este video-niño en su etapa de adultez es incapaz de abstraer o de significar por sí mismo, requerirá que la imagen tenga su carga discursiva, que el significado le sea dado, esto constituye una carencia en la opinión propia, moldeable a estímulos dados dentro de la “realidad” de simulación. Ahora, este video-niño se ha expandido, no simplemente es característico del televisor, sino de otros medios que integran el orden del discurso en un sistema transparente de “verdad”. Pero como ya hemos dicho, aunque no estemos exentos de la coacción discursiva, también mantenemos una distancia con esta “realidad”.

De esto también se apoya Gabriel (2013) al hablarnos de la televisión en una división sobre *televisión de cultura seria y de entretenimiento*, con la que nos cuestiona del objetivo de la televisión al separarse de la idea de la manipulación:

“Por supuesto que podría compilarse toda una biblioteca a propósito del espíritu de la época en las series de televisión. En todo caso sería un crimen intelectual —que deberían pensar dos veces los teóricos críticos— descartarlas como entretenimiento masivo de la industria cultural. Como sea, sin duda es bastante fácil reducir las series a su carácter manipulativo y, con esto, reproducir la diferenciación ya pasada de moda entre la U-Kultur y la EKultur [distinción alemana entre «cultura del entretenimiento» y «cultura seria»: U de Unterhaltung, «entretenimiento», y E de ernst, «serio»].” (pág. 125)

Y tras cuestionar sobre esto, nos dice recordando de la inexistencia de la imagen totalizante del mundo:

“La televisión nos puede liberar de la ilusión de que existe un mundo único, omniabarcante. En una serie de televisión, o en una película, podemos desarrollar distintas perspectivas a partir una situación. A diferencia del teatro, no estamos sentados frente a un escenario y no debemos tomar a una persona presente en la habitación como representación de un personaje, el cual no es idéntico al actor, puesto que podemos ver una película incluso cuando la persona que actúa ya no vive. En un sentido radical, una película es un show about nothing, una disputa con la multiplicidad de posibilidades interpretativas, más allá de la idea fija de que existe un único mundo en el que todo acontece y que determina qué es lo real y qué es lo ficticio. La agudeza de la libertad moderna (y de las series modernas de televisión) consiste en reconocer la multiplicidad de perspectivas realmente existentes, que no se restringe a una estandarización innecesaria.” (pág. 127)

VIII. No hay hechos solo interpretaciones. Lo Real fuera del sostén simbólico.

Ya hemos visto que los objetos naturales son inenmendables, puestos a una reconstrucción, independientes de los esquemas conceptuales y los objetos sociales como construcciones, enmendables y dependientes de los esquemas conceptuales. No podemos prescindir de lo simbólico, es necesario para interactuar con otras subjetividades, el problema en muchas ocasiones surge a partir de las identificaciones discursivas totalizantes. Pero, ¿Qué es lo Real?

Recordemos la separación o la distancia que hacíamos de la “realidad” por la realidad, etc. Esta distancia o separación la tenemos con Žižek (1994):

“Lacan, en sus Cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis, denomina la ‘separación’, a saber, la separación entre I y a, entre el Ideal del Yo, la identificación simbólica del sujeto, y el objeto: el distanciamiento, la segregación del objeto del orden simbólico.”

De lo que después nos ejemplifica en lo que decíamos de la necesidad de lo simbólico para encontrarnos con lo Real:

“Podemos relacionarnos con estas ‘personas de carne y hueso’ sólo en la medida en que podemos identificarlas con cierto lugar en nuestro espacio fantasmático simbólico o, para decirlo de un modo más patético, sólo en la medida en que llenan un lugar preestablecido en nuestro sueño”.

De esta manera, no pensemos meramente en una condición ilusoria de un solipsismo existencial o regresando a la falacia del ser-saber dónde no podemos conocer las cosas. Mantengamos el pensamiento puesto en la inenmendabilidad independiente de esquemas conceptuales como lo Real, de esto mismo nos hace mención Žižek (1994) sobre lo Real.

“Lo que, en última instancia, interrumpe el flujo continuo de palabras, lo que traba el funcionamiento fluido del circuito simbólico, es la presencia traumática de lo Real: cuando las palabras súbitamente se quedan afuera, tenemos que buscar, no las resistencias imaginarias, sino el objeto que se aproximó demasiado.” (pág. 39)

Podemos definir que lo real es esa extrañeza con la que nos encontramos, que se nos aproxima demasiado y de la cual tendremos que distanciarnos nuevamente, una inenmendabilidad independiente de la identificación simbólica, del ideal del Yo. Y bajo esta premisa de lo real, es que atenderemos uno de los argumentos del que nos valimos anteriormente para explicar la “realidad” de simulación, el “no hay hechos, sólo interpretaciones” (Ferraris, 2012, pág. 4)

Con lo que hemos tratado, consideremos que un hecho es algo que acontece en un campo de sentido es un Acto. Bajo esta premisa, es necesario que veamos la pertenencia del hecho en un acontecer social, un objeto social que vale para dos o más personas y que no simplemente queda en la mente de dos personas, en el objeto mental, ideal. Pues si vemos el no hay hechos solo interpretaciones como un carácter del objeto mental, ideal, es concordante que nos situemos en el escéptico nihilista, del que también está sujeto a la crítica de la “realidad” de simulación por la desobjetivación tras la subjetivación o perspectivismo y su totalización. Pero si vemos en el no hay

hechos sólo interpretaciones el carácter interpretativo como objeto social, es que podemos tomarlo en favor del sentido, de un campo de sentido. En un ejemplo, pensemos en la ley, ¿podríamos aplicar la ley fríamente tal cual está escrita?

Aun si programáramos a una máquina para que aplicar una sentencia, de apariencia neutra, antes ya habría tenido la programación dada por un ser humano con inclinaciones que le incorporará a la máquina, un discurso sobre lo que es legítimo o ilegítimo. Esto no debe ser visto de una manera negativa, es más una apertura a la reflexión de que todo está en proceso de humanización y de lo que no podremos mantenernos ajenos, pero sí de lo totalizante. Incluso la ley escrita fue pensada para la vida del ser humano en sociedad, aunque esto ya haya trascendido a otros entes. Visto desde esta manera, el no hay hechos sólo interpretaciones, puede manifestar la distancia de la “verdad” con el ser en busca de sentido ante el encuentro Real fuera de lo simbólico. Sobre esto mismo nos propone Ferraris (2012) “propongo ver la intencionalidad (en cuanto rasgo distintivo de lo mental) como una salida de la documentalidad.” (pág. 88) La intencionalidad es un objeto social al igual que la documentalidad. La intencionalidad no requiere de explicación, podríamos decir que es el ser en busca de sentido y la documentalidad constituye el orden simbólico “esto es, de las intenciones que están a la base de las inscripciones en las que consiste la realidad social” (pág. 86), que no es constitutivo de la realidad, pero sí de la realidad social.

IX. Conclusiones y reflexiones

Este escrito es inevitablemente la continuación de otro que hemos realizado: *La “realidad” de los discursos. Derechos humanos: ¿visibilidad o transparencia?, ¿un camino a la emancipación o regulación?*¹⁷⁹ En este escrito abordamos la “realidad” de simulación, pero era atendida de una manera descriptiva sin desentrañar directamente de sus implicaciones. Recapitulando sobre esto, yo hablaba de la “realidad” de simulación sin alternativas, al igual que la del realismo, algo de lo que podemos distanciarnos tras este escrito.

Habíamos tratado la emancipación y la regulación transitoria, a la que podemos añadirle el valor de lo Real y el carácter reconstructivo en lo

¹⁷⁹ (López, 2022) Núm. 18 enero-febrero.

inenmendable y en lo constructivo en lo enmendable. En esto se hacía presente la visibilidad que entendemos como ese encuentro traumático, el encuentro con lo Real, y sobre la transparencia que constituye el sentido del orden simbólico como campo de sentido.

Tratamos la ética dialógica y de la liberación como manifestaciones discursivas, separadas de la “verdad” deseable discursiva, evidenciando la inconsistencia de la falacia del saber-poder. Esto iba muy de la mano con el sufrimiento de un Dios sufrido como discurso, este dios no es más que la representación humana del sufrimiento que se separa del dios hegemónico sordo ante el lamento de otros dioses que sufren.

Había implicaciones al realizar este cambio del dios hegemónico optando por el politeísmo, en la “realidad” de simulación, algo que creo ha surgido tras las acciones deconstructivas pero que aún no se han tomado la tarea de reconstruir con el sentido del ser en sufrimiento, trascendiéndose así mismo eligiendo al otro, eligiéndose así mismo, manteniendo una distancia entre el “privilegio” hegemónico de sí mismo y del reconocimiento de otro extraño.

También presentábamos la cuestión de la regulación en busca de su permanencia, que trataría de adueñarse del discurso del sufrimiento, en lo que hay que verlo como algo beneficioso, se ha originado la visibilidad y esto es como irrumpe lo Real en la simulación. La manera en que se conduzca el discurso se hace constitutivo de la realidad en un descubrimiento constante del sufrimiento y de las transformaciones del ser en busca de sentido. Lo que hoy resta por hacer es generar visibilidad y que esto sea tomado en cuenta como una exigencia de lo Real, donde el ser se separe de la simulación.

Al día de hoy, se ha propagado la cultura del debate más que la del diálogo, en función de dar un espectáculo y ridiculizar, el dialogo tiene la consistencia de la separación, de la distancia argumentativa que la sociedad necesita para un reconocimiento del otro o de lo otro. Así podremos corresponder a la multiplicidad de definiciones de derechos humanos y que sean una realidad al hablar de libertades y facultades, mediante este reconocimiento del otro o lo otro podremos hablar de dignidad.

Por lo tratado aquí es que referimos el título de este escrito como (im)posibilidad de los derechos humanos, pues su posibilidad está al mismo tiempo en su imposibilidad, una capacidad reconstructiva y no totalizante donde los derechos humanos tendrán que distanciarse, separarse constantemente del hegemónico. De la misma manera que la paloma blanca

símbolo de la libertad requiere para volar de la fricción de sus alas con el viento. Los derechos humanos deben hacerse presentes manteniendo fricción con lo Real sin abstenerse como el dios hegemónico sordo que no atiende los lamentos del sufrimiento. Hay que poner más atención al sufrimiento, valdría la pena preguntarse, ¿Quiénes sufren?

X. Referencias Bibliográficas.

- Ferraris, M. (2012). *Manifiesto del nuevo realismo*. Santiago, Chile: Ariadna Ediciones.
- Foucault, M. (1992). *El orden del discurso*. Buenos Aires, Argentina: Tusquets Editores.
- Gabriel, M. (2013). *Por qué no existe el mundo*. Titivillus.
- López, J. S. (2022). La “realidad” de los discursos. Derechos humanos: ¿visibilidad o transparencia?, ¿un camino a la emancipación o regulación? *Derechos Fundamentales a Debate*, 144-158.
- Orihuela, I. B. (2010). *El jurista y el simulador del derecho*. México: Porrúa.
- Sartori, G. (2004). *Homo Videns. La sociedad teledirigida*. México: Taurus.
- Žižek, S. (1994). *¡Goza tu síntoma! Jacques Lacan dentro y fuera de Hollywood*. Buenos Aires: letrae.
- Žižek, S. (2008). *Cómo leer a Lacan*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.

El juicio de amparo a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

The case of amparo trial in light of the Inter-American Court of Human Rights

Marisol Luna García¹⁸⁰

Anuar Fernando Gauna Horta¹⁸¹

Resumen

Este artículo tiene como objetivo el estudio de la transformación en el juicio de amparo conforme se han ido resolviendo las sentencias de la corte, observando así las metas cumplidas y el trabajo que aún queda para hacer más eficiente del juicio de garantías, respetuoso de los derechos humanos y abrir así paso al reconocimiento institucional de los derechos sociales.

El objetivo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos radica en que el juicio de amparo, conforme lo dispone el artículo 77 de la Ley de Amparo, se regrese al quejoso tratándose de actos positivos en el goce de sus derechos violentados y cuando sean actos negativos u omisiones se obligue a la autoridad de hacer valer dicho derecho

Palabras clave

Juicio de Amparo, Derechos Humanos y Corte Interamericana.

Introducción

¹⁸⁰ Abogada y maestra por la Universidad de Guadalajara, Doctora por la Universidad de Santander, docente de la Universidad de Guadalajara, con una trayectoria de 25 años e investigadora, candidata a SNI, conferencista y abogada postulante en diversas partes de la república mexicana, autora y coautora de diversas obras académicas tales como libros, artículos, reseñas, poster y semblanzas. Con los siguientes números de registros de: <https://orcid.org/0000-0002-9383-3007> y CVU: 594829

¹⁸¹ Abogado por la Universidad de Guadalajara, maestro en política criminal y Doctorante en derecho por la UNAM, abogado postulante, profesor por la Universidad Cuauhtémoc campus Guadalajara, ha escrito y publicado diversos artículos y libros relacionados con el tema de derechos humanos, procesal penal y política criminal.

En el presente trabajo se pretende abordar los efectos que han tenido las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el juicio de amparo, mismo que sin duda alguna ha aumentado sus alcances y evidenciado sus indiscutibles carencias.

En los últimos años han existido cerca de once casos contenciosos que ha conocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. Sin embargo, para el caso en concreto sólo nos remitiremos a diez de las once y en el caso de Carlos Castañeda Gutman nos enfocaremos en el precedente de la inconstitucionalidad de normas a través del juicio de garantías.

Algunas interrogantes son ¿ha existido un impacto en la legislación nacional generado de las sentencias de La Corte? Si han existido ¿cuáles son? ¿Cómo ha entendido las sentencias de la Corte Interamericana los órganos jurisdiccionales nacionales?

Antecedentes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado Mexicano

Se tienen registrados diez casos llevados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado Mexicano, a excepción del caso Alfonso Martín del Campo Dodd (2004) donde se desestimó la denuncia por violaciones a derechos humanos por La Corte, debido a que cuando se presentó dicha denuncia ante La Corte el Estado mexicano no había ratificado los instrumentos legales de ratificación internacional para efecto de que la corte conociera sobre dicha circunstancia. El Caso Castañeda Gutman (CIDH, 2008), que aún cuando se basa en el hecho de impugnación a la ley electoral, es un precedente importante para entender la posibilidad que el mismo abrió para impugnar leyes inconstitucionales mediante el juicio de amparo. Por otro lado, en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) (CIDH, 2009), Caso Fernández Ortega y otros (CIDH, 2010); Caso Rosendo Cantú y otra (CIDH, 2010a); Caso Cabrera García y Montiel Flores (CIDH, 2010b); Caso García Cruz y Sánchez Silvestre (CIDH, 2010c); Caso García Cruz y Sánchez Silvestre (CIDH, 2013); Caso Trueba Arciniega y otros (CIDH, 2018); Caso Alvarado Espinoza y otros (CIDH, 2018a); Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco (CIDH, 2018b), que conforman la totalidad de los asuntos en los que se sentencia al Estado mexicano, el juicio de garantías ha sido señalado significativamente en todas y cada una de las resoluciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castañeda Gutman vs. México resolvió, sobre el caso contencioso atribuido a una violación sistemática del Estado mexicano en lo que respecta a la prohibición de las candidaturas independientes, que trajo consigo la correspondiente falta de eficiencia y eficacia en el ordenamiento legal vigente y tal y como se mencionó, aún cuando este asunto compete a la materia electoral, lo cierto es que el precedente es importante como figura análoga en lo que respecta al juicio de amparo, propiamente la forma en la que se diluyó el principio de relatividad de la sentencia. De tal manera la corte resolvió:

“15. [...] el Tribunal consideró que el juicio de protección presentaba problemas en cuanto a su ‘accesibilidad’ y su ‘efectividad’.” CIDH, 2008)

Esto sería sólo el inicio de lo que se vendría para el Estado mexicano, mismo que en los últimos diez años se vería inmerso en una serie de sentencias que evidenciarían la necesidad de una serie de reformas para salvaguardar los derechos humanos. Tales son los casos González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Esta excepción Preliminar (CIDH, 2009), dejó en evidencia una serie, sistemática también, de violaciones a derechos fundamentales en los procesos de investigación, pero que para efectos del presente artículo se enfocará en el hecho del señalamiento realizado de la falta de un instrumento eficaz a través del juicio de garantías. Si bien es cierto que el principio de Definitividad exige agotar los medios ordinarios de defensa, no menos cierto es que dichos medios tienen su correspondiente excepción cuando se trata de violaciones directas a la constitución, misma que protege y salvaguarda los derechos fundamentales. De tal suerte que La Corte determinó...

“...La Comisión concluyó que, dado que la violación forma parte de un ‘patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado’, no sólo se violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes.” (CIDH, 2009)

Este señalamiento se realizó debido, no sólo a la ineficacia de la investigación, sino también del juicio de amparo, mismo al que una y otra vez tuvieron que recurrir las víctimas. Cabe señalar que cuando no se desechaban, no se otorgaban amparos lisos y llanos.

El caso Radilla Pacheco vs. México (CIDH, 2009b) es quizá, junto con el caso Fernández Ruíz vs. México, en donde el juicio de garantías mostró una cantidad importante de problemas para defender los Derechos Humanos, de tal suerte que la corte interamericana determinó:

“298. En consecuencia, en el presente caso el recurso de amparo no fue efectivo para permitir a la señora Tita Radilla Martínez impugnar el conocimiento de la detención y posterior desaparición forzada de su padre, el señor Rosendo Radilla Pacheco, por la jurisdicción militar, lo cual constituye una violación del artículo 25.1 de la Convención.” (CIDH, 2009b)

Por lo cual, también La Corte determinó:

“325. La Comisión Interamericana alegó que ‘[l]os familiares de Rosendo Radilla no tuvieron acceso a un recurso que los amparara de violaciones a sus derechos humanos. Pese a que al momento de los hechos la legislación mexicana ya contemplaba la figura del recurso de amparo, equivalente al habeas corpus, que se aplica para dilucidar el paradero de una persona desaparecida, dicho recurso carece de eficacia en vista de lo establecido en los artículos 17 y 117 de la Ley de Amparo.’ (Ibíd)

En igual sentido, los representantes adujeron que en México el recurso de amparo “no es efectivo para encontrar a una persona que ha sido víctima de desaparición forzada”, ya que “no cumple con los requisitos para ser considerado un recurso efectivo conforme el criterio de la Corte Interamericana en materia de desapariciones forzadas”, por lo cual “el recurso de amparo [es inefectivo] para tales casos” (Ibíd).

Dicha violación se deriva del hecho de que no se cuenta con un medio de defensa eficaz con el que se prevengan las desapariciones forzadas y del que, además, debido a lo que aparenta ser una forma sistemática de interacción jurisdiccional para no generar dentro del juicio de garantías una forma de realización eficiente y eficaz.

El caso Fernández Ortega y otros vs. México (CIDH, 2010), trágico caso donde una mujer indígena sufrió una violación tumultuaria por elementos del ejército, misma que presenciaron sus hijos demuestra con más precisión que el problema no es solamente de técnica legal, lagunas o antinomias, sino también de una práctica jurisdiccional experimentada de manera sistemática por gran parte del Poder Judicial en donde se ven envueltos intereses diversos a la justicia y los Derechos Humanos.

El problema es similar a los casos que anteceden al Estado mexicano: se presenta una serie de amparos, en las que se tratan los Derechos Humanos de forma análoga a los derechos civiles, sin entender que los alcances y medios de protección para los Derechos Humanos deben ser mucho mayores que la dinámica con la que se formaron la mayor parte de los juzgadores federales. Por ello, La Corte señaló:

“7. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de la señora Fernández Ortega: a) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 175 a 183 de la presente Sentencia, y b) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana e incumplió el deber establecido en el artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en los términos de los párrafos 190 a 198 de la presente Sentencia. Asimismo, México incumplió la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia, establecido en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1. del mismo instrumento, en perjuicio de la señora Fernández Ortega, en los términos de los párrafos 199 a 201 de la presente Sentencia.” (CIDH, 2010)

La forma en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece de manera frecuente el hecho de que el juicio de amparo no cumple con los requisitos establecidos por la convención ha sido motivo de preocupación y debate entre los académicos y postulantes, ya que podemos observar que en el Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (CIDH, 2010a) resuelve:

“167. Como lo señaló anteriormente (supra párrs. 160), la Corte destaca que la participación de la víctima en procesos penales no está limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante autoridades competentes. Ello implica necesariamente que, a nivel interno, deben existir recursos adecuados y efectivos a través de los cuales la víctima esté en posibilidad de impugnar la competencia de las autoridades que eventualmente ejerzan jurisdicción sobre asuntos respecto de los cuales se considere que no tienen competencia. En consecuencia, los recursos de amparo no fueron efectivos en el presente caso para permitir a la señora Rosendo Cantú impugnar el conocimiento de la violación sexual por la jurisdicción militar, lo cual constituye una violación del artículo 25.1 de la Convención.” (CIDH, 2010a)

Y que, por lo tanto:

“166. [...] En este sentido, el Tribunal ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o por ley. La Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente.” (Ibíd)

Dentro del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CIDH, 2010b) se generó de igual forma una sistemática inefectividad de los recursos con los que cuenta el Estado mexicano, propiamente del juicio de amparo, motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

“142. En el mismo sentido, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. También ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. La Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente.” (CIDH, 2010b)

Así, la inefectividad se vio envuelta en el hecho de la inaplicabilidad personal, no así constitucional, de la jurisprudencia internacional usando el control difuso de la constitucionalidad, circunstancia por la que determinó La Corte que:

“51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los

Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.” (Ibíd.)

De tal manera que el control difuso de convencionalidad debe permanecer en correcta armonía con el control de constitucionalidad, con lo que se pretende además abordar el problema aquí planteado desde una óptica relacional, para evitar se siga dejando en estado de indefensión al quejoso, ya que La Corte determinó además que:

“53. Como hemos sostenido al analizar los grados de intensidad del “control difuso de convencionalidad”, el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el “bloque de convencionalidad”, consiste en dejar “sin efectos jurídicos” aquellas interpretaciones inconventionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en “dejar sin efectos jurídicos” la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control.” (Ibíd.)

Lo que concluye en este punto repercute directamente en el hecho de los llamados “amparos para efectos”, en el referido entendido de la aplicación de sentencias estériles dictadas por parte de los órganos jurisdiccionales federales en materia de amparo, realizando las siguientes manifestaciones:

“187... Los representantes concordaron con la Comisión y agregaron que ‘el juicio de amparo, que por definición constituye el mecanismo de garantía jurídica de los derechos fundamentales en México, resulta ineficaz para impugnar la extensión del fuero militar, al establecer supuestos de legitimación sumamente limitados cuando las víctimas o los ofendidos del delito pretenden acudir a los tribunales.’” (Ibíd.)

Es decir, el juicio de amparo es observado en sede convencional como un recurso ineficaz, pues pretende que entendamos los resultados dentro de la técnica legislativa como suficientes, cuando es evidente que no lo son, tal y como se pretende demostrar más adelante.

En otro orden de ideas, la existencia de cada vez más sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado mexicano demuestra que existe una resistencia por parte de las autoridades jurisdiccionales y legislativas de hacer del juicio de amparo un medio de defensa eficaz; de tal suerte que en el caso *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México* (CIDH, 2010c) comienza a observarse un cambio de los amparos para efectos, a los

efectos del amparo de manera lisa y llena. Situación que podemos observar de la siguiente manera:

“31. Adicionalmente, la Corte nota que respecto de la alegada interpretación ‘del principio de inmediatez dentro del ordenamiento jurídico mexicano’ que, según la Comisión, ha dado la Corte Suprema de Justicia y otros tribunales colegiados mexicanos, no se hizo referencia expresa a dichos precedentes en las sentencias penales y de amparo del presente caso examinadas en el Informe de Fondo.” (CIDH, 2010c)

La sentencia de amparo resolvió devolver los autos al Tribunal Colegiado de origen y ordenó a la autoridad judicial responsable:

Dejar Insubsistente la sentencia reclamada;

- a. En su lugar, dicte otra en la que reitere las consideraciones que no fueron materia de la concesión del amparo en relación a la acreditación de los elementos de los delitos de homicidio calificado, lesiones, robo con violencia y daño en los bienes;
- b. Bajo los lineamientos de esta ejecutoria, determine que no está acreditado el delito de delincuencia organizada;
- c. Considere: el derecho de los quejosos a una adecuada defensa; que la confesión de los quejosos fue obtenida por medio de tortura; que el reconocimiento de los quejosos por medio de fotografías constituye una prueba ilícita, y que la declaración de los elementos aprehensores [...] carece de eficacia como prueba testimonial, y
- d. Resuelva lo que conforme a derecho proceda” con respecto a la responsabilidad de los quejosos en la comisión de los delitos de homicidio calificado, lesiones, robo con violencia y daño en los bienes.” (Ibíd.)

A decir verdad, fue debido a la sentencia de La Corte dada por el recurso recurrido por parte de la defensa como consecuencia de manera considerablemente extraña debido a la prohibición que genera la ley de amparo, que no se hizo lo debido desde un inicio y que derivado de políticas institucionales dentro de cada circuito se pretendió continuar con violaciones graves a los Derechos Humanos. Sin embargo, se observa la voluntad del máximo órgano jurisdiccional nacional de evitar otra sentencia por una sistemática violación de Derechos Humanos por parte del Estado mexicano.

En el caso Trueba Arciniega y otros vs. México (CIDH, 2018) existió una sentencia al militar que privó de la vida a una de las víctimas, motivo por el que no se tuvo la necesidad de presentarse al juicio de garantías, aunado a que en el tiempo de la realización material del delito no existía en el juicio de

garantías la posibilidad de solicitar la reparación del daño, motivo por el que la Corte conoce de la petición para efecto de repararlo.

Por su parte, en el caso *Alvarado Espinoza y otros vs. México* (CIDH, 2018a), se generó de nueva cuenta una importante determinación por parte de La Corte, en donde generado de la correspondiente a la desaparición forzada de personas y de cómo el Estado mexicano no cuenta con un recurso efectivo para hacer valer los Derechos Humanos que devienen de lo anterior, manifestando lo siguiente:

“38. Respecto de la ineffectividad de la Ley de Amparo en cuanto a la desaparición forzada al momento de los hechos, el Estado lo admitió pero refirió que con la nueva Ley de Amparo ‘si se presenta una demanda de amparo indirecto contra actos de autoridad por desaparición de personas, en un primer momento se harán las diligencias necesarias para lograr la comparecencia de dichas personas [...] en caso de no lograrlo, se dará vista al Ministerio Público Federal para que investigue los hechos’, por lo que –a juicio del Estado-, éste ‘ha realizado los cambios necesarios en materia de amparo’ que se relacionan con el supuesto de desaparición de personas.” (CIDH, 2018a)

El más reciente caso de sentencia en contra del estado mexicano es el Caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México* (CIDH, 2018b). La Corte analiza los alcances realizados por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con los alcances de la sentencia en la que se pronunció. Sin embargo, aun cuando establece una aparente sincronidad con dicho órgano jurisdiccional mexicano, hace hincapié en el número de amparos presentados por los policías señalados por parte del Estado y los que seguramente llevarán su caso ante la Corte Interamericana. Es importante señalar que tal y como menciona la Corte, la forma de realización de la conducta de la violación, dadas las circunstancias, se debe de observar fundamentalmente con el testimonio de las víctimas. Sin embargo, es de vital importancia entender que una de las garantías primarias es llevar ante la justicia a los verdaderos responsables desde su autoría, situación que se espera recobre fuerza una vez llegados los asuntos de los policías que se dicen inculcados y de los que se ha adoptado una política criminal de una rigidez de la que hace presumir la necesidad de altos funcionarios de evitar a toda costa que se sepa quiénes y de qué manera actuaron.

Metodología

Utilizando las sentencias emitidas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aplicará para su estudio los métodos cualitativo, documental y analítico.

El método cualitativo se implementó para efecto de entender cuáles han sido los alcances que han tenido las diferentes sentencias de Derechos Humanos en el juicio de amparo.

El método documental se implementó en la obtención de datos de estudio por diversos investigadores sobre el juicio de amparo y la forma en la que, gracias a las sentencias emitidas por parte de la Corte Interamericana, se amplió la aplicación del juicio de amparo.

El método analítico para desarrollar los axiomas y entender los alcances a través del realismo jurídico, fue el de la escuela analítica italiana que consta de la aplicación de la lógica matemática y geometría analítica, con lo que se pretende abordar el trabajo con mayor precisión metodológica en lo que refiere a sus alcances en cuanto a eficiencia y su eficacia en la sintaxis conforme lo dispone la normatividad respecto de sus alcances, contrastándolo cuando sea necesario con la jurisprudencia nacional.

Resultados

Los resultados de este estudio muestran que las sentencias emitidas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han generado cambios sustanciales en la aplicación del juicio de amparo. Sin embargo, en todas las sentencias ha sido considerado el juicio de amparo como ineficaz para efecto de hacer valer los derechos fundamentales de las víctimas de los militares, motivo por el que se realizó una serie de reformas para efecto de que puedan ser juzgados conforme a la legislación civil, situación que revela un gran cambio de paradigma.

Debido a la ineficacia e ineficiencia del juicio de amparo, deconstrucción del principio de relatividad de la sentencia conforme lo dispone el numeral 107, fracción II, párrafo tercero, en el que se puede observar la posibilidad de la aplicación del juicio de amparo respecto de la inconstitucionalidad de una norma autoaplicativa o hetero aplicativa, situación que conforme a las sentencias emitidas por parte de la Corte Interamericana permite la generación de un precedente importante en la aplicación del juicio de garantías.

Debido a las disposiciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del juicio de amparo como un medio ineficaz debido a la legislación y prácticas sistemáticas de los tribunales federales, se amplió el espectro del interés dentro del juicio de garantías, teniendo ahora no solo un interés legal o jurídico, sino también un interés legítimo dentro del juicio de garantías (CIDH, 2015). Sin embargo, se continúa sentenciando al Estado mexicano sobre los alcances de dicho interés, ya que el numeral 5, fracción I de la ley de amparo no precisa la forma de entender sus diferencias.

Debido a la continua práctica de la desaparición de personas por autoridades y particulares en nuestro país, se reformó la ley de amparo para habilitarla como un medio de defensa para combatir este tipo de tan desafortunada práctica. Lamentablemente, únicamente su búsqueda a través del juicio de amparo se realiza en instituciones de gobierno (CIDH, 2018).

Aplicación y obligatoriedad de aplicación del bloque de constitucionalidad, para efecto de hacer valer el control difuso de la convencionalidad, situación que conforme a la jurisprudencia P./J. 20/2014 la Corte se encuentra dando un paso para atrás en la aplicación de derechos fundamentales con cede en el parámetro del bloque de convencionalidad (Montoya, 2020).

Los alcances de las sentencias de la Corte no solamente aplican a su estricta aplicación de sintaxis, sino su aplicación de eficacia jurisdiccional, lo que tiene como consecuencia dejar de aplicar las llamadas “sentencias de amparo” para efectos, debiendo ser aplicados los efectos¹⁸² para el juicio de garantías amparos lisos y llanos; ya que, de otra manera en palabras de La Corte, se hace del juicio de amparo un medio de defensa ineficaz (CIDH, 2010)

De igual manera, se habla de un control constructivo de la convencionalidad que radica en la reformulación de todo el derecho interno generado con algunos casos importantes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como lo es el caso Radilla Pacheco vs. México (CIDH, 2009b). De esta última se genera la oportunidad de creación de nuevas líneas de interpretación convencional, para evitar una “agresiva” interpretación

¹⁸² Los términos “amparo para efectos” y “los efectos de la sentencia de amparo”, muy a menudo se confunden como sinónimos, pero si los analizamos desde su sintaxis podemos observar que son oraciones con palabras homógrafas. Además, si revisamos pormenorizadamente la jurisprudencia nacional e internacional, nos daremos cuenta que efectivamente son dos cosas completamente distintas y que la tendencia debería de ser la desaparición de las “sentencias de amparo para efectos”.

mutativa por adición, interpretación mutativa por sustracción, interpretación mutativa mixta y la por sustracción-adición.

La axiomatización de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parámetro para entender el cumplimiento a través de la interpretación de los órganos jurisdiccionales nacionales

El juicio de garantías se desarrolla a partir de su facultad para evitar que se sigan vulnerando los derechos fundamentales del quejoso. Sin embargo, atendiendo a las sentencias de La Corte, la eficacia no se ve instruida para hacer valer dichos derechos fundamentales, pues sociológicamente no se logra además observar un cambio; es decir, en la eficiencia respecto a evitar que este tipo de actos se sigan realizando y eficacia respecto de la aplicación del juicio de amparo una vez cometándose dicha conducta por parte de las autoridades para que no vuelvan a realizarse.

Innegablemente existe un avance significativo del juicio de amparo, para hacer valer los Derechos Humanos, tal y como señaló la misma Corte Interamericana. Lamentablemente existe aún ineficacia en el caso de desapariciones forzadas, problemas en el alcance de la presentación del juicio de amparo en contra de norma autoaplicativas y, sobre todo, un problema sustancial en lo que respecta a la efectividad de las sentencias.

La inconstitucionalidad de leyes ejercida a través del juicio de amparo sigue siendo limitada. Esto ocurre debido a que no se ha logrado entender los alcances reales de lo cuándo es una norma autoaplicativa y cuándo heteroaplicativa. Lo anterior se debe a que se pretende abordar el cambio de paradigma desde un punto de vista lógico clásico, sin entender la forma en la que se reformula actualmente la teoría del derecho con la lógica matemática. Se siguen concediendo 2sentencias de amparo para efectos” tanto para “actos” positivos, negativos y de omisión, entendiéndose la consumación de estos como aquellas sentencias de amparo que no son eficaces para evitar que se siga cometiendo la conducta violatoria de Derechos Humanos por parte de la autoridad señalada como responsable. Por otro lado, se entiende la “sentencia de amparo liso y llano” como aquella sentencia cuya realización evita seguir vulnerando los derechos fundamentales del quejoso.

En el caso Fernández Ortega vs. México logramos observar que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se enfoca en el hecho de

mencionar de forma tajante que el juicio de amparo no es efectivo debido a este tipo de sentencias.

Alcances actuales del cumplimiento del juicio de amparo conforme las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tomando como referencia las siguientes definiciones:

D1.1 'Facultativo' es aquello de lo que están permitidas tanto la comisión como la omisión (Ferrajoli, 2013)¹⁸³.

D1.2 'Prohibido' es aquello de lo que está permitida la omisión y no está permitida la comisión (*Ibíd.*)¹⁸⁴.

D1.3 'Obligatorio' es aquello de lo que está permitida la comisión y no está permitida la omisión (*Ibíd.*)¹⁸⁵.

D1.4 'Vinculado' es aquello de lo que no está permitida la comisión o no está permitida la omisión (*Ibíd.*)¹⁸⁶.

D2.11 'Satisfacción' es la actuación de una expectativa positiva (*Ibíd.*)¹⁸⁷.

D2.12 'Violación' es la actuación de una expectativa negativa (*Ibíd.*)¹⁸⁸.

T5.40 La eficacia es el nexos instituido por una regla entre un acto no constituyente y su efecto jurídico (*Ibíd.*).

Abordaremos la cuestión de por qué las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún se ven lejos de cumplirse en el juicio de garantías, haciendo énfasis en que las sentencias emitidas por dicho tribunal internacional pretenden evitar el hecho de continuar con una tendencia al alza de violaciones a derechos fundamentales en nuestro país.

¹⁸³ $(x)(FCO_x \equiv (PER_x \cdot PER_{\perp x}))$

¹⁸⁴ $(x)(VIE_x \equiv (PER_{\perp x} \cdot \neg PER_x))$

¹⁸⁵ $(x)(OBB_x \equiv (PER_x \cdot \neg PER_{\perp x}))$

¹⁸⁶ $(x)(VIN_x \equiv (\neg PER_x \vee \neg PER_{\perp x}))$

¹⁸⁷ $(x)(y)(SOD_{xy} \equiv (ATZ_{xy} \cdot ASP_{yx}))$

¹⁸⁸ $(x)(y)(VIO_{xy} \equiv (ATZ_{xy} \cdot ASP_{y\perp x}))$

El alcance y aplicación de las sentencias dentro de los órganos jurisdiccionales nacionales, conforme lo dispone la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentan aún un problema de difícil alcance en cuanto a la aplicación real de estos derechos. Por ello es que se iniciará el análisis conforme lo dispone La Corte.

El tribunal internacional establece de manera precisa el hecho de la ineficacia de las sentencias de amparo, situación nada nueva en el estudio crítico del derecho. El motivo por el que se consideran las sentencias de amparo como ineficaces, no sólo radica en el hecho de que las sentencias de amparo durante muchos años se han desarrollado desde una óptica de mera simulación dentro de la administración de justicia de nuestro país.

Como se ha mencionado, las “sentencias de amparo para efectos” y “los efectos de la sentencia de amparo” son oraciones “homógrafas”¹⁸⁹, de tal forma que la primera se entiende desde la jurisprudencia y la segunda conforme la ley de amparo.

Las sentencias de amparo para efectos tienen la característica de evitar la precisión de cómo debe resolver la autoridad señalada como responsable respecto de los actos positivos, negativos o de omisión, justificando La Corte dicha determinación para evitar que el juicio de amparo permita la “generación de conductas que se encuentren al margen de la ley”, conociendo esto como libre arbitrio judicial y plenitud de jurisdicción tal y como lo señalan la tesis aislada I.6°.C.3. K (10a) y la jurisprudencia I.3°.C. J/6 (10a).

Por otro lado, la idea que se desarrolla sobre las sentencias de amparo conforme lo dispone dicho tribunal internacional es mediante la eficacia, entendiendo la eficacia como aquellos actos jurisdiccionales que predisponen sus efectos para entender la distinción entre una “sentencia de amparo para efectos”, y cuándo existen “los efectos de la sentencia de amparo”, misma que implica generar eficacia en las sentencias de amparo. Observando así una serie de definiciones que puedan distinguir cuándo se da una y cuándo se da la otra. Las sentencias de amparo para efectos generan un estatus al órgano jurisdiccional o autoridad señalada como responsable facultativo (CIDH, 2013)¹⁹⁰. Por otro lado, los efectos de las sentencias de amparo para efectos implican obligaciones y prohibiciones para el órgano jurisdiccional que

¹⁸⁹ Que utilizan la grafía de una palabra homógrafa, entendiendo palabra homógrafa como aquella que se escribe igual, pero tiene diversos significados.

¹⁹⁰ Aquello de lo que se tiene permitida la comisión y la omisión

conocen del juicio de amparo y también para las autoridades señaladas como responsables dentro de las expectativas positivas, negativas y la defensa de las libertades a y las libertades.

La aplicación del hexágono deóntico implica el hecho de generar las pautas para lograr evidenciar cuando se aplican los poderes salvajes, mismos que se darán cuando las facultades con las que se ejercen se basan sin generar obligaciones y prohibiciones. De ahí que las facultades absolutas sean incompatibles con los vínculos legales para generar su correspondiente cumplimiento.

En lo relativo a las relaciones entre permisos de realización y omisión, no permisos de realización y de omisión (CIDH, 2013)¹⁹¹, también las que se dan entre las expectativas y no expectativas (positivas y negativas) (*Ibíd*),¹⁹² si utilizamos un cuadrado de seis posiciones: dos de *contradictoriedad* entre expectativas y no expectativas (positivas o negativas); una de *incompatibilidad* entre expectativa positiva y expectativa negativa; una *disyunción* entre no expectativa negativa y no expectativa positiva; dos de implicación entre expectativa positiva y no expectativa negativa y entre expectativa negativa y no expectativa positiva (*Ibíd*)¹⁹³ podremos abordar el problema entre la relación causal del arbitrio judicial y el derecho a que se regresen al gobernado todos sus derechos fundamentales violentados, brindándole de esta manera un recurso eficiente y, por lo tanto, respetando sus derechos humanos.

Lo anterior quiere decir que, si las expectativas negativas no son satisfechas en su totalidad por las autoridades encargadas de hacer valer esos derechos, innegablemente existirá confusión entre los gobernados sobre los alcances de sus las libertades positivas. El discurso retorico con el que pretenden las autoridades evitar el cumplimiento de la satisfacción de las expectativas y libertades, tanto positivas como negativas, se reduce al la existencia de gobernados que no atienden límites en sus libertades y por lo tanto se deberá buscar la manera de limitar lo más posible dichas expectativas y libertades de manera general, situación que para la Corte Interamericana de Derechos

¹⁹¹ Posible (realización), contingente (omisión), necesario (no omisión), no realización (imposible)

¹⁹² T2.122 Las expectativas positivas son efectivas si son satisfechas por la obediencia a las obligaciones correspondientes.

¹⁹³ T2.123 Las expectativas negativas son inefectivas si son violadas por la desobediencia a las prohibiciones correspondientes.

Humanos hace ineficaces las sentencias del juicio de amparo cuando éste se aplica de esta manera.

Si la expectativa positiva del juicio de amparo genera un resarcimiento a la violación a las garantías primarias o secundarias (*Ibíd*) entonces se cumple con “los efectos de las sentencias de amparo”. *Contrario sensu*, cuando la expectativa genera una contradicción entre la expectativa positiva y negativa que radica en que será regresado el gobernado al goce de sus derechos, brindándole con ello la facultad a la autoridad a través del libre arbitrio judicial de decidir sobre qué expectativas cumplir, entonces estamos ante una “sentencia de amparo para efectos”.

De esto podemos deducir que, para la existencia de libertades protegidas por los Derechos Humanos en nuestro país conforme al garantismo, se tengan los efectos que permeen a la sociedad sin que exista contradicción alguna entre lo permitido dentro del amparo y la interpretación sistemáticamente violatoria que dicho juicio no contempla. De esta manera los Derechos Humanos, hechos valer mediante el juicio de amparo, no pueden ser y no ser al mismo tiempo, pues si la protección del juicio de amparo es y no es al mismo tiempo presenta una contradicción entre la jurisprudencia y la ley.

La implicación de la contradicción frente a un proceso jurisdiccional criminaliza de forma primaria al sujeto a través de las sentencias de amparo para efectos, pues elige el mismo órgano jurisdiccional con base en su capricho, quedando en entredicho en qué momento se conceden a través de los efectos del juicio de amparo, una sentencia lisa y llana conforme lo dispone la eficacia que pretende la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Entonces, la protección judicial en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos se entiende en la efectividad de los derechos; es decir, el cumplimiento emanado de la normatividad vigente en el Estado, la garantía generada su eficacia si y sólo si el acto jurisdiccional tiene como efecto definir de manera precisa las obligaciones y prohibiciones para que la autoridad señalada como responsable no vuelva a violentar los derechos fundamentales del quejoso.

En la teoría finalista de los derechos humanos que se obtiene del caso *Inés Fernández Ortega y Familiares vs. el Estado Mexicano* se advierte que la eficacia implica en el juicio de garantías evitar que se sigan cometiendo actos violatorios a derechos fundamentales. En consecuencia, para que exista certeza y eficacia dentro de una sociedad respecto a la norma, debe existir

congruencia cuya fuente dada entre las expectativas y los estatus que expresan la predisposición para la hipótesis de llegar a darse sus temas, que en el caso en concreto del artículo que se analiza es que se cuente en el Estado mexicano con un mecanismo sencillo, efectivo y rápido.

Luego entonces, el objetivo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos radica en que el juicio de amparo conforme lo dispone el artículo 77 de la Ley de Amparo se regrese al quejoso tratándose de actos positivos en el goce de sus derechos violentados y cuando sean actos negativos u omisiones se obligue a la autoridad de hacer valer dicho derecho.

De tal manera, si las sentencias de amparo para efectos implican la posibilidad de brindar facultades mediante el libre arbitrio judicial, hacen conforme lo dispone la Corte un medio de defensa ineficaz. El juicio de amparo tiene la obligación de salvaguardar todos y cada uno de los derechos establecidos de la exigencia despótica de cualquier ordenamiento legal que podría vulnerarse en cualquier momento.

Otro punto importante a tener en cuenta, son los alcances que tiene el juicio de garantías respecto a la inconstitucionalidad de normas autoaplicativas y heteroaplicativas, que tiene precedentes del caso Carlos Castañeda Gutman vs. México.

La idea más moderna sobre el derecho implica el entendimiento de que la norma no es únicamente prescriptiva, sino también que conlleva predisposiciones (Ferrajoli, 2011)¹⁹⁴. Es decir, debemos entender la normatividad desde sus alcances, no sólo como sanción, sino también como acto que predispone su realización, entendiendo así mismo que la existencia del acto jurídico no necesariamente se tiene que llevar dentro de los tribunales y por lo tanto el derecho no prescribe únicamente sanciones, sino que más bien también predispone situaciones que dependiendo de su construcción lingüística se generan de una u otra manera.

Tal y como se ha venido desarrollando entre lo que entendemos por facultativo, obligatorio, prohibido y vinculado, el desarrollo del entendimiento de dichos conceptos pone entonces de manifiesto el hecho del ordenamiento legal de hacer, no hacer, dejar de hacer o no dejar de hacer, por lo que pone de manifiesto la existencia de un acto de autoridad que pudiera lesionar los derechos fundamentales del quejoso y, por lo tanto, dar pie al

¹⁹⁴ La predisposición normativa del efecto del acto jurídico pertenece enteramente al mundo del derecho, en el sentido de que resulta del acto de su realización.

juicio de garantías, motivo por lo cual dicho criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este caso no se ve satisfecho legalmente, pero no así en la forma de entender y aplicarlo por los órganos jurisdiccionales nacionales como lo establece la tesis de la primera sala 1a. CCLXXXII/2014 (10a.).

Luego entonces, se entiende que la simple puesta en disposición de la ley pone en manifiesto el hecho de la generación de obligaciones y prohibiciones, que en su caso tienen como consecuencia un acto que predispone una conducta y, por lo tanto, se puede crear una afectación personal y directa al quejoso, tal y como se desarrolla dicho criterio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008), en donde la predisposición de la existencia de una norma que marca la realización de acto que obliga y prohíbe (CIDH, 2011), por su misma composición de sintaxis tiene como consecuencia su correspondiente cumplimiento por parte del gobernado. Esto desarrolla la posibilidad de resolución de la supuesta paradoja.

Lamentablemente, este no es el criterio que impera dentro del ámbito jurisdiccional nacional, pues se considera que la aplicación de una norma autoaplicativa conlleva de manera forzosa la aplicación de un acto de autoridad, lo que implica asimismo la existencia de una norma heteroaplicativa como lo dispone la tesis 1a. CCLXXXII/2014 (10a.).

Las sentencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se manifiesta que el juicio de amparo es actualmente se encuentra legislado en contra de las desapariciones forzadas, actualmente puede considerarse cumplida conforme la vigencia que establece las reformas realizadas en la legislación nacional, ya que los numerales 16, 15, último párrafo, 17, fracción IV, 20, 48,61, fracción XVIII, a), 124, 126, 159, 202, 239, 248, 261, 265 y 266, fracción I de la ley de amparo, establecen la posibilidad de ejercer el juicio de amparo en contra de desapariciones forzadas cometidas por parte de los entes de gobierno. Cabe señalar que será motivo de otro artículo revisar la eficacia y la eficiencia del juicio de garantías para localizar a personas que hayan sido desaparecidas de manera forzada.

No se han encontrado sentencias firmes que logren establecer que a través del juicio de amparo se logró eficientemente sentenciar de manera firme a los militares que cometieron algún delito en contra de un civil por tribunales ordinario. Sin embargo, sí se logró observar una baja tasa de sentencias en

contra de elementos castrenses por conductas violatorias a Derechos Humanos por civiles (Rodarte, 2020).

Como reflexión final, lamentablemente los criterios jurisdiccionales para dar cumplimiento a las sentencias y cómo tienen que realizarse aún deben mucho a la impartición de justicia del país.

Los tribunales constitucionales nacionales se ven rebasados por el problema actual de justicia, corrupción, violencia y equidad, de ahí la constante de sentencias emitidas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aún así, el Poder Legislativo ha realizado reformas importantes a la ley de amparo que permiten ampliar las facultades de acción de los órganos jurisdiccionales federales que conocen del juicio de garantías.

En definitiva, se requiere un estudio pormenorizado de cada una de las implicaciones jurisdiccionales desde el punto de vista lingüístico, sociológico y político para efecto de entender con mayor precisión hacia dónde vamos. Aún así, el presente trabajo nos permite atender un panorama general de las implicaciones de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el juicio de garantías, con lo que pretende ser la base para futuros trabajos de investigación.

El fin de la norma, vista desde el punto de vista de observancia para evitar la correspondiente violación sistemática de Derechos Humanos se está viendo imposibilitada desde la coercitividad, pero no será cualquier norma la que interiorice el ciudadano: será una norma que genere en el individuo una efectividad social como tal; es decir, la libertad negativa puede ser atendida como una modalidad no deóntica, que se define a través de la correlación de la existencia de una modalidad que, siendo concretos, quiere decir la forma de garantizar a través de como la prohibición obstaculice el ejercicio de la generación entre moral e inmunidades.

Una vez observado lo anterior, no cabe la menor duda de que el futuro para la aplicación real del derecho en un Estado democrático es el estudio del mismo desde una forma multidisciplinaria y transdisciplinaria, en la eficiencia y la eficacia.

Conclusiones

Se demostró que la tesis de que los Derechos Humanos sede internacional resolverá el conflicto existente en la impartición de justicia del Estado

mexicano no es del todo cierta, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado la ineficiencia del juicio de amparo sin que además pueda observarse los alcances de lo que debe de entenderse por ineficiencia. Logra resolverse de manera satisfactoria con la serie de axiomas propuestas por la teoría del garantismo.

El problema que implica la eficiencia como forma de atender a lo establecido en la norma que predispone, se puede entender como una característica afectada directamente en el mundo de la vida, pero la inconsistencia existente en el mundo de la vida, puede explicarse conforme la teoría de sistemas. Es este caso aplicando la tercera ley de Boltzmann (Hernández, 2019), que establece que cualquier elemento extrínseco que invade un sistema traería consigo entropía. Esta entropía no indica transformación o evolución desde adentro, sino destrucción desde afuera, para llegar a un punto crítico y una vez llegando a ese punto crítico modelar conforme lo establece el sistema extrínseco las “masas sociales”, entonces podríamos deducir que los elementos de entropía se crean conforme lo manifiestan elementos extrínsecos que buscan controlar un sistema.

Lo que orilla posiblemente a la falta de comprensión del parámetro de expectativa para el cumplimiento en su eficacia y en su eficiencia, de tal suerte que el desarrollo de los controles jurisdiccionales internacionales debería desarrollar mecanismos sociales para permear de manera significativa en los órganos jurisdiccionales nacionales.

Cabe señalar que la ley de amparo en su artículo 77 no hace una definición precisa de qué entender por actos positivos, negativos y de omisión, por lo que es fácil desmarcarse de la responsabilidad de hacer valer los Derechos Humanos.

Se ha cumplido con lo dispuesto en materia de legislación con la posibilidad de acudir conforme al juicio de amparo, a la inconstitucionalidad de normas. Sin embargo, se encuentra en el poder judicial de la federación una paradoja en cuanto a criterios de los alcances de aplicación.

Se cumplió con los objetivos en lo que respecta a la vigencia y validez legislativa para poder tener un medio de defensa idóneo en contra de las desapariciones forzadas. Sin embargo, la eficacia y eficiencia que pudiera tener esto en la *praxis* dista mucho de concretarse de manera satisfactoria.

Referencias.

Corte IDH. 2004, Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México. Excepciones Preliminares, Serie C No. 113.

Corte IDH. 2009, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 205.

Corte IDH. 2009a, Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 209.

Corte IDH. 2010, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 215.

Corte IDH. 2010a, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 216.

Corte IDH. 2010b, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 220.

Corte IDH. 2010c, Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas

Corte IDH. 2013, Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 273.

Corte IDH. 2018, Caso Trueba Arciniega y otros Vs. México, Serie C No. 369.

Corte IDH. 2018a, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, Serie C No. 371.

Corte IDH. 2018b, Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México.

Corte IDH. 2017, Desaparición forzada de personas

MONTOYA, Raúl, 2020. El principio de supremacía constitucional frente a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. SCJN. 2014, 1a. CCLXXXII/2014 (10a.), leyes autoaplicativas. normas que actualizan esta clasificatoria sobre la base del interés legítimo.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. SCJN.2014, I.6°.C.3. K (10a), principio de congruencia. Efectos del amparo concedido contra su violación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. SCJN. 2015, 1a. CLXXIV/2015 (10a.), Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. SCJN. 2011, Resolución de contradicción de criterios 293/2011.

2014, I.3°.C. J/6 (10a), Sentencias de amparo. Sus efectos (interpretación del artículo 77 de la ley de amparo vigente a partir del tres de abril del dos mil trece).

- HERNDANDEZ, John. 2019, Una aproximación epistemológica al concepto de entropía: un análisis a la transición de Clausius a Boltzmann. México: Universidad Pedagógica Nacional.
- FERRAJOLI, L., 2011, Principia Iuris Teoría del Derecho y la Democracia, Tomo 1. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L., 2013, Principia Iuris Teoría del Derecho y la Democracia, Tomo 3. Madrid: Trotta.
- Rodarte, H., 2020, Entre jueces y militares, el fenómeno de la justicia. México: CIDE.

Análisis de la vulneración del derecho a la protección de la salud de personas adultas mayores en México.

Analysis of the violation of the right to health protection of older adults in Mexico

Alma Jéssica Velázquez Gallardo¹⁹⁵

Magdiel Gómez Muñiz¹⁹⁶

María de Lourdes Manzanero Trejo¹⁹⁷

Resumen

El Derecho de protección a la salud encuentra su fundamento constitucional en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al ser un derecho humano que según el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2000) por su propia naturaleza es indispensable y primigenio al ejercicio de otros derechos. Su relevancia deriva de la vulnerabilidad en que se encuentran las personas adultas mayores y sus condicionantes de salud, para su protección el Estado pone a su servicio

¹⁹⁵ Doctora en Investigación En Medicina por la Universidad de Oviedo, España,. Profesora Investigadora del Departamento de Justicia y Derecho del Centro Universitario de la Ciénega de la Universidad de Guadalajara, Presidenta de la Academia de Derecho Público-CUCIénega, Profesora con Perfil Deseable PRODEP y miembro representante del Cuerpo Académico UDG-CA-562: Educación, Políticas Públicas y Desarrollo Regional, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI)-CONACYT.

¹⁹⁶ Doctor en Educación. Profesor Investigador Tiempo Completo de la Universidad de Guadalajara, adscrito al Departamento de Política y Sociedad en el Centro Universitario de la Ciénega (CUCIÉNEGA). Coordinador del Doctorado en Ciencia Política. Integrante del Cuerpo Académico Consolidado: UDG-CA-562: Educación, Políticas Públicas y Desarrollo Regional. Presidente de la Academia de Ciencia Política – CUCIÉNEGA. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI)-CONACYT. Perfil PRODEP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0709-3460> Correo electrónico: magdiel.gomez@redudg.udg.mx

¹⁹⁷ Maestra en Ciencia Política, Profesora del Departamento de Justicia y Derecho del Centro Universitario de la Ciénega de la Universidad de Guadalajara, Profesora con perfil deseable PRODEP.

medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales para acceder al mismo y en su caso al resarcimiento del daño una vez demostrada su conculcación, es por ello que nos propusimos como objetivo analizar la normatividad en materia de salud aplicable a las personas adultas mayores en México así como las recomendaciones que hace la Comisión Nacional de Derechos Humanos durante el año 2021 en casos específicos en donde se encontró conculcación a la protección de la salud y que derivó en algunos de ellos lamentablemente en la pérdida de la vida cuando se recibía atención médica en el Sistema Nacional de Salud de México.

Abstract

The right to health protection finds its constitutional foundation in the fourth article of the Political Constitution of the United Mexican States, as it is a human right that, according to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000), by its very nature, is indispensable and primary to the exercise of other rights. Its relevance derives from the vulnerability of older adults and their health conditions, for their protection the State puts at their service jurisdictional and non-jurisdictional means to access it and, where appropriate, to compensate for the damage once its protection has been demonstrated. violation, which is why we set ourselves the objective of analyzing the health regulations applicable to older adults in Mexico as well as the recommendations made by the National Human Rights Commission during the year 2021 in specific cases where a violation of health protection was found and which unfortunately led in some of them to the loss of life when receiving medical attention in the National Health System of Mexico

Palabras Clave

Derechos humanos, Salud, Adultos Mayores

Key Words

Human Rights, Health, Older Adults

Introducción

La población en el país al igual que en el resto del mundo vive un proceso de envejecimiento, según la Organización Mundial de la Salud (OMS) las personas viven más tiempo que antes, es decir, la esperanza de vida se ha

incrementado considerablemente, señala que en el año una de cada seis personas en el mundo tendrá 60 años o más, habrá subido de 1000 millones de personas en 2020 a 1400 millones, mientras que se espera que para el año 2050, la población mundial de personas en esa franja de edad se habrá duplicado (2100 millones) (OMS, 2021).

Esto es, los gobiernos de los distintos países en el mundo deberán contemplar esta circunstancia desde diferentes ópticas, establecer políticas públicas destinadas al colectivo de las personas adultas mayores (en adelante PAM), desde la atención prioritaria en salud hasta el cambio de cultura o de paradigma con que se mira a este grupo poblacional, ya que con frecuencia se les etiqueta como dependientes y una carga social, dicho pensamiento alienta la discriminación, por lo cual se debe cambiar la discriminación por inclusión en todos los aspectos que abarca la vida de un adulto mayor, en particular envejecer con salud y dignidad.

En particular en materia de protección en salud, se entiende que las PAM, tienen mayores índices de sufrir enfermedades crónico-degenerativas, y por tanto requiere una atención integral de la salud. Por ello acuden a los servicios de atención en salud pública, tanto a nivel municipal, estatal y federal.

Conforme lo anterior nos hemos propuesto como objetivo presentar el derecho humano a la protección a la salud (que nombraremos de forma indistinta como derecho a la salud) de las PAM a nivel nacional e internacional, así como los indicadores de vulneración al derecho a la salud en el año 2021, a través del análisis de las recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (en adelante CNDH) emitidas por trastocar el derecho a la protección a la salud, a la dignidad humana, a la vida y a la información en salud de ésta personas en el país.

Normatividad en materia del derecho a la salud

Hablar de normatividad relacionada con el derecho a la salud, nos podría llevar a un análisis exhaustivo de la misma, y en todas encontraríamos coincidencias. A continuación exponemos la normatividad a nivel internacional y nacional aplicable a las PAM.

Nivel Internacional

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ocupado ampliamente de su tutela, por citar a algunos: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Interamericana de Derechos Humanos; Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Sobre los Derechos del Niño, Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de forma importante para lo que interesa a este trabajo la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

De la misma forma resaltamos la importancia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible que en su artículo 3 se establece el de Salud y Bienestar, que consiste en: “Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades” (Organización de la Naciones Unidas, 2022), así es prioritario que las personas gocen del mayor nivel de salud y bienestar posible en cualquier etapa de su vida, las personas adultas mayores no son la excepción y si por el contrario se debe atender sus necesidades en salud, que no son mínimas; según diversos estudios citados por Flores, señalan que hay una mayor presencia de enfermedades crónico-degenerativas sobre todo en edades más avanzadas y en personas que se caracterizan por situaciones de pobreza y desigualdad social (Flores, 2020, p. 19).

Circunstancias de salud y económicas, así como culturales que son una tarea compleja para el Estado mexicano, para designar presupuesto, para establecer políticas públicas, estrategias y acciones atinentes para este grupo etario que cada día aumenta como ya lo hemos dejado claro líneas anteriores.

Por ello, nos detendremos a hacer un análisis más a profundidad de lo establecido en la observación 14 del Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominada: “**El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud**” de fecha 11 de agosto de 2000, que señala en su punto número 12:

“El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

- a) **Disponibilidad.** Cada Estado Parte deberá contar con un *número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud*, así como de programas. La naturaleza

precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ONU, 2000, p. 3)

Respecto a este punto que establece la observación en cita, podemos señalar que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), en la actualidad es la modalidad de la seguridad social que atiende al mayor número de población en el régimen ordinario atiende a 71.6 millones de derechohabientes al cierre del año 2021 y en el programa IMSS-Bienestar a 11.6 millones de beneficiarios (Instituto Mexicano del Seguro Social, 2022). Mientras que existe el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (por sus siglas ISSSTE), así como el de las Fuerzas Armadas y Pemex, que constituyen sistemas de seguridad social. En tanto existe el Instituto de Salud Para el Bienestar que en la presente administración pública federal se abrió paso, dejando atrás al denominado Seguro Popular, el primero de los mencionados y por sus siglas INSABI:

“es un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal con personalidad jurídica y patrimonio propio, sectorizado en la Secretaría de Salud, tiene por objeto proveer y garantizar la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados a las personas sin seguridad social, así como impulsar en coordinación con la Secretaría de Salud en su calidad de órgano rector, acciones orientadas a lograr una adecuada integración y articulación de las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud” (Gobierno de México, s.f.)

Podríamos decir que con la presencia de estas instancias de salud, existe cobertura de los servicios de salud para la población mexicana y por ende se cubre el elemento disponibilidad, no obstante y según datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), entre los años 2018 a 2020 se incrementó la carencia de acceso a los servicios de salud de la población, al pasar de 16.2% a 28.2%, lo que representó un aumento de 15.6 millones de personas que reportaron no estar afiliadas, inscritas o tener derecho a recibir servicios de salud en alguna institución pública o privada. Con lo cual en el año 2020 se reportó 35.7 millones de personas con carencia a servicios de salud (CONEVAL, 2021, p. 6). A razón de ello podemos señalar que la disponibilidad no es del todo efectiva en el país y ha ido en retroceso, por lo que la cobertura universal en salud en México está lejos de ser una realidad.

En tanto el segundo elemento esencial que se prevé en la observación 14 antes citada es la **b) Accesibilidad**, la que señala que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: No discriminación, Accesibilidad física, accesibilidad económica(asequibilidad) y Acceso a la información. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ONU, 2000)

Circunstancias que han quedado a deber en nuestro país pues según datos del propio CONEVAL (2021, p.9) la población que tienen mayor carencia de acceso a los servicios de salud son las zonas rurales, por lo que la accesibilidad no necesariamente se encuentra en dichas zonas del país.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ONU, 2000)

En lo que refiere a la aceptabilidad, aparentemente se cumple en el país, aun cuando hay resoluciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en las que se ha determinado responsabilidad por violación a derechos humanos de las personas en razón de género o de edad o por cuestiones étnicas¹⁹⁸.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ONU, 2000).

En tanto el tema de la calidad, deberíamos explorarlo por las certificaciones y auditorias que se realizan a las instancias de salud en el país, sin embargo no es el objetivo puntual de este trabajo, ante lo cual sólo señalaremos que la calidad debe reflejarse en el tipo de atención que reciben las personas adultas mayores, entre otras el de contar con especialistas de las áreas prioritarias de éste colectivo como lo son geriatras y gerontólogos, a más de aquéllos en que las afecciones están relacionadas con enfermedades

¹⁹⁸ Ver página de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: <https://www.cndh.org.mx/tipo/1/recomendacion>

propias de la edad, cardiólogos, nefrólogos, internistas, etc. Especialidades que no se ofertan en muchas zonas del país y en particular las rurales y/o fuera de las grandes urbes o metrópolis, tan es así que el gobierno federal ha lanzado una convocatoria para especialistas que podrían trabajar en algunas entidades de la república mexicana para cubrir ese vacío (Presidencia de la República, 2022).

En tanto el Punto 30 de la Observación que analizamos establece que los Estados Parte tienen obligaciones de efecto inmediato por lo que respecta al derecho a la salud y asumiendo su contenido: a) Que sea ejercido sin discriminación alguna y b) Adoptar Medidas en aras de su plena realización.

Mientras que el punto 33 señala las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, respecto a ésta última:

“Que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ONU, 2000)

Esto es, la observación multicitada (*supra*), establece las obligaciones de los Estados Parte, como lo es el caso de México, por lo cuál se encuentra obligado a atender los rubros mencionados y el resto de las obligaciones derivadas de dicho documento.

Instrumentos internacionales que aplican a nivel global, mientras que en el nivel regional tenemos la existencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su artículo XI, establece el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, por lo cual también se obliga a México a realizar lo correspondiente a la protección de la salud y velar por el bienestar de las personas como derechos innatos y reconocidos.

Por otro lado, existe la **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**. Este documento existe a partir del 15 de junio del año 2015, la consideramos atingente y oportuna en nuestro continente, su objeto lo declara de la siguiente forma:

El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad (Organización de los Estados Americanos, 2015).

Lo importante de esta Convención es justo esta declaración en dónde la igualdad es el parámetro para el respeto de los derechos humanos de las personas adultas mayores y que se propone la inclusión, su integración y participación en la sociedad, proponiéndose también evitar la exclusión, la discriminación de dicho colectivo de personas.

Así, el artículo sexto de dicha Convención establece el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, así dispone que

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población (Organización de los Estados Americanos, 2015).

En concordancia con dicha disposición y el resto del articulado de la Convención citada, en particular lo relativo a la autonomía en sus decisiones en salud y a la protección de la misma (artículos 11 y 12), se determina la necesidad del reconocimiento de la dignidad y protección de las PAM; además de haber sido previa a la expedición de alguna convención de carácter global, por lo que la Organización de los Estados Americanos es pionera en el tema, no obstante, son pocos los estados-país que la han ratificado, México aún no lo ha hecho¹⁹⁹, no obstante es un instrumento por ahora consultivo y en espera de que próximamente pueda ser ratificada por nuestro país.

Asimismo, se debe considerar que en diciembre de año 2020 se declaró por la Asamblea General de las Naciones Unidas que del 2021- al 2030 es la Década del Envejecimiento Saludable, estrategia para lograr acciones y las sociedades sean incluyentes de las personas en todas las edades, la iniciativa consiste en que en el periodo señalado, haya colaboración concertada y sostenida en el que el centro del plan son las PAM, que reúna los esfuerzos de todas las áreas, ya sea gubernamental, sociedad civil, organismos internacionales, profesionistas, académicos, medios de comunicación y sector privado para mejorar la vida de éstas, sus familias y sus comunidades (Organización Panamericana de la Salud, 2020).

Foto 1

¹⁹⁹ Lo anterior se afirma después de haber consultado las firmas y ratificaciones al mes de mayo de 2022: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

Las 4 áreas de acción de la Década del Envejecimiento Saludable



Fuente: Organización Panamericana de la Salud, 2022.

Estas áreas de acción son muy importantes e integrales para la atención y mejora de la calidad de vida de las PAM y de sus relaciones con la sociedad cambiante y que se encuentran en fase de envejecimiento, por lo cual las sociedades deben trabajar en la inclusión de éstas en todas las esferas de la vida cotidiana para el respeto, garantía y cumplimiento de sus derechos humanos.

Nivel Nacional

De forma trascendente el artículo primero de los Estados Unidos Mexicanos señala que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte” (Cámara de Diputados, 2022), en este enunciado se establece la titularidad de las personas respecto de los derechos humanos y establece que no solo las que la normatividad interna señala, sino que va más allá reconociendo todos aquéllos que se encuentren en los instrumentos internacionales en los que el país sea parte, , así, todos los mencionados con anterioridad (*supra*) son aplicables en México, extendiendo su tutela, asimismo el artículo primero constitucional reconoce la obligación de garantizar la protección de los derechos, en el caso particular el derecho a la salud.

Siguiendo con el artículo primero, se establece que en la interpretación de los derechos humanos debe ser favoreciendo en todo a las personas la protección más amplia.

En tanto se establece que las autoridades en el ámbito de su competencia deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Al tiempo que establece la prohibición de la discriminación motivada por:

... origen étnico o nacional, el género, **la edad**, las discapacidades, la condición social, **las condiciones de salud**, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (Cámara de Diputados, 2022).

En este tema se debe considerar que en México según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) al año 2020 en México residían 5.1 millones de personas de 60 años o más, que representan el 12% de la población total, en el país por cada 100 niños o niñas con menos de 15 años hay 48 adultos mayores (INEGI, 2021, pág. 1).

Mientras que, según la Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS) del 2017 del citado Instituto, de la que se desprende que el 24.8% de las personas adultas mayores declararon al menos un incidente de negación de derechos (INEGI, 2017)

La importancia de evidenciar que existe discriminación contra las personas adultas mayores es total, ya que ésta puede presentarse de distintas formas, por ejemplificar: “se les niegan servicios de salud, se les dificulta el acceso al empleo y, en caso de obtenerlo, se les da una remuneración desigual y se les impide ascender” (Robles Garza & Flores Torres, 2014, pág. 5). Situación que es compartida en la ENADIS en la cual éstas señalan que reciben una pensión insuficiente para cubrir necesidades básicas y la falta de oportunidades para encontrar trabajo.

Además del maltrato que pueden llegar a vivir dentro de su núcleo más inmediato (la familia), ante la falta de la cultura del respeto a los adultos mayores hoy en día, situación que no se vivía en el pasado, en la que se veneraba a los ancianos y se les tomaba en consideración para decisiones familiares o comunitarias, ya que su experiencia en la vida era reconocida, paradigma que ha cambiado y hoy en día la percepción es que constituyen un estorbo, además de que las propias personas adultas mayores se consideran ser una carga sobre todo de índole económica para sus familiares, ya que el 37% por ciento señaló en la ENADIS que depende económicamente de sus hijos o hijas (INEGI, 2017).

Al decir de Guerrero y Guerrero “La falta de oportunidades laborales desvirtúa también la salud, el adulto mayor que aún requiere trabajo lo hace de manera informal, por tal razón no dispone de seguridad social que le garantice atención en salud” (Guerrero y Guerrero, 2018, p. 59)

En tanto, se prevé en la Constitución el derecho a la protección de la salud, previsto en el artículo cuarto, que señala:

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. (Cámara de Diputados, 2022)

Este derecho a la protección a la salud reconocido y garantizado en México es un derecho humano considerado alienable, es decir no puede ser renunciado por quien detenta la titularidad del mismo, “Se trata de categorías básicas esenciales que derivan de la propia dignidad humana y que deben preservarse” (Robles y Flores, 2014, p. 113).

Así y con la historia de los derechos fundamentales nacieron los derechos sociales que según Robles y Flores (2014) constituyen la respuesta para remediar condiciones o circunstancias de desigualdad social, partiendo de la idea de vincular los derechos con éstas, por ejemplo, las PAM.

No obstante, estos reconocimientos y la instauración en la norma de los derechos sociales, que en México en la Constitución de 1917 fueron un parteaguas de los mismos, vemos aún muchas desigualdades, ya que, de acuerdo con el INEGI, el 20% de las personas adultas mayores no cuentan con afiliación a una institución de servicio de salud. (INEGI, 2021).

Lo que obliga al Estado mexicano a desarrollar algún sistema que realmente cubra las necesidades de este sector poblacional, ya que de lo contrario y por el ascenso en el número de las PAM, podrá impactar de forma negativa no sólo en las finanzas públicas, sino en lo más importante que es el número de personas en pobreza y carencia en el acceso a los servicios de salud, que derivará en detrimento de la misma de las PAM y quizá de forma lamentable en su fallecimiento.

Ley General de Salud

En esta Ley General, es decir, de aplicación en todo el territorio de la república mexicana dispone en su artículo 35 que los servicios públicos a la población, son los que se presten en establecimientos públicos de salud a las personas que se encuentren en el país que así lo requieran, regidos por criterios de **universalidad, igualdad e inclusión** y de **gratuidad** al momento de requerir los servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados.

A la par que establece en su diverso artículo 51 el derecho que tenemos quienes estamos en territorio mexicano 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.** (Cámara de Diputados, 1984)

Los criterios de igualdad e inclusión son un punto total en nuestro análisis ya que no debe haber discriminación en los servicios de salud pública y si por el contrario como lo establece la diversa Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores que data del 25 de junio de 2002.

Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores

En su artículo quinto establece el objeto de la ley de garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos, en la fracción III. Señala de la protección de la salud, la alimentación y la familia y en su inciso b establece:

A tener **acceso preferente a los servicios de salud**, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 4o. Constitucional y en los términos que señala el artículo 18 de esta Ley, con el objeto de que gocen cabalmente del **derecho a su sexualidad, bienestar físico, mental y psicoemocional.** (Cámara de Diputados, 2002)

Asimismo, el artículo 18 de la propia ley en cita establece que

Corresponde a las Instituciones Públicas del Sector Salud, garantizar a las personas adultas mayores:

I. El derecho a la prestación de **servicios públicos de salud integrales y de calidad**, en todas las actividades de atención médica, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley General de Salud

Que se refieren a las preventivas, curativas, paliativas, etc., es decir, hay un reconocimiento a las circunstancias de las personas adultas mayores,

en relación a la protección de la salud, con el carácter prioritario que se debe dar en la atención a este grupo de personas que como se ha dejado expuesto crece día con día y en un futuro no muy lejano el envejecimiento que esta ocurriendo en el mundo, también ocurrirá en el país, por lo que mantener a una población adulta mayor sana debe ser una tarea de estado transcendental. Sumada a otras áreas de la vida de los adultos mayores el estado mexicano debe establecer desde ya una serie de políticas públicas destinadas a mejorar la calidad de vida de ellas y ellos.

Organismos de protección de los derechos humanos en México

Ahora bien, en la línea del objetivo trazado en este artículo, hemos de mencionar que en México desde el año 1990 se creo la Comisión Nacional de Derechos Humanos, es decir data ya de 32 años de su existencia, el artículo 102 apartado B de la Constitución establece:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara 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 (Cámara de Diputados, 2022).

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, éstos existen a lo largo y ancho de la república mexicana, no obstante se ha criticado que sus resoluciones no tienen carácter vinculatorio, es decir, se deja a opción de la autoridad el aceptar o no, las recomendaciones que se le hagan, esto es cierto, pero también lo es que se debe justificar la no aceptación de las mismas, así como el acarrear consigo el ser señalada la autoridad por violentar derechos humanos, limita su participación en futuros cargos de elección popular y/o en su caso el de ser designado como funcionario público.

Estos organismos de protección de los derechos humanos, realizan una serie de actos de investigación con la finalidad de demostrar o no, la conculcación de derechos de las personas, por lo que su actuar que goza de autonomía técnica, es una tarea de suma importancia en el respeto, protección, promoción de los derechos, asimismo de ser un mecanismo de

acceso a la reparación del daño por parte de las personas que se demuestre son víctimas de violación a los mismos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos

La CNDH, es un fuerte parámetro de la situación que guardan los derechos fundamentales en México, a la par que las Comisiones Estatales de protección de los mismos, en su historia se han consolidado entre la población para acudir en demanda de la protección de sus derechos humanos y, en su caso para solicitar el resarcimiento del daño en el caso de que se demuestre su quebrantamiento. La queja por tanto es el mecanismo por excelencia que tienen los ciudadanos para acudir ante estos organismos, estudios previos y el recuento de las recomendaciones que año con año se emiten nos hacen afirmar que el derecho a la protección de la salud es cada vez más motivo de queja de los ciudadanos.

La naturaleza de la CNDH es que se erige en un organismo que cuenta con autonomía técnica y presupuestaria, por lo que sus resoluciones deben ser objetivas e imparciales y en aras de la protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en territorio nacional y para el caso de que exista la certeza de que se han trastocado derechos fundamentales, se emite por parte de la CNDH recomendaciones que conforme lo que ya señalamos anteriormente son de carácter público. Por lo cual son un mecanismo de medición de la vulneración a los derechos fundamentales.

Vulneración del Derecho a la Salud de las Personas Adultas Mayores en México

En el año 2021 la CNDH emitió un total de 146 recomendaciones, de las cuales 76 son relacionadas a la conculcación del derecho de protección a la salud, es decir, el 52%, será éste pues nuestro horizonte en el que debemos cimentar nuestro análisis.

Al considerar que 19 de ellas están relacionadas con personas adultas mayores, significa que el 25% de las relacionadas a conculcación del derecho a la salud y a la vida en muchos casos de forma lamentable las víctimas han sido personas de este grupo.

De ellas, 11 son atribuibles al personal del IMSS, 7 al personal del ISSSTE y 1 al personal de Pemex, respecto a 9 diferentes entidades de la República Mexicana, en su mayoría de la Ciudad de México.

Respecto a los derechos que se demostró su conculcación en las 19 recomendaciones los mayormente violentados, fueron:

- Derecho a la Salud
- Derecho a la Vida
- Derecho al trato digno
- Derecho a la información en salud

En este trabajo ya hemos hecho alusión reiteradamente al derecho a la salud, sin embargo. al ver los datos del año 2021 en las recomendaciones de las CNDH, nos podemos percatar que no se le da un trato digno a las PAM, mientras que tampoco se les reconoce su autonomía en las decisiones de salud, incluso se violenta su derecho a la información.

Si analizamos con mayor detenimiento cada una de las recomendaciones, podemos clasificar las causas que originaron y/o en que incurrió el personal de la salud que atendió los casos de las PAM, de la siguiente manera:

- Por error en el Diagnóstico
- Por retraso en la atención
- Por no canalizar a la Unidad de Cuidados Intensivos
- Por no canalizar a los médicos especializados correspondientes.

También de la lectura de las recomendaciones pudimos percatarnos que hubo negligencia médica, traducida en lo siguiente:

- Omisiones en la atención
- No ordenar estudios
- No atención de especialistas

Mientras que, afectando el tema de la calidad de los servicios de salud en el país, advertimos de las resoluciones de la CNDH que los hospitales presentaron carencias importantes:

- Falta de medicamentos
- Falta de especialistas
- Falta de personal en general.

De las 19 recomendaciones, se presentaron 24 muertes, información que podemos encontrar de forma detallada recomendación a recomendación en la siguiente tabla 1:

Tabla 1

Análisis de las recomendaciones emitidas por la CNDH en el año 2021 en las que las víctimas son personas adultas mayores.

Número de recomendación	Motivo	Víctima(s)	Unidad/lugar	Acto de Vulneración a derechos
1	Inadecuada atención Médica	Adulta Mayor 67 años de edad	46 IMSS- Tabasco	Derecho a la Salud (Falleció la víctima)
42	Falta de Medicamento	Adulto mayor de 77 años de edad.	IMSS- Ciudad de México	Derecho a la salud y al Trato digno
44	Inadecuada Atención Médica	Adulto mayor de 67 años de edad.	ISSSTE Ciudad de México	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y a la Información en Salud
48	Inadecuada Atención Médica	Adulta mayor de 79 años de edad	IMSS Chihuahua	Protección a la Salud y a la Vida
59	Omisiones, atención negligente	Adulto mayor de 65 años de edad.	IMSS Ciudad de México	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y a la Información en Salud
71	Atención Médica Inadecuada y Negligente	Adulta mayor de 65 años de edad.	IMSS Sinaloa	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y a la

				Información en Salud
76	Negligencia Médica, omisiones	Adulto mayor	IMSS Tabasco	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y a la Información en Salud
94	Negligencia Médica, retraso en la atención	Adulta Mayor	IMSS Tamaulipas	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y a la Información en Salud
97	Atención Médica Inadecuada	Adulta mayor de 72 años de edad	ISSSTE Ciudad de México	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y a la Información en Salud
101	Omisiones graves, negligencia médica y técnica.	42 Víctimas Adultos Mayores 7 Muertos	PEMEX Villahermosa Tabasco	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y a la información en salud.
105			IMSS Ciudad de México	
107		Adulto mayor	ISSSTE Ciudad de México	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y a la Información en Salud
113	Omisiones graves, no remisión a la Unidad de	Adulto mayor	ISSSTE Tlaxcala	Derecho a la salud y acceso a la información en salud.

	Cuidados Intensivos			
115	Omisión en la Atención Médica		ISSSTE	A la salud y a la seguridad social.
126	Diagnóstico incorrecto e inadecuada atención médica	Adulto mayor 69 años de edad	ISSSTE Ciudad de México	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y acceso a la información en Salud
127	Inadecuada atención Médica	Persona adulta mayor de 63 años	ISSSTE Veracruz	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y acceso a la Información en Salud
140	Diagnóstico incorrecto, inadecuada atención médica	Adulta mayor	ISSSTE Ciudad de México	Derecho a la salud, a la protección de personas adultas mayores
143	Inadecuada atención Médica	Adulta mayor de 68 años de edad	IMSS Guerrero	Protección a la salud y a la vida
145	Inadecuada atención Médica	Adulta mayor de 71 años de edad	IMSS Quintana Roo	Derecho a la Salud, a la Protección de la Vida y a la Información en Salud

Fuente: Elaboración propia con información del portal de la CNDH (2021).

Existen pues, 24 víctimas mortales en las que se pudo constatar la vulneración al derecho a la protección a la salud por diferentes motivos, además de otros derechos fundamentales, por ejemplo, tratar de forma indigna a las PAM, el derecho a la información en salud, la salud misma y la vida. Esto es, nuestro objeto de estudio sólo han sido las recomendaciones

emitidas por la CNDH en el año 2021, considerando sólo aquellas quejas que han trascendido, es decir, no hemos estimado todos aquellos asuntos en los que no hubo una queja, ya sea ante la CNDH, la Comisión de Arbitraje Médico o aquellos casos en los que no hubo demanda ante tribunales, la denominada *cifra negra*. Al no poder tener ese dato, sólo nos queda decir que habrá más casos en los que se haya presentado la conculcación del derecho a la salud de las PAM, que no podamos hacer el recuento.

Análisis de la recomendación número 101/ 2021 de la CNDH

La recomendación 101/2021 emitida por la CNDH, el 3 de diciembre del año 2021, es un ejemplo claro y contundente de negligencia y omisiones dolosas en la atención médica en el país, para comprender mejor esta afirmación, nos permitiremos señalar una síntesis de esta:

En el Hospital Regional de Petróleos Mexicanos de Villahermosa, Tabasco, acudieron los derechohabientes al área de hemodiálisis a recibir su sesión el 27 de febrero de 2020 y recibiendo como es costumbre al realizarse la terapia, el medicamento de heparina sódica, saliendo de la sesión comenzaron a presentar malestar, dolor, escalofríos temblor y fiebre, a los dos días siguientes, es decir el 29 de febrero de ese año, (2020) los pacientes regresaron a recibir otra sesión y al cabo de una hora aproximadamente los trasladaron al área de urgencias, todos con los mismos síntomas, ya mencionados. Al estar en terapia intensiva escuchan decir al director del hospital que el medicamento heparina sódica estaba contaminada.

En la recomendación señalada se contaron a 69 víctimas de violación al derecho a la protección a la salud, de las cuáles, 14 perdieron la vida, mientras que la mitad de ellas eran PAM (7).

En la resolución se advirtió que se actuó tarde, ya que se siguió suministrando el medicamento a pesar de que las autoridades del hospital ya tenían conocimiento de que el medicamento era apócrifo y habían fallecido personas, mismo que se compró sin seguir los lineamientos establecidos para ello. Las víctimas mencionaron que además no cuentan con médico nefrólogo y los medicamentos indicados en el tratamiento de insuficiencia renal crónica, los suministran las enfermeras, quienes atienden el área de hemodiálisis (CNDH, 2021).

Una situación que derivó en el fallecimiento de 14 personas, 7 de ellas PAM, cuándo son éstas quienes deben tener una atención prioritaria, nos podemos percatar que la corrupción, la negligencia, la conducta de acción

(suministrar el medicamento a sabiendas de su procedencia y consecuencias vistas), convierte al menos en este caso a las personas que administran los hospitales en delincuentes, lamentablemente a la fecha no se han seguido procedimientos en contra del director del hospital, sólo en contra el proveedor del medicamento.

Con lo anterior podemos señalar que en el caso concreto hubo dolo en la conducta y se debe castigar a los responsables de los hechos y resarcir a las víctimas, ya sea que hayan sobrevivido a la situación o no.

Conclusiones

En el Sistema Nacional de Salud en México se vulnera el derecho a la protección a la salud de las PAM, no se da la atención prioritaria que establecen la normatividad nacional, ni tampoco se respeta lo que establece el principio de convencionalidad de atender los instrumentos internacionales de los que el estado mexicano es parte. En tanto, la atención médica que se da en el país no es la adecuada, ni oportuna, ni de calidad para las PAM, quienes por su situación de salud y al padecer muchos de ellos enfermedades crónico-degenerativas, deben tener una mejor atención y prioritaria tal y como lo establecen las leyes.

En muchos de los casos no se cuenta con el medicamento, la infraestructura médica o la especialidad en el lugar que se lo requiere la persona adulta mayor, lo que ocurre con mayor frecuencia en las regiones.

No se conoce a cabalidad el problema porque los sistemas de información estadística de las instituciones u organismos protectores de derechos humanos no clasifican la información de las personas adultas mayores, lo que debe hacerse al igual que en el caso de las mujeres o menores de edad, por grupo vulnerable.

Las recomendaciones emitidas por la CNDH evidencian que el derecho a la protección de la salud de las PAM se ha vulnerado en México y se debe atender las causas, circunstancias y condiciones en que se realizó para poder tomar decisiones en salud que permitan mejorar la calidad de vida de éstas.

Propuestas

Al realizar el diseño, gestión e instrumentación de políticas públicas en la atención en salud de las personas adultas mayores se debe considerar las

resoluciones que emiten los organismos protectores de los derechos humanos, ya que consideramos es un parámetro trascendente de lo que ocurre en el país en relación a la vulneración de los derechos humanos.

Proponemos se les dé a los tomadores de decisiones (gobierno), mayores elementos para cumplir el derecho de protección a la salud en particular de las PAM y no se queden solo en informes anuales y estadísticos de los organismos protectores de los derechos humanos, mientras que las políticas y estrategias que en materia de salud se dirijan a este grupo etario, deben tener el enfoque de derechos humanos aplicado a los asuntos de la vejez, para que la visión no sea en el corto plazo, sino a corto, mediano y largo plazo para que sean los ajustes razonables y acordes con las necesidades de las PAM.

Se debe considerar en el diseño e instrumentación de las políticas públicas al derecho internacional y el principio de convencionalidad que está reconocido en la propia Constitución mexicana. Recoger las recomendaciones y las áreas de acción que se hacen en el marco de la Década del Envejecimiento Saludable y los mencionados Objetivos de Desarrollo Sostenible en particular lo relativo a la protección de la salud de las PAM.

Referencias

- Cámara de Diputados. (7 de febrero de 1984). Ley General de Salud. México. Recuperado el 17 de mayo de 2022, de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf>
- Cámara de Diputados. (25 de junio de 2002). Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores. México. Recuperado el 17 de mayo de 2022, de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDPAM.pdf>
- Cámara de Diputados. (2022). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el 16 de mayo de 2022, de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- CNDH. (3 de diciembre de 2021). Recomendación 101/2021. Recuperado el 12 de mayo de 2022, de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-12/REC_2021_101.pdf
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ONU. (11 de agosto de 2000). Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto

- nivel posible de salud. Recuperado el 8 de mayo de 2022, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- CONEVAL. (2021). *Nota Técnica sobre la Carencia por Acceso a los Servicios de Salud, 2018-2020*. Ciudad de México. Recuperado el 13 de mayo de 2022, de https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2018_2020/Notas_pobreza_2020/Nota_tecnica_sobre_la_carencia_por_acceso_a_los_servicios_de_salud_2018_2020.pdf
- Flores Martínez, R. M. (2020). La acción política: derechos humanos y calidad de vida en la población adulta mayor mexicana. *Perspectivas Sociales*, 22(1), 7-28. Recuperado el 16 de mayo de 2022
- Gobierno de México. (sin fecha). *Gobierno de México*. Recuperado el 12 de mayo de 2022, de <https://www.gob.mx/insabi/que-hacemos>
- Guerrero Castañeda, R. F., y Guerrero Castañeda, D. G. (2018). Derecho al Acceso a la Salud de los Adultos Mayores en México: Reflexión Crítica y Discursiva. *Revista del departamento de enfermería de la universidad de sonora*, 3(7), 56-67. Recuperado el 09 de mayo de 2022, de <https://sanus.unison.mx/index.php/Sanus/article/view/101/85>
- INEGI. (2017). Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017 principales resultados. México. Recuperado el 13 de mayo de 2022, de https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2017/doc/enadis2017_resultados.pdf
- INEGI. (29 de septiembre de 2021). Comunicado de prensa 547/21, estadísticas a propósito del día internacional de las personas adultas mayores. Recuperado el 9 de mayo de 2022, de https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_ADULMAYOR_21.pdf
- Instituto Mexicano del Seguro Social. (enero de 2022). Con 79 años de existencia, el IMSS ha demostrado su capacidad de respuesta ante desastres naturales y crisis sanitarias. Ciudad de México, México. Recuperado el 12 de mayo de 2022, de <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202201/030#:~:text=El%20Seguro%20Social%20atiende%20al,a%2011.6%20millones%20de%20beneficiarios.>

- OMS. (4 de octubre de 2021). *Envejecimiento y salud*. Recuperado el 13 de mayo de 2022, de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>
- Organización de la Naciones Unidas. (2022). *Objetivos de Desarrollo Sostenible: Objetivo 3 Salud y Bienestar*. Recuperado el 10 de mayo de 2022, de <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>
- Organización de los Estados Americanos. (15 de junio de 2015). Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Recuperado el 9 de mayo de 2022, de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf
- Organización Panamericana de la Salud. (diciembre de 2020). *Década del Envejecimiento Saludable*. Recuperado el 20 de mayo de 2022, de <https://www.paho.org/es/decada-envejecimiento-saludable-americas-2021-2030>
- Presidencia de la República. (24 de mayo de 2022). Jornada Nacional de Reclutamiento y Contratación de Médicos Especialistas para fortalecer sistema de salud. México. Recuperado el 25 de mayo de 2022, de <https://presidente.gob.mx/presentan-jornada-nacional-de-reclutamiento-y-contratacion-de-medicos-especialistas-para-fortalecer-sistema-de-salud/>
- Robles Garza, M. Y., y Flores Torres, O. (2014). Las Personas Adultas Mayores y el Derecho a la Protección de la Salud. Una Visión desde México. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 8(2), 1-24. Recuperado el 12 de mayo de 2022, de https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_8_2014_2/R_EIB_08_02_Robles_Flores.pdf

El derecho a la buena administración pública frente al principio de informalismo de la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia²⁰⁰

The right to good public administration against the principle of informality of the Law of Administrative Procedure in Bolivia

Alan E. Vargas Lima²⁰¹

Sumario:

I. Antecedentes de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP). II. El

²⁰⁰ Esta ponencia fue presentada inicialmente en el "Seminario Euroamericano de Derecho Público: Derecho Administrativo y Derechos Humanos", auspiciado por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, y la División Académica Multidisciplinaria de los Ríos, que se realizó en formato virtual el día 27 de abril de 2022. Posteriormente, el texto fue ampliado y expuesto en el Seminario Internacional: "Derechos Humanos en el Derecho Administrativo", organizado por la ONG Abogados investigadores y Peritos, con el auspicio de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, y la Academia Carolina, que se realizó en formato virtual los días 9 al 28 de mayo de 2022. Finalmente, se presentó en el *Simposio Nacional de Derecho Administrativo: Ley 2341*, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y la Escuela Internacional de Alta Gestión de la Universidad Privada Domingo Savio - Sede Santa Cruz, que se realizó de forma virtual los días 2 y 3 de junio de 2022.

²⁰¹ Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS – Bolivia); y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN – Bolivia). Miembro Honorario del Consejo Académico de la Sociedad Filosofía y Estado Constitucional APEX IURIS (Perú); Director adjunto del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIIJUS (México) – Capitulo Bolivia; Miembro adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional AAJC (Argentina), de la Asociación Juristas de Iberoamérica (ASJURIB); y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. E-mail: alanvargas4784@gmail.com

derecho a la buena Administración Pública: contenido esencial. III. La triple dimensión de una buena Administración Pública. IV. Los Principios de la Carta Iberoamericana: eficacia y responsabilidad. IV.1. El principio de responsabilidad por la función pública en la legislación boliviana. Desarrollo jurisprudencial. V. La relación del principio de eficacia con el informalismo en sede administrativa. VI. El principio de informalismo en la Ley de Procedimiento Administrativo boliviano. Desarrollo doctrinal y jurisprudencial. VI.1. El principio de informalismo a nivel doctrinal. VI.2. El principio de informalismo a nivel jurisprudencial. VI.3. Los principios de informalismo y favorabilidad. VI.4. Las aplicaciones prácticas del principio de informalismo. VII. Una mirada al Principio de Informalismo Administrativo en el anteproyecto de Código Procesal Administrativo de Bolivia (Ministerio de Justicia – v. 2019). VIII. Conclusiones.

Resumen

El presente trabajo pretende indagar en los propósitos de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, poniendo de relieve su finalidad esencial consistente en el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública, y destacando sus principios más importantes: eficacia y responsabilidad; ello para luego establecer su semejanza con la legislación boliviana, a través del principio de responsabilidad por la función pública, y su materialización a través del principio de informalismo previsto por la Ley de Procedimiento Administrativo, a cuyo efecto se describe su desarrollo a nivel doctrinal y jurisprudencial, junto al análisis de su configuración en un nuevo proyecto legislativo.

Abstract

The present work intends to investigate the purposes of the Ibero-American Charter of the Rights and Duties of the Citizen in relation to the Public Administration, highlighting its essential purpose consisting of the recognition of the fundamental right of the person to good Public Administration, and highlighting its most important principles: efficiency and responsibility; this to then establish its similarity with Bolivian legislation, through the principle of responsibility for the public function, and its materialization through the principle of informality provided for by the Law of Administrative Procedure,

for which purpose its development is described at the doctrinal level and jurisprudence, together with the analysis of its configuration in a new legislative project.

Palabras clave: Administración Pública, Carta Iberoamericana, Eficacia, Responsabilidad, Informalismo, Procedimiento Administrativo.

Keywords: *Public Administration, Ibero-American Charter, Effectiveness, Responsibility, Informalism, Administrative Procedure*

I. Antecedentes de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP)

El 10 de octubre de 2013 el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), aprobó la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP)²⁰², en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (Ciudad de Panamá, 27 y 28 de junio de 2013), y que fue adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Ciudad de Panamá, 18 y 19 de octubre de 2013)²⁰³.

Se trata de un documento elaborado por expertos administrativistas y funcionarios públicos de la región, que básicamente constituye el reflejo del compromiso que existe en el mundo en relación con la construcción de una Administración pública más humana, más justa y equitativa, es decir, más

²⁰² Documento cuyo texto íntegro se encuentra disponible en: <https://bit.ly/3PlzZcg>

²⁰³ Los jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos se reunieron en la ciudad de Panamá, en el marco de la XXIII Cumbre Iberoamericana, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2013. El lema de la reunión fue “*El papel político, económico, social y cultural de la Comunidad Iberoamericana en el nuevo contexto mundial*”. A esta reunión asistieron los líderes y representantes de los 22 países miembros: Andorra, Argentina, **Bolivia** (por medio del entonces Viceministro Juan Carlos Alurralde), Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

cercana a la ciudadanía a la cual se debe, atendiendo sus necesidades públicas²⁰⁴.

En este sentido, si bien la Carta Iberoamericana no se trata de una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, sin embargo -como señala en la parte final de su preámbulo-, constituye un marco de referencia que posibilita establecer una catalogación de los derechos y deberes del ciudadano en su relación con la Administración Pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de las legislaciones nacionales y la idiosincrasia de cada uno de los países de la región. Asimismo, no se debe perder de vista que la Carta Iberoamericana tiene como finalidad esencial:

“el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. (De esta manera) los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana”.

II. El derecho a la buena Administración Pública: contenido esencial

A primera vista, la Carta Iberoamericana (CIDYDCAP) reconoce como fundamental el derecho a la buena Administración pública, desde su Preámbulo, en donde plantea que:

“El Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que

²⁰⁴ Algunas de las referencias de análisis sobre la Carta Iberoamericana en este trabajo, están basadas en los aportes del autor del borrador de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración, quien explica los fundamentos de este relevante documento sobre la reforma administrativa en Iberoamérica, con especial referencia a la concepción del derecho fundamental a la buena administración y sus derechos componentes. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Sobre la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública*. AFDUC 18, ISSN: 1138-039X, 2014, pp. 17-30. Disponible en: <https://bit.ly/3NbLEJ0>

promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. En efecto, la Administración Pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez” (las negrillas y el subrayado me corresponden).

Este primer párrafo del preámbulo, reconoce la funcionalidad del ciudadano en el modelo del Estado social y democrático de Derecho. Si el Estado es la comunidad política jurídicamente articulada sobre un territorio para garantizar y promover el libre desarrollo de la persona, es lógico entonces, y además una exigencia, la existencia de un auténtico derecho fundamental, de un auténtico derecho humano: el de la buena administración pública.

Y la aspiración a una Administración Pública que contribuya a un mejor **servicio objetivo al interés general**, no es algo propio de este tiempo, sino que constituye una exigencia que data desde la misma existencia de la Administración Pública, y desde siempre, de una u otra forma, se ha tratado de poner a disposición de los habitantes de un aparato administrativo comprometido con el libre y solidario desarrollo de las personas. En este sentido, el preámbulo de la Carta señala que:

“en el marco del complejo Gobierno-Administración Pública, núcleo en el que se realiza la definición e implementación de las políticas públicas propias del Poder Ejecutivo, ha ido cobrando especial relieve en los últimos tiempos **la obligación de las instancias públicas de proceder a una buena Administración Pública, aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana**, de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable” (las negrillas y el subrayado me corresponden).

La propia Carta Iberoamericana subraya la importancia del ser humano como centro y raíz del Estado, y por ende de la Administración Pública, al señalar que:

“Desde la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones Públicas (a nivel nacional, departamental y municipal, en el caso de Bolivia) hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, es inherente al ser humano, que el

Gobierno y la Administración del interés general se realice en forma que sobresalga la dignidad y todos los derechos fundamentales del ciudadano” (el agregado entre paréntesis me corresponde).

En este párrafo se justifica sólidamente el carácter de derecho humano del derecho a la buena Administración Pública, un derecho del que forman parte un conjunto de derechos derivados o derechos integrantes, que, como derecho fundamental, deben gozar de la mayor protección jurisdiccional.

III. La triple dimensión de una buena Administración Pública

La buena Administración Pública puede ser concebida como obligación de los Poderes Públicos, como derecho humano y, también como principio general del Derecho Público y de la Ciencia de la Administración Pública. Este aspecto es explicado claramente en el preámbulo de la Carta Iberoamericana (CIDYDCAP), cuando señala:

“**La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad.** En primer término, **es un principio general** de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, **es una obligación de toda Administración Pública** que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, **desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública**, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana”.

Desde el punto de vista constitucional, se puede afirmar que en realidad, la caracterización de la buena Administración, sea cuál sea su funcionalidad concreta, responde a la principal tarea de la Administración Pública: **el servicio objetivo al interés general:**

” La buena Administración Pública, sea como principio, como obligación o como derecho fundamental, no es ciertamente una novedad de este tiempo. La Administración Pública siempre ha estado, está, y seguirá estando, presidida por el

muy noble y superior principio de servir con objetividad al interés general. Ahora, con más medios materiales y más personal preparado, tal exigencia en el funcionamiento y estructura de la Administración Pública implica que el conjunto de derechos y deberes que definen la posición jurídica del ciudadano esté más claramente reconocido en el ordenamiento jurídico y, por ende, sea mejor conocido por todos los ciudadanos.” (Preámbulo CIDYDCAP)²⁰⁵.

Y es que en el Estado democrático, los intereses generales ya no son objeto de definición patrimonial o monopolística por parte del Estado o de la Administración Pública. Más bien, tal definición se produce en el marco de un proceso dinámico de diálogo e interacción entre Poderes Públicos y agentes ciudadanos. De esta manera se evita esa versión unilateral, a partir de la cual el funcionario público que tantas veces se considera dueño y señor de los procedimientos y las instituciones, termina por pensar, y actuar consecuentemente, como soberano del interés general. Por eso, la Carta señala también en su preámbulo, que:

“La Administración Pública debe estar al servicio objetivo de los intereses generales. Unos intereses que en el Estado Social y Democrático de Derecho ya no se definen unilateralmente por las Administraciones Públicas. Por el contrario, los Poderes Públicos deben salir al encuentro de los ciudadanos para que de forma integrada y armónica se realice la gran tarea constitucional de la construcción democrática, profundamente humana, solidaria y participativa, de las políticas públicas”.

Entonces, el derecho fundamental a la buena Administración Pública y sus derechos componentes, junto a los deberes de los mismos ciudadanos, deben ser objeto de autoconocimiento por los habitantes, pues en la medida en que las personas sean conscientes realmente de su posición medular en el sistema político y administrativo, entonces es posible que estemos ante una verdadera reforma administrativa, que sin participación ciudadana, no es más que un precipitado de diversas dimensiones tecnocráticas, por muy plurales y multidimensionales que sean.

²⁰⁵ De aquí deriva otro reto ineludible para las diferentes Administraciones Públicas (a nivel nacional, departamental y municipal, en el caso de Bolivia) en esta nueva era tecnológica: *digitalizar los documentos para agilizar los procedimientos*. Con el efectivo uso de las TIC's y los medios de comunicación de mensajería instantánea, se puede brindar un mejor servicio de calidad en la atención de los requerimientos cotidianos de los ciudadanos(as) frente al Estado. Solo así se lograría materializar el «Derecho a la buena administración digital», como ya se vislumbra por ejemplo en el ámbito europeo a través de la Carta de Derechos Digitales aprobada en España. Consúltese: <https://bit.ly/3Lxmy5W>

Por eso, la Carta Iberoamericana señala con nitidez en el preámbulo, que en la medida que la ciudadanía revalorice su condición central en el sistema público, más fácil será que pueda exigir un funcionamiento de calidad de las Administraciones Públicas; y agrega: *“Si el ciudadano reclama ordinariamente, y de forma extraordinaria cuando sea menester, los derechos que se derivan del (derecho) fundamental a una buena Administración Pública, (entonces) el hábito de la rendición de cuentas y de la motivación de todas las decisiones de los poderes del Estado será(n) una realidad”* (el agregado entre paréntesis me corresponde).

IV. Los Principios de la Carta Iberoamericana: eficacia y responsabilidad

A continuación, se detalla la exposición de los **principios** que deben entenderse, como dispone el punto 2 de la Carta Iberoamericana (CIDYDCAP), en **“el marco del respeto de los postulados del buen funcionamiento de las instituciones públicas y de la observación estricta del Ordenamiento Jurídico”**, contexto en el que debe afirmarse que “la Administración Pública sirve con objetividad al interés general y actúa con pleno sometimiento a las leyes y al Derecho, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los principios expuestos en los siguientes preceptos, que constituyen la base del derecho fundamental a la buena Administración Pública en cuanto este está orientado a la promoción de la dignidad humana”.

El **principio de servicio objetivo a los ciudadanos** se proyecta, según lo dispuesto en el punto 2, “a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública, sean expresas, tácitas, presuntas, materiales -incluyendo la inactividad u omisión- y se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que habrá de promover y facilitar permanentemente. La Administración Pública y sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable”.

En el apartado 3 se define el **principio promocional de los poderes públicos**, que “se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que

la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana”. Este principio, como sabemos, es la expresión administrativa de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho.

En el punto 4 se hace referencia al **principio de racionalidad**, que “se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discrecionales”. Este principio es uno de los más importantes para la existencia de una Administración comprometida realmente con la democracia y el Estado de Derecho pues en buena medida se puede afirmar que el compromiso con los derechos humanos de una Administración Pública se mide por la calidad y rigor de las motivaciones de sus decisiones.

En el apartado 5 se trata del **principio de igualdad de trato**, en cuya virtud “todos los ciudadanos serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato, prohibiéndose expresamente toda forma de discriminación cualquiera que sea su naturaleza”. Este principio debe facilitarse especialmente a las personas con capacidades especiales o diferentes; en consecuencia: “Las Administraciones Públicas deberán realizar los ajustes tecnológicos y físicos necesarios para asegurar que este principio llegue efectivamente a los ciudadanos con especiales dificultades, especialmente a las personas con capacidades especiales o capacidades diferentes”.

En el apartado 6 se hace referencia al **principio de eficacia**, en cuya virtud “**las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público**, que siempre estarán (orientadas) a la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano”. Entonces, la Administración Pública debe guiarse en atención a objetivos en los cuales los ciudadanos deben tener presencia, en el marco de las actividades que habrá de concretar el Gobierno elegido democráticamente; porque sin objetivos institucionales (misión, visión, etc.) es difícil que la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales.

La eficacia, según la Carta Iberoamericana, **también está dirigida a eliminar y remover las dificultades que impiden que las actuaciones administrativas cumplan los fines previstos**. Así en el mismo punto 6, la Carta dispone expresamente que: **“las Autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general**. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública”.

Entonces, el fin último de la Administración en el ámbito público, es la satisfacción del interés general, y en la medida en que se logre identificar al funcionario responsable de cada procedimiento, será más sencillo derivar la responsabilidad en que pudiera incurrir como consecuencia de dilaciones y retardos indebidos, cuando no haya justificación alguna.

Asimismo, en virtud del **principio de responsabilidad**, según el punto 9, “la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.”. Como es lógico, la Carta Iberoamericana no entra en la cuestión de si las lesiones deben ser consecuencia del funcionamiento anormal o irregular de los servicios públicos, optando por la regla general de la responsabilidad por actuaciones administrativas que lesionen los bienes o derechos de los ciudadanos.

IV.1. El principio de responsabilidad por la función pública en la legislación boliviana. Desarrollo jurisprudencial

El referido principio establecido por la Carta Iberoamericana, guarda relación y concordancia con el **Principio de responsabilidad por la función pública**²⁰⁶, que se encuentra vigente en nuestro país, dado que en la legislación

²⁰⁶ Un estudio donde se define el concepto jurídico de responsabilidad en el ejercicio de la función pública, identificando los deberes y obligaciones del servidor público en el marco de la Constitución y las leyes, puede verse en el trabajo de: DERMIZAKY PEREDO, Pablo. La Responsabilidad de los Servidores Públicos. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (13), 2012, 10-21. Recuperado de: <https://bit.ly/3t9aEsS>

boliviana –y de acuerdo al entendimiento establecido mediante **Auto Supremo N° 118/2008 del 15 de mayo**–, la responsabilidad funcionaria puede ser personalísima, pero también es solidaria cuando se identifica que varios funcionarios públicos o incluso, junto a éstos, otras personas naturales o jurídicas particulares, hubiesen ocasionado daño al Estado; tanto mediante acciones como, por omisiones en el cumplimiento de sus deberes propios o los contratos o pactos suscritos²⁰⁷.

La responsabilidad funcionaria, definitivamente no está reservada únicamente a la máxima autoridad de la entidad pública, sino por el contrario, alcanza a todos los servidores públicos sin distinción de jerarquía, pues estos, deben rendir cuentas, no solo de los objetivos a que se destinaron los recursos públicos que les fueron confiados, sino también de la forma y el resultado de su aplicación, conforme establece el art. 1° inc. c) de la Ley N° 1178 de 20 de julio de 1990.

Es decir, la normativa vigente, reconoce el principio de la responsabilidad objetiva; o responsabilidad sin culpa, porque establece la responsabilidad de los actos de los funcionarios o personas particulares que causen daño al Estado, tomando en cuenta los resultados por la función pública, conforme establece el art. 28 inc. b) de la mencionada Ley SAFCO, cuando instituye que todo servidor público responderá de los resultados emergentes del desempeño de las funciones, deberes y atribuciones asignados a su cargo, presumiéndose la licitud de las operaciones y actividades realizadas, mientras no se demuestre lo contrario, es decir, se busca no solo el cumplimiento de las normas, sino específicamente que el resultado sea eficaz y eficiente obtenido por el debido cumplimiento de sus obligaciones, que incluso puede ser emergente de una omisión aunque no se encuentre instituida expresamente en la norma, al contrario de lo que ocurre con la responsabilidad ordinaria o general, que solo alcanza la omisión cuando se trata de una conducta expresamente ordenada por el sistema jurídico (Cfr. Auto Supremo N°

²⁰⁷ Cabe señalar que de acuerdo al artículo 31 de la Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO), la responsabilidad es civil cuando la acción u omisión del servidor público o de las personas naturales o jurídicas privadas cause daño al Estado valuable en dinero, y en sus incisos b) y c) prevé la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas cuando se beneficiaren indebidamente con recursos públicos o fueren causantes de daño al patrimonio del Estado, y la responsabilidad solidaria de varias personas cuando resulten responsables del mismo acto o hecho que hubiere causado daño al Estado, respectivamente.

118/2008 del 15 de mayo de 2008, emitido por la Sala Social y Administrativa Segunda del Tribunal Supremo de Justicia).

Por su parte, y en relación al **principio de responsabilidad del servidor público**, el Tribunal Constitucional de Bolivia, a través de la **Sentencia Constitucional 0021/2007 de 10 de mayo**²⁰⁸, estableció el siguiente entendimiento:

“La responsabilidad por la función pública está relacionada con la administración de los recursos públicos del Estado. En este orden, se debe partir del principio de que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales, bajo cuya perspectiva las autoridades y los servidores públicos deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. En este propósito surge la necesidad de controlar la gestión de quienes ejercen funciones fiscales, vale decir, por parte de los servidores públicos que ejercen la gestión pública o los particulares cuando administran bienes o fondos públicos.

El fundamento constitucional se apoya en el art. 154 de la CPE al atribuir que “La Contraloría General de la República tendrá el control fiscal sobre las operaciones de entidades autónomas, autárquicas y sociedades de economía mixta. La gestión anual será sometida a revisiones de auditoría especializada. (...). El Poder Legislativo mediante sus comisiones tendrá amplia facultad de fiscalización de dichas entidades (...). El desarrollo legal de dicho mandato constitucional se encuentra en la Ley de Administración y Control Gubernamentales, cuyo art. 3 prevé que los sistemas de administración y de control se aplicarán en todas las entidades del sector público, sin excepción, cuyo objetivo principal es lograr que todo servidor público, sin distinción de jerarquía, asuma plena responsabilidad por sus actos rindiendo cuenta no sólo de

²⁰⁸ En cumplimiento y aplicación de la SC 0021/2007, la Contraloría General del Estado ha establecido que se debe someter a *Procedimiento de Aclaración*, todos los informes de auditoría que establezcan indicios de responsabilidad penal y civil "significativa", conforme los artículos 39 y 40 del Reglamento para el Ejercicio de las Atribuciones de la Contraloría General de la República (CGR) aprobado mediante D.S. N° 23215; a cuyo efecto, emitió la Resolución N° CGR/069-A/2008 de 20 de marzo, a través de la cual aprueba el Instructivo I/CI-014 de “Aplicación de la Sentencia Constitucional N° 0021/07 del Tribunal Constitucional” (en su segunda versión), siendo de obligatorio cumplimiento para todas las Unidades de Auditoría Interna de las instituciones públicas sujetas a control gubernamental. Disponible en: <https://bit.ly/3x3zdJT> Posteriormente, en un caso en que se denunció haberse omitido el cumplimiento de dicha Sentencia Constitucional, el TCP estableció que el ámbito de protección de la Acción de Cumplimiento, es garantizar la materialización de un deber omitido, encontrándose de manera expresa y específica en la norma constitucional o legal; “empero, la SC 0021/2007 de 10 de mayo, no puede ser exigida en su cumplimiento de manera indubitable; pues, tal Resolución, declaró la inconstitucionalidad en cuanto al contenido del art. 50 del DS 23215 de 22 de julio de 1992; y, dispuso la publicación de la misma en la Gaceta Oficial de Bolivia, así como la notificación al órgano que generó la norma impugnada, para su cumplimiento, sin imponer un deber concreto a los demandados”, por lo que, finalmente resolvió que no era posible conceder la tutela (Cfr. Auto Constitucional 0185/2016-RCA, de 24 de junio).

los objetivos a que se destinaron los recursos públicos que le fueron confiados sino también de la forma y resultado de su aplicación (art. 1 inc. c) de la LACG)".

V. La relación del principio de eficacia con el informalismo en sede administrativa

Según la Carta Iberoamericana (CIDYDCAP) la eficacia está dirigida a eliminar y remover las dificultades que impiden que las actuaciones administrativas cumplan los fines previstos; por ello es que la misma Carta dispone expresamente que las autoridades públicas, deben lograr que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, deberán procurar remover de oficio aquellos obstáculos puramente formales, evitando las dilaciones y retardos injustificados, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general.

Este noble propósito declarado en la Carta, tiene relación especialmente con la sencillez con que deben realizarse todas las actuaciones administrativas, en contraposición a la exigencia de requisitos formales que muchas veces solamente entorpecen la actividad de la administración pública en su relación con el ciudadano, y la atención oportuna de sus peticiones y requerimientos. Esta tendencia a prescindir de las formalidades, también es útil para darle mayor agilidad a los procedimientos administrativos y así estos cumplan con su finalidad concreta; en el caso de Bolivia, ello se materializará a través del Principio de Informalismo previsto por la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, y desarrollado por la jurisprudencia constitucional.

VI. El principio de informalismo en la Ley de Procedimiento Administrativo boliviano. Desarrollo doctrinal y jurisprudencial

En virtud de este principio, la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas (ampliando lo favorable y restringiendo lo odioso) y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo²⁰⁹.

²⁰⁹ Esta norma, indudablemente tiene su fuente en el Artículo 1 de la Ley N° 19.549 de Procedimiento Administrativo de la República Argentina (de 1972); modificada posteriormente por Ley N° 21.686 (de 1977), y que establece que el Principio de Informalismo consiste en la: "*c) Excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente*". El texto actualizado de la norma,

Este constituye uno de los principios más importantes sobre los que se debe regir la actividad de la Administración Pública, y se entiende básicamente como la facultad del aparato estatal de excusarle al administrado, en su beneficio y en aplicación del *principio de favorabilidad*, el cumplimiento de exigencias formales no esenciales, pudiendo proseguirse el procedimiento administrativo sin perjuicio de que aquellos se cumplan con posterioridad.

VI.1. El principio de informalismo a nivel doctrinal

Doctrinalmente –y conforme lo ha destacado la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0854/2013-L, de 14 de agosto–, el principio del informalismo a favor del administrado es uno de los aspectos fundamentales del procedimiento (y es también denominado como “formalismo moderado”). Consiste en la dispensa a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir, aquellas que no están exigidas por el orden público administrativo. Su aplicación impide que el particular pierda un derecho por el incumplimiento de un deber formal, con lo que obliga a la administración a optar por la solución más favorable para aquel. En definitiva, se propugna un equilibrio entre la acción administrativa que no puede ser entorpecida y el derecho de los administrados a no encontrarse

puede consultarse en: <https://bit.ly/3ayZgdM> El reglamento de aquella Ley (Decreto 1759/72) dispone, en su artículo 5 inciso d, que «el órgano competente dirigirá el procedimiento procurando [...] d) señalar antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos de que adolezca ordenando que se subsanen de oficio o por el interesado dentro del plazo razonable que fije, disponiendo de la misma manera las diligencias que fueren necesarias para evitar nulidades». En materia de recursos, el artículo 77 indica que «advertida alguna deficiencia formal, el recurrente será intimado a subsanarla dentro del término perentorio que se le fije, bajo apercibimiento de desestimarse el recurso». Asimismo, el artículo 81 del citado reglamento establece que «los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indudable la impugnación del acto administrativo». Por otro lado, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General del Perú, de manera aún más explícita establece entre los principios del procedimiento administrativo, lo siguiente: “1.6. *Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público*”. Disponible en: <https://bit.ly/32UtI4e>

sometidos a rigorismos que los perjudiquen, porque sería inconstitucional negar una solución al particular por causas meramente formales²¹⁰.

Éste principio ha sido definido por el jurista español Eduardo García de Enterría, como una garantía a favor del derecho de acción del administrado, por el cual se pretende asegurar una decisión sobre el fondo salvando las dificultades de carácter formalista:

“(...) el principio pro actione que postula a favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, en el sentido de asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquélla dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares. Pertenecen, pues, a la esencia misma de la institución la tendencia a la prosecución del camino en que el procedimiento consiste en llegar hasta la decisión final, eficaz y justa, que constituye el objetivo al que se ordenan todos los requisitos y trámites intermedios. Esto supuesto, no puede considerarse sorprendente, sino, por el contrario, ajustado a la propia naturaleza de la institución, el que en caso de duda, deba resolverse ésta en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento hasta su total conclusión...”²¹¹.

Por su parte, el jurista argentino Roberto Dromi ha manifestado que el informalismo obliga a la Administración a una interpretación benigna de las formalidades precisas contenidas en el procedimiento a favor del administrado:

“Informalismo: Trátase de la excusación, a favor del interesado, de la observancia de exigencias formales no esenciales y que se pueden cumplir posteriormente. Obliga a una interpretación benigna de las formalidades precisas contenidas en el procedimiento (...) Hay que interpretarlo a favor del administrado, pues traduce la regla jurídica del in dubio pro actione, o sea de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción, para asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades

²¹⁰ Cfr. IVANEGA, Miriam Mabel. *El principio del informalismo en el procedimiento administrativo*. Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, 2011, N° 67, pp. 155-176. Disponible en: <https://bit.ly/3a6k2Uu>

²¹¹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo. Versión Latinoamericana en base a la duodécima edición*. Tomos I y II. Palestra – TEMIS: Lima – Bogotá. 2006.

*de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del pronunciamiento...*²¹²

En efecto, y como se puede apreciar, el principio de informalismo que materializa la regla jurídica: *in dubio pro actione*, otorga a la Administración Pública la facultad de interpretar con flexibilidad la observancia de las exigencias formales a favor del administrado, con la finalidad de asegurar la resolución final en el procedimiento; dado que como bien precisa con acertado criterio el profesor venezolano Allan Brewer-Carías: “siendo que el procedimiento administrativo se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo, se considera que la prescripción de dichas formas no puede convertir al procedimiento en un bosque de formalidades que, como fin en sí mismas, entraben la acción administrativa”²¹³.

VI.2. El principio de informalismo a nivel jurisprudencial

En nuestro caso, la naturaleza y alcances del Principio de Informalismo establecido por la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo, se encuentran ampliamente desarrollados por la jurisprudencia constitucional. En este sentido, la Sentencia Constitucional N° 642/2003-R, de fecha 8 de mayo de 2003 (cuyo entendimiento fue reiterado y asumido en las SSCC 0992/2005-R de 19 de agosto, 0764/2010-R de 2 de agosto, y la SCP 1736/2012 de 1 de octubre), expresó el siguiente razonamiento:

“el principio de informalismo consiste en la excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial

²¹² DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 10ª edición actualizada. Ciudad Argentina: Buenos Aires. 2004.

²¹³ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R. *Los Principios del Procedimiento Administrativo en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1.437 de 2001)*. Conferencia en el Seminario internacional de presentación de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, organizado por el Consejo de Estado de Colombia, con los auspicios de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República, la Escuela Superior de Administración Pública y el Banco de la República, Bogotá, Biblioteca Luis Ángel Arango, 1 de febrero de 2011. Disponible en: <https://bit.ly/3gGmFQM> Asimismo, es muy recomendable su trabajo panorámico sobre la regulación del procedimiento administrativo a nivel latinoamericano: Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R. *La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (Ley 27444)*. Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, 2011, N° 67, pp. 47-76. Disponible en: <https://bit.ly/3eqs63y>

Astrea, pág. 348); *la excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por consiguiente en virtud a ese principio de informalismo, la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados* (Roberto Dromi, *El Procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo*, ambas Ediciones Ciudad Argentina, pp. 78-79 y 846, respectivamente)”.

Esa línea jurisprudencial fue reiterada por la Sentencia Constitucional N° 1372/2010-R, de 20 de septiembre, que en cuanto al principio de informalismo dispuesto en el art. 4 inc. l) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), señaló que se entiende como la facultad de la administración pública de excusar la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, pudiendo proseguirse el procedimiento administrativo sin perjuicio de que aquellos se cumplan con posterioridad; y si bien la excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, también hizo referencia a la necesidad de establecer algunos límites al referido principio de informalismo, agregando que: *“empero, si bien, la administración pública debe interpretar la actividad del administrado siempre a su favor, esa interpretación tiene sus alcances y límites, y está contenido en el hecho de que no puede suplir ni favorecer la dejadez o negligencia del administrado”*²¹⁴

VI.3. Los principios de informalismo y favorabilidad

Cabe agregar, que en coherencia con el principio de **informalismo** se tiene también el de **favorabilidad**, que fue interpretado por el anterior Tribunal Constitucional en la SC 0136/2003-R de 6 de febrero (citado por las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 1086/2012 y 0031/2014, entre otras), señalando que: *“...el intérprete está obligado a optar por aquel*

²¹⁴ Esta línea jurisprudencial fue reiterada en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0349/2020-S2, de 19 de agosto, misma que analiza los razonamientos asumidos en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 1635/2014, 0084/2015-S3 y 0105/2016-S3, concluyendo lo siguiente: *La o el administrado no pueden pretender que ante su silencio respecto a un Auto de observación de un recurso de alzada o jerárquico, ello sea subsanado mediante la acción de amparo constitucional o interpretarse en el sentido que el requisito extrañado se tenga por cumplido.*

entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional"; y de acuerdo al sentido de ambos principios (informalismo y favorabilidad), con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho de defensa del administrado o de quien se encuentra siendo procesado, el ordenamiento administrativo permite a la autoridad administrativa realizar una interpretación favorable al procesado, corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió quien está siendo administrado (SC 0764/2010-R, de 2 de agosto).

Así, la labor administrativa debe estar impregnada de ambos principios, vale decir, el de informalismo y favorabilidad, siempre en favor del administrado, con el propósito de garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa del mismo en su relación con la administración, dejando establecido además, que dicho principio es aplicable no solo en fase determinativa o sancionatoria, sino incluso en la fase recursiva en sede administrativa (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0667/2018-S4, de 16 de octubre).

Por otro lado, en la Sentencia Constitucional N°0022/2004-R, de fecha 7 de enero de 2004, en un caso en que los recurrentes accionaron las vías recursivas administrativas en forma errónea ante una autoridad que no correspondía, se expresó el siguiente razonamiento (*ratio decidendi* válida y aplicable en casos análogos):

"(...) en base al principio de informalismo que rige a trámites administrativos, pudo asimilarse al Recurso de Revocatoria previsto por las normas de los arts. 140 y 141 LM y 9.II del DS 26139, 67 y siguientes del DS 26115; luego, los recurrentes, solicitaron que el Alcalde emita una resolución respecto de su solicitud, presentando en forma equivocada ante una instancia incompetente como es el Concejo Municipal, el 30 de julio del mismo año, 'Recurso de Revocatoria, bajo alternativa de Recurso Jerárquico', (incluso en su memorial de amparo, mencionan que interpusieron el 'Recurso Jerárquico de Revocatoria' que es inexistente en nuestras normas procesales administrativas), éste recurso sobre la base del mencionado principio de informalismo, pudiera asimilarse al recurso jerárquico, por lo que luego de haber declinado competencia el Concejo, el Asesor de la alcaldía, emitió informe legal en sentido de que no correspondía resolver el recurso por ser extemporáneo, siendo lo correcto que al estar formulado el recurso, se ordene la remisión de todos los antecedentes a la Superintendencia de Servicio Civil, para que ésta con jurisdicción propia defina lo que corresponda en este asunto".

De la jurisprudencia glosada, se establece que en virtud del principio de informalismo, el procedimiento administrativo, está exento de las exigencias

formales no esenciales, y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso, con la finalidad de asegurar una decisión sobre el fondo de la cuestión. Consiguientemente, en virtud a este principio, la autoridad administrativa, podrá interpretar el recurso, no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados (Cfr. Sentencia Constitucional N°1029/2005-R, de 29 de agosto, entendimiento reiterado en la SCP 0003/2018-S2 de 21 de febrero).

VI.4. Las aplicaciones prácticas del principio de informalismo

En la Sentencia Constitucional N°0992/2005-R, de fecha 19 de agosto de 2005, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que:

“(...) de acuerdo con el principio de informalismo que adquiere relevancia en estos procedimientos administrativos, imponiendo a la administración, por su evidente condición técnica frente al administrado, de la responsabilidad de encauzar sus solicitudes y peticiones realizando siempre una interpretación favorable a la acción (pro actione), el memorial presentado el 4 de agosto debe ser considerado para la utilización del recurso de revocatoria previsto por el art. 64 de la LPA, pues evidentemente tiene el objeto de impugnar la decisión asumida por el decreto de 15 de julio de 2004, en ese sentido debió ser tramitado conforme el procedimiento previsto para el recurso de revocatoria; empero, el recurrente, respondiendo al citado recurso, mediante Decreto de 11 de agosto de 2004, dispuso que conforme a las SSCC 1606/02-R, y 1506/03-R, el recurrente ocurra ante la autoridad jurisdiccional competente; actuación que no cumple con lo dispuesto por el art. 61 de la LPA, que dispone que el recurso de revocatoria debe ser resuelto por resolución, confirmando o revocando total o parcialmente la resolución o acto impugnado, o desestimando el recurso por las causales expresamente estipuladas; lo que evidentemente no existió en el caso analizado, pues el recurrido no dio respuesta debida al recurrente (...)”.

Los antecedentes jurisprudenciales reseñados son ilustrativos de que en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo, que excluye de este procedimiento la exigencia de requisitos formales; y de acuerdo a su consagración en la Ley de Procedimiento Administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueden expresarse, con carácter enunciativo y no limitativo, las siguientes **aplicaciones prácticas del principio de informalismo:**

i) no es preciso calificar jurídicamente las peticiones; ii) los recursos pueden ser calificados erróneamente, pero han de interpretarse conforme la intención del recurrente, y no según la letra de los escritos; iii) la administración tiene la obligación de corregir evidentes equivocaciones formales; iv) la equivocación del destinatario

tampoco afecta la procedencia de la petición o del recurso; y v) si no consta la notificación del acto impugnado debe entenderse que el recuso ha sido interpuesto en término.

Con referencia al principio de informalismo, es necesario también dejar establecido que éste rige a favor del administrado, por la condición técnica de ciertas agencias, órganos y labores que cumple la administración pública, lo que lo sitúa en inferioridad de condiciones en su relación con el Estado, por ello no rige a favor de la administración, estando más bien ésta obligada al cumplimiento de todas las formalidades establecidas por las normas aplicables a su relación con las personas (Cfr. Sentencia Constitucional N°0992/2005-R, de 19 de agosto. Línea jurisprudencial reiterada por las SSCCPP 0752/2013-L, de 30 de julio, y 0329/2020-S3, de 23 de julio).

Finalmente, y de acuerdo a la jurisprudencia precedentemente glosada, se pueden extraer algunas aplicaciones prácticas del principio de informalismo, que consisten básicamente en que la administración tiene la obligación de corregir las equivocaciones formales del administrado:

*“así, cuando éste se equivoque en el destinatario de un recurso administrativo, la administración tiene la obligación de corregir ese error formal y remitir el recurso ante la autoridad que le corresponde tramitarlo; de igual forma, aun cuando exista una equivocación en la denominación del recurso, la autoridad encargada de tramitarlo debe resolverlo en el fondo, ya que lo materialmente importante en un procedimiento administrativo no es el cumplimiento de las formalidades, sino la búsqueda de la verdad material, así como la vigencia de los derechos de las personas; **de tal modo que, cuando un administrado demuestre su inconformidad con lo resuelto por una autoridad administrativa y reclama esa decisión, debe siempre razonarse que lo que está haciendo el administrado es impugnar la resolución porque no la acepta;** en consecuencia, las autoridades deben considerar ese cuestionamiento por medio de las vías recursivas previstas, sean ante la misma autoridad (revocatoria) o ante el superior (jerárquico), vías que pueden tener otra denominación, pero que siempre implican la posibilidad de la revisión del acto administrativo”* (Sentencia Constitucional N°1206/2006-R, de 30 de noviembre de 2006; cuyo entendimiento ha sido reiterado posteriormente, entre otras, por la SCP 0614/2017-S1, de 27 de junio).

VII. Una mirada al Principio de Informalismo Administrativo en el anteproyecto de Código Procesal Administrativo de Bolivia (Ministerio de Justicia – v. 2019)

En los últimos años, se ha podido percibir en algunas instancias gubernamentales, un notable interés por la configuración de un nuevo Código Procesal Administrativo boliviano²¹⁵, instrumento normativo que aspira a ser una norma que equilibre un profundo contenido humanista con la necesaria exigencia formal del aseguramiento de la función administrativa.

En este sentido –y de acuerdo a la Exposición de Motivos del Anteproyecto elaborado el 2019–, se pretende brindar cobertura a dos visiones o perspectivas que singularizan el procedimiento administrativo: de un lado, el proveer tutela al derecho (fundamental) de petición y otros que pudieren verse involucrados a momento de su ejercicio, así como disciplinar el cauce de la actividad administrativa en ocasión de la manifestación de la voluntad de las Administraciones²¹⁶.

Entre las Disposiciones Generales de este Anteproyecto, se señalan algunas garantías y principios del procedimiento administrativo, sobre la base de las directrices que ya se encuentran constitucionalizadas en el art. 232 de la CPE, agregándose el del debido proceso (también llamado "adjetivo") al igual que

²¹⁵ Ciertamente, se trata de una iniciativa legislativa que saludamos con esperanza, dado que desde hace mucho tiempo venimos insistiendo en que la disciplina del Derecho Procesal Administrativo, además de su necesario desarrollo doctrinal adecuado en nuestro país, merece un tratamiento legislativo serio y objetivo, lo cual sólo es posible a través de la adopción de un cuerpo legal que, acentuando las virtudes y superando las falencias o limitaciones de la legislación administrativa existente hasta el momento en Bolivia, sistematice todos los aspectos generales que son mínimamente indispensables en cualquier tipo de procedimiento a seguir ante las entidades de la Administración Pública, y que por ende, pueda ser válidamente aplicable a nivel nacional, departamental o municipal, es decir, que pueda utilizarse de forma supletoria en las Entidades Territoriales Autónomas, dado que las mismas, en atención a sus potestades legislativas constitucionalmente establecidas, podrán elaborar sus propios procedimientos administrativos y reglamentarlos a nivel interno. “Ello equivale a decir, que es necesaria la elaboración de un *Código Procesal Administrativo* (...) que establezca los principios que rigen la actividad de las entidades públicas del Estado, y que instituya las autoridades administrativas encargadas de llevar adelante el procedimiento administrativo en todas sus etapas, hasta su conclusión, señalando además las reglas de procedimiento conforme a las cuales se debe peticionar y hacer valer las pretensiones de los administrados”. Así lo he sostenido desde hace varios años atrás, en mi columna de opinión: “La Codificación del Derecho Procesal Administrativo y su escaso desarrollo legislativo en Bolivia” (2015), disponible en mi Blog jurídico: <https://bit.ly/3x22PpJ>

²¹⁶ ¿Y dónde queda la tutela y protección que merece el derecho fundamental a la buena Administración pública? Es la primera interrogante que surge ante la omisión de haberlo considerado en la exposición de motivos del documento que comentamos; más aún si se considera que la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP) que analizamos en este trabajo, fue adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en el año 2013.

los principios de informalismo, razonabilidad, eficacia y participación, sumándose los de uniformidad -muy ligado al principio de igualdad y no discriminación²¹⁷-, el de predictibilidad, vinculado a la seguridad jurídica, siendo el más importante de todos, el de responsabilidad patrimonial del Estado que llega por primera vez al ordenamiento legal una vez consagrado constitucionalmente.

De todos ellos, a los efectos de la temática planteada en este análisis, nos interesa el principio de informalismo en cuanto a su configuración normativa y alcances. En efecto, el Anteproyecto sostiene lo siguiente:

***“Informalismo.** Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable, tanto en la admisión (de la reclamación) como en la decisión final (de la autoridad administrativa), en favor de las pretensiones de las y los administrados, de modo que sus derechos e intereses (subjetivos) no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados (posteriormente) dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público. Contrariamente, los actos de las Administraciones serán siempre estrictamente formales”* (los agregados entre paréntesis me corresponden).

Ahora bien, y como hemos visto en el desarrollo de este trabajo, el informalismo básicamente consiste en la dispensa a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir, aquellas que no están exigidas por el orden público administrativo; lo que significa que en realidad, opera como una garantía a favor del derecho de acción del administrado, por el cual se pretende asegurar una decisión sobre el fondo del asunto, salvando las dificultades de carácter formalista.

Asimismo, se ha dejado establecido también que el informalismo rige a favor del administrado, por encontrarse situado en inferioridad de condiciones en su relación con el Estado, por ello no rige a favor de la Administración, estando más bien ésta obligada al cumplimiento de todas las formalidades establecidas por las normas aplicables, a su relación con los ciudadanos(as). Sin embargo, según el Anteproyecto, el informalismo va a consistir en que la interpretación de las normas de procedimiento se realice “en la admisión como en la decisión final”; entonces:

²¹⁷ Acerca de este principio, recomendamos una reciente columna de opinión escrita a propósito del *Día Nacional contra el Racismo en Bolivia, y la protección de la Igualdad y No Discriminación*; donde se logra describir sus alcances según la jurisprudencia constitucional en Bolivia. Disponible en: <https://bit.ly/3x8RUw1>

¿Son sólo esos dos momentos procesales donde debe velarse por el informalismo?

¿Qué sucede o cómo se garantiza su aplicación durante la tramitación del procedimiento?

¿Cuáles serían los deberes de las autoridades administrativas (superiores o jerárquicas) y de los funcionarios subalternos, para efectivizar la no exigencia de meras formalidades a los administrados?

¿Cuáles serían los aspectos formales subsanables dentro del procedimiento?

¿De qué manera se garantiza evitar la pérdida de tiempo del administrado en trámites superfluos o burocráticos dentro de los procedimientos en las Administraciones públicas (a nivel nacional, departamental o municipal)?

Estas son algunas interrogantes que emergen de los limitados alcances en la redacción del principio de informalismo según el Anteproyecto que comentamos, y que merecen ser atendidas a fin de optimizar la configuración normativa de este principio tan importante para el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública en todos sus niveles.

VIII. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, tiene la virtud de establecer una catalogación de los derechos y deberes del ciudadano en su relación con la Administración Pública, lo cual es necesario adecuar e implementar, acorde a las particularidades de la legislación nacional y la idiosincrasia del Estado Plurinacional de Bolivia y sus instituciones públicas.

Asimismo, no se debe perder de vista que la Carta Iberoamericana tiene como finalidad esencial, el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública, y de sus derechos y deberes componentes, lo que tiene gran importancia en la medida en que constituye una convocatoria abierta para que los(las) ciudadanos(as), a nivel iberoamericano, asuman una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, en consecuencia, exijan que las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, realicen sus actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción y respeto a la dignidad humana.

Por otro lado, y como se ha podido apreciar, el anteproyecto legislativo que se ha formulado -con su actual redacción confusa e incompleta-, lamentablemente genera más dudas antes que certezas, lo que pone en riesgo nuestra seguridad jurídica; en consecuencia, es indispensable subsanar sus falencias complementando los alcances del informalismo que se pretende regular, acorde al desarrollo jurisprudencial existente, para lograr darle mayor efectividad en el desarrollo normal del procedimiento.

A este efecto, será necesario también compatibilizar su contenido normativo con los principios fundamentales, principios ético-morales, valores supremos, derechos y garantías constitucionales, resguardando de mejor manera el ejercicio del derecho de petición, en el marco de la eficacia y la protección efectiva que requiere el derecho a la buena administración, que conlleva en su contenido el servicio objetivo al interés general y la consecuente promoción de la dignidad humana.

En consecuencia, la atención de las peticiones legítimas de los administrados en sus relaciones con el Estado, debe realizarse con normalidad, continuidad y mediante un trámite libre de obstáculos; todo ello a fin de que la Administración Pública en todos sus niveles, contribuya a brindar un mejor servicio para la satisfacción de nuestras necesidades como ciudadanos(as).

Hacia una nueva constitución mexicana: derechos humanos en la era digital

Towards a new Mexican constitution: human rights in the digital age

Jersain Zadamig Llamas Covarrubias²¹⁸

Sumario: I. Introducción; II. Constitución mexicana y su intersección con la tecnología; III. Conclusiones; IV. Referencias.

Resumen: La Constitución es la ley fundamental que establece los principios básicos de la legislación y gobierno dentro de una nación, no obstante, las transformaciones tecnológicas han impactado los derechos humanos, requiriendo considerar los preceptos constitucionales y su armonización con las tecnologías disruptivas en un marco jurídico robusto con contenidos significativos para construir y sostener un Estado digital. Por lo tanto, el objetivo de la presente investigación es abordar diversos artículos (1-29 y 123) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el fin de asentar un arquetipo innovador y dinámico ante los avances tecnológicos.

Abstract: *The Constitution is the fundamental law that establishes the basic principles of legislation and government within a nation, however, technological transformations have impacted human rights, requiring the consideration of constitutional precepts and their harmonization with*

²¹⁸ Abogado y Maestro en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Guadalajara. Doctorando en Ciencias en Ciencia de Datos en INFOTEC, Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación. Profesor en la Universidad de Guadalajara, consultor y abogado especializado en Derecho y las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC). Científico en el área jurídica con publicaciones en diversos libros en coautoría y colectivos, así como en diversas revistas científicas y medios de comunicación de Argentina, Chile, Colombia, España, México, Perú, Ucrania y Venezuela. Co-fundador del capítulo del movimiento internacional Legal Hackers Guadalajara y miembro de la Red Iberoamericana de Derecho Informático.

disruptive technologies in a robust legal framework. with significant content to build and sustain a digital state. Therefore, the objective of this research is to address various articles (1-29 and 123) of the Political Constitution of the United Mexican States, to establish an innovative and dynamic archetype in the face of technological advances.

Palabras clave: Constitución Política; derechos humanos; derechos digitales.

Key words: Political Constitution; human rights; digital rights.

I. Introducción.

El concepto de tecnología ofrece *per se* una forma de observar cómo la sociedad emerge y estabiliza la distinción temporal entre antes (causa) y después (efecto). Las modalidades del tiempo nos otorgan un concepto de cómo se divide el pasado y el futuro; una tecnología de cómo se unen. En este sentido, la tecnología es el mecanismo que ofrece una distinción de posibles formas de seleccionar y conectar el antes y después, o la causa y efecto. Por ello, el futuro es la mezcla del pasado y presente, impulsando la necesidad de identificar en qué momento digital se encuentra la sociedad en su intersección con las evoluciones y revoluciones industriales.

El concepto de revolución industrial está ligado a cambios en las condiciones tecnológicas de producción, ya que durante la historia se han producido varios procesos de transformación disruptivos, donde el avance tecnológico ha impactado sustancialmente en las condiciones materiales y sociales de producción. Por consiguiente, la primera revolución industrial es identificada con la irrupción de la máquina a vapor, que tuvo sus primeras expresiones en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XVIII. La segunda revolución industrial tuvo lugar cien años más tarde y fue impulsada por la generación de energía eléctrica, la producción en masa y la introducción de la línea de montaje. La tercera revolución industrial en tanto se inició en los años setenta del siglo pasado con la automatización de procesos industriales gracias a los avances en la electrónica y la computación. La cuarta revolución industrial, que ya está entre nosotros, se asocia con la informatización y digitalización de la producción; con la generación, integración y análisis de

una gran cantidad de datos a lo largo del proceso productivo y del ciclo de vida de los productos, facilitados fundamentalmente por Internet (Basco et al., 2018, 24-25).

Precisamente la cuarta revolución industrial o industria 4.0, es una actual revolución digital cuyo objetivo es digitalizar todo el proceso de fabricación con una mínima intervención humana o manual. El objetivo es abarcar tantas industrias como sea posible, adaptar y mejorar las tecnologías existentes para satisfacer mejor las necesidades de la fabricación digital (Kumar y Nayyar, 2020, 1-21). Dicho lo anterior, actualmente la Industria 4.0 engloba tecnologías disruptivas como la Inteligencia Artificial (IA), robótica, Internet de las Cosas (IoT), vehículos autónomos, impresión 3D, drones, realidad virtual y aumentada, nanotecnología, biotecnología, ciencias de materiales, almacenamiento de energía, ciudades inteligentes, ciberseguridad y *blockchain* por mencionar algunas, aunado a que las mismas desarrollan y amplifican entre sí los mundos físico, digital y biológico (Schwab, 2016, 7).

A fin de cuentas, las tecnologías siempre han desafiado o alterado, el *status quo* social, económico, legal y, hasta cierto punto, ideológico. Tales transformaciones impactan el derecho constitucional, en la medida en que el Estado formula su respuesta jurídica a las nuevas tecnologías que está usando y desarrollando; esto requiere volver a trazar los límites constitucionales para armonizar las plataformas digitales al derecho constitucional o revisar la relación entre el derecho constitucional y el derecho privado, incluidos los deberes del Estado de regular el complejo cibernético, dentro o fuera de los límites jurisdiccionales del Estado (Micklitz et al., 2022, 1-2).

En tal sentido y en razón a que la constitución establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país, siendo la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de esa nación (Lassalle, 2003, 35), de *facto*, la Constitución es un instrumento que toma las riendas de una nación, toda vez que no existe nada por encima de esta. Por lo tanto, si bien es necesario mirar hacia atrás para preguntarnos ¿En qué momento del desarrollo jurídico se encuentra México? vale la pena también, en igualdad de circunstancias, iterativamente mirar hacia el futuro y preguntarse ¿Cómo será el porvenir de la Constitución y derechos humanos en México?

En este aspecto, predecir el futuro en el derecho Constitucional y derechos humanos es difícil, porque el significado constitucional proviene tanto de lo

que todos saben que es cierto (tanto en el pasado como en la actualidad) como de lo que los redactores efectivamente escribieron (técnica legislativa). No obstante, lo que todo el mundo sabe que es verdad cambia con el tiempo y ofrece formas que son imposibles de predecir, aunque si el legislador espera hasta que las amenazas se materialicen, la adopción de tecnologías y su armonía con la Constitución no podrán ser políticamente factibles, lo que demuestra la imperante pertinencia de traducir los valores constitucionales a la luz de nuevas tecnologías. Además, la Constitución cambiará en respuesta al desarrollo de la tecnología en el futuro, como siempre ha cambiado en el pasado, pero así como no está claro cómo se producirá ese cambio, qué forma adoptará y cuán efectivos serán los cambios, se deberán trazar los principios Constitucionales para el siglo XXI (Rosen, 2011, 8).

Algunos países han tomado iniciativa al respecto, por ejemplo, con la Carta de Derechos Digitales de España, se contemplan diversos derechos digitales. En el ámbito del derecho de libertad están los derechos y libertades en el entorno digital; a la identidad en el entorno digital; a la protección de datos; al pseudonimato; de la persona a no ser localizada y perfilada; a la ciberseguridad; y a la herencia digital. En la esfera de los derechos de igualdad están los derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital; de acceso a Internet; protección de las personas menores de edad en el entorno digital; accesibilidad universal en el entorno digital; y brechas de acceso al entorno digital. En materia de derechos de participación y de conformación del espacio público se contemplan el derecho a la neutralidad de Internet; libertad de expresión y libertad de información; a recibir libremente información veraz; a la participación ciudadana por medios digitales; a la educación digital; y derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas (Gobierno de España, 2021, 1-19).

Igualmente, en dicha carta, se enuncian derechos del entorno laboral y empresarial, siendo derechos en el ámbito laboral y la empresa en el entorno digital. Por otra parte, en relación a los derechos digitales en entornos específicos se contempla el derecho de acceso a datos con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica, fines estadísticos, y fines de innovación y desarrollo; a un desarrollo tecnológico y un entorno digital sostenible; a la protección de la salud en el entorno digital; libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital; derechos ante

la inteligencia artificial; y derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías. Finalmente respecto a garantías y eficacia se reconocen sus garantías de los derechos en los entornos digitales (Gobierno de España, 2021, 21-35).

Cabe destacar que la carta de derechos digitales de España no dispone de carácter vinculante, es decir, es un documento descriptivo, prospectivo y asertivo. Por lo cual podría considerarse como derecho indicativo o *soft law* (derecho blando) por no poseer fuerza legalmente vinculante. No obstante, algunos países como Portugal han considerado los derechos humanos en la era digital desde una concepción de derecho vinculante o *hard law* (derecho duro), emitiendo la *Lei n.º 27/2021 - Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*.

En dicha ley portuguesa se contemplan los derechos en un entorno digital; por ejemplo, de acceso al entorno digital; libertad de expresión y creación en un entorno digital; garantizar el acceso y el uso; a la protección contra la desinformación; de reunión, manifestación, asociación y participación en el entorno digital; a la privacidad en un entorno digital; uso de inteligencia artificial y robots; a la neutralidad de Internet; al desarrollo de habilidades digitales; a la identidad y otros derechos personales; al olvido; derechos en plataformas digitales; a la ciberseguridad; a la libertad de creación y protección de contenidos; a la protección frente a la geolocalización abusiva; a la voluntad digital; derechos digitales frente a la Administración Pública; derechos de los niños; y acción popular digital y otras garantías (Diário da República Portuguesa, 2021).

Si bien otros países han realizado cambios más impetuosos como Chile, el cual avanza en reformar su Constitución para proteger los *neuroderechos*²¹⁹. En el caso de México, sí se contemplan diversos derechos en el ámbito digital en la propia Constitución y en diversas legislaciones infraconstitucionales, oscilando en las materias de protección de datos personales; propiedad industrial; derechos de autor; penal; protección a niños niñas y adolescentes; educación; entre otras. Sin embargo, debe advertirse, que a pesar de la existencia de derechos humanos vinculados a la tecnología, será decisivo elevarlos a carácter constitucional de manera abstracta o como principio, para así evitar el camino gris y heterogéneo de los bienes jurídicos protegidos.

²¹⁹ Véase <https://www.senado.cl/noticias/neuroderechos/historica-aprobacion-informacion-cerebral-estara-protegida-en-la>

En síntesis, el objetivo del presente artículo es abordar a profundidad las encrucijadas entre la Constitución, derechos humanos y tecnología, específicamente se pretende asentar un arquetipo innovador y dinámico ante los avances tecnológicos. Se tomarán como referencia los artículos 1-29 y 123 de la Constitución federal mexicana, asegurando que el resultado final de la presente investigación, sea un producto teórico y práctico que consolide los cimientos que transportarán los principios constitucionales para el siglo XXI y sus tecnologías disruptivas a nivel nacional.

II. Constitución mexicana y su intersección con la tecnología.

Se ha considerado que la Constitución mexicana estructuralmente está dividida en dos partes; la dogmática y la orgánica. El apartado dogmático comprende las anteriores garantías individuales y ahora derechos humanos fundamentales, mientras que la parte orgánica corresponde a la división de poderes de la Unión y el funcionamiento sustancial de las instituciones del Estado. Dicho esto, para efectos del presente artículo, únicamente se abordarán artículos 1-29 y 123 constitucionales como resultado de los derechos, deberes y obligaciones que necesariamente deberán sufrir una metamorfosis tras su intersección con la tecnología.

Cabe hacer la aclaración, que no todos los artículos, derechos y sus respectivas garantías deberán ser modificadas, es decir, no se pretende crear un *tertium genus* de los derechos humanos, ni tampoco se anhela llenar de contenido exhaustivo y complejo a la Constitución, ya que este puede ser contemplado en las legislaciones infraconstitucionales. El objetivo principal de este apartado es presentar los desafíos constitucionales derivados del surgimiento de las tecnologías disruptivas.

Hechas estas salvedades y comenzando con el estudio, respecto al **artículo 1 constitucional**, es sumamente importante detenerse en las primeras líneas cuando se menciona “*todas las personas gozarán de los derechos humanos...*”. en el cual se destaca que el concepto de persona es tan amplio que pudiera contraponerse con la personalidad jurídica del futuro. Es decir, si bien existen las personas físicas que son los humanos y personas jurídicas o morales que son ficciones del derecho para entidades o corporaciones, la Unión Europea (UE) por medio del Parlamento Europeo (2017), en una resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil

sobre robótica, señaló la pertinencia de crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente. Sin embargo, tras un debate acalorado en la comunidad científica y en la misma Unión Europea, la Comisión Europea (2021) esclareció en la Ley de Inteligencia Artificial su postura de antropocentrismo, invalidando la idea de una nueva tercera personalidad jurídica como persona electrónica.

No obstante, a pesar de que la UE haya resuelto de momento el asunto de una tercera personalidad electrónica, esto no significa que sea la decisión final, además, México comienza a tener problemas respecto a la personalidad de los sistemas de Inteligencia Artificial o robots; como lo fue en el caso de *Sophia* el robot humanoide de *Hanson Robotics* que fue la primera ciudadana robot en el mundo y primera embajadora de innovación de robots del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo²²⁰, que en el año 2018 visitó la ciudad de Guadalajara, Jalisco México, en el evento internacional conocido como *Talent Land Network* y se declaró a *Sophia* de nacionalidad del reino de Arabia Saudita, como huésped distinguida del Estado de Jalisco (Periódico Oficial del Estado de Jalisco, 2018). Cabe destacar que la Constitución de Jalisco no reconoce la personalidad jurídica de los robots y en el caso de *Sophia*, se le otorgaron derechos de ciudadanía, es decir, es más que un nacional y tendría más derechos o prerrogativas que algunos grupos vulnerables.

En *stricto sensu* y a consideración del autor, el **artículo 2 de la Constitución** no requiere cambio por motivos digitales.

En relación con el **artículo 3 de la Constitución**, que trata sobre el derecho a la educación y obligatoriedad, así como sus objetivos, calidad, criterios, planes, características, niveles y autonomía, entre otros asuntos, su refuerzo es fundamental para las sociedades del futuro. Comprendiendo que la tecnología nunca permanece inmóvil, tampoco lo hace la alfabetización asociada con la misma, y tal como lo indican el Parlamento y Consejo

²²⁰ Véase <https://www.hansonrobotics.com/sophia/>

Europeo (2019), es necesaria la sensibilización y educación al público sobre los riesgos relacionados con la ciberseguridad, facilitando orientaciones sobre buenas prácticas para usuarios individuales, dirigidas a ciudadanos, organizaciones y empresas, especialmente sobre *ciberhigiene* y *ciberalfabetización*.

Además, durante milenios, los estudiantes han buscado instituciones formales costosas para acceder al conocimiento y capacitarse para la profesión deseada. A la postre, se ha identificado una grave brecha de habilidades causada por la incapacidad de la educación formal para seguir el ritmo de los avances tecnológicos. A medida que los empleadores se enfrentan cada vez más a la necesidad de personas con habilidades raras, es posible que se sientan más cómodos con las fuentes de conocimiento tradicionales y descentralizadas, con candidatos que demuestren aptitud a través de proyectos del mundo real y resolución de problemas (Foro Económico Mundial, 2021a, 40).

En el contenido del **artículo 4 Constitucional** se contemplan diversos derechos. Del gran catálogo de derechos reconocidos, se identifican la pertinencia de una metamorfosis de solo unos cuantos preceptos, como el derecho a la salud, que a pesar de que el gobierno mexicano ha implementado medidas de *telesalud* y *telemedicina*²²¹, aún debe fortalecer estas figuras en combinación con la *telerobótica* y visualización 3D en tiempo real del cuerpo humano y las tecnologías de comunicación multimodal (Haddadin & Knobbe, 2020, 34-35). En el mismo sentido, se tendrá que delimitar la frontera entre los derechos a la salud y autodeterminación, ya que gracias a la robótica, cada día surgen más rehabilitaciones e intervenciones en el cuerpo humano, ya sea por robots médicos o sistemas ciber-físicos que pueden modificar sustancialmente las concepciones en torno al cuerpo humano sano (Parlamento Europeo, 2017), además, esta corriente del perfeccionamiento humano para suplir un déficit, mejora la salud o únicamente autodeterminación morfológica, surgen del transhumanismo, posthumanismo, *biohacking* y cibernautas (Serra & Cortina, 2017, 21-33).

Siguiendo el mismo artículo, en relación a un medio ambiente sano deberá apostarse por un desarrollo tecnológico y a un entorno digital sostenible, para perseguir la sostenibilidad medioambiental y el compromiso con las

²²¹ Véase <https://www.gob.mx/salud/cenetec/acciones-y-programas/direccion-de-telesalud>

generaciones futuras (Gobierno de España, 2021, 26-27). En particular, con la red *Blockchain* llamada *Bitcoin*, que se tienen miles de computadoras de minería en todo el mundo, actuando individualmente o compartiendo recursos entre sí para resolver el mismo problema por un premio en el que el ganador se lleva todo, es muy criticada por los ambientalistas en razón a toda la energía que desperdicia, y en consecuencia otras criptomonedas han optado por otros mecanismos de consenso con un enfoque más respetuoso con el medio ambiente para verificar las transacciones (Grabowski, 2019, 12), pero sin entrar en debate, posicionamientos o menospreciar el mecanismo de consenso de esta red (*Bitcoin*) conocido como prueba de trabajo, o en inglés *proof of work*, que a consideración del autor es uno de los mecanismos de consenso más importantes y válidos contra las manipulaciones y ataques centralizados, el punto medular de este comentario, es que *a priori*, en todo desarrollo tecnológico, siempre se tome en cuenta por diseño y por defecto un respeto al medio ambiente.

Prosiguiendo con el análisis del mismo artículo, el derecho a la identidad deberá garantizarse de manera digital. Oficialmente aún no se cuenta con una identidad digital nacional, aunque debe aclararse que en el año 2018 se presentó el proyecto de iniciativa que pretendía expedir la Ley General de Ciudadanía Digital²²², a su vez en el año 2020 se presentó un nuevo proyecto de iniciativa de ley al respecto²²³. Sin embargo, dichos proyectos contaban con algunos errores de técnica legislativa que oscilaban en confundir la ciudadanía digital y la identidad digital y en consecuencia crear antinomias y controversias sobre la naturaleza de estos derechos (Llamas, 2020a). Por último, la prerrogativa que garantiza el interés superior del menor se deberá velar por el uso equilibrado y responsable de los entornos digitales a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y de preservar su dignidad y sus derechos fundamentales (Gobierno de España, 2021, 12).

Respecto al **artículo 5 Constitucional**, relativo al derecho a la profesión, industria, comercio o trabajo, debe destacarse que la demanda de educación basada en competencias está aumentando de manera constante y quizás

222

Véase

http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/12/asun_3789285_20181204_1543337934.pdf

223

Véase

http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/03/asun_4022117_20200319_1584642600.pdf

reemplace los programas de títulos universitarios formalizados. Si estas tendencias continúan, tanto la relajación de los requisitos corporativos como la disminución de la demanda de educación institucional, se visualiza que el futuro del trabajo podría ser cada vez más caracterizados por una contratación más meritocrática y basada en habilidades, y por un enfoque en los aprendizajes y otras formas de capacitación en el trabajo (Foro Económico Mundial, 2021a, 40), en vista de ello, se tendrá que estar al tanto de las profesiones, industrias, comercios y trabajos del futuro.

En relación al **artículo 6 Constitucional**, la libertad de expresión es un eje principal para el uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC), hoy en día, el Internet se ha convertido en un medio de comunicación vital para que las personas puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión, o el derecho a buscar, recibir e impartir información e ideas de todo tipo, sin importar las fronteras (Kettemann, 2020, 21). Respecto al derecho de acceso a TIC, servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, se debe indicar que este derecho no es suficiente, toda vez que además de reconocer el acceso a Internet, este debe ir acompañado con garantías y derechos de seguridad en el mismo ciberespacio.

Además, garantizar el acceso universal a Internet debería ser una prioridad para todos los Estados, la aplicación del derecho a la libertad de expresión impone a los Estados la obligación de promover el acceso universal a Internet, ya que este introduce nuevos vectores de amenaza para los derechos humanos, pero aumenta enormemente el potencial de las personas para hacer realidad sus derechos humanos (Kettemann, 2020, 36). Por lo tanto, sin acceso a Internet (a través de la infraestructura pertinente, incluidos dispositivos) o acceso a contenido de Internet, las personas no pueden hacer realidad sus derechos humanos en línea (Kettemann, 2020, 70).

Finalmente, respecto al derecho de acceso a la información, más allá de la información pública, es un reto sustancial para las democracias venideras el uso de algoritmos e Inteligencia Artificial, cuyo acceso a la información significativa de funcionamiento y decisiones tomadas, así como transparencia de código fuente informático y lógica aplicada podrían contravenir derechos de propiedad intelectual y secretos comerciales o asuntos de seguridad nacional.

Respeto al **artículo 7 Constitucional**, relativo a la libertad de expresión y difusión, se deberá prestar atención al uso de Inteligencia Artificial que se

empleé para producir videos muy realistas pero falsos, cuentas falsas y otro contenido fabricado que puede impedir la capacidad de una persona para llegar a opiniones fundamentadas basadas en hechos (Leslie et al., 2021, 16). Pero a *contrario sensu*, la Ley de Inteligencia Artificial de la UE, dicta que si un sistema de IA se utiliza para generar o manipular imágenes, audios o vídeos que a simple vista parezcan contenido auténtico, debe ser obligatorio informar de que dicho contenido se ha generado por medios automatizados, salvo excepciones que respondan a fines legítimos como la aplicación de la ley o libertad de expresión (Comisión Europea, 2021). Además dicho artículo constitucional contempla el no censurar ni coartar la libertad de difusión, y en ocasiones la libertad de expresión y difusión pudieran usarse de manera ruin para noticias falsas; ante esto, se pueden distinguir tres medidas de alta prioridad para combatir las noticias falsas que no recomiendan una legislación dura (que podría llevar a la censura) sino una acción blanda e inteligente (directrices, códigos de buena conducta, buenas prácticas, etc.), junto con mecanismos de rendición de cuentas, proporcionalidad y revisión (Frau-Meigs, 2018, 7).

Debe aclararse que el artículo 6 constitucional expresa la condicional de manifestación de ideas en el caso que ataque la moral y la vida privada, aunado a que la Federación, los Estados y Municipios deben proteger en el ejercicio del derecho de acceso a la información el principio de la vida privada y los datos personales en términos y excepciones legales. Y a *contrario sensu*, en el artículo 7 CPEUM, se limita el derecho de libertad de imprenta, ante el respeto de la vida privada (art. 6).

Con relación al **artículo 8 Constitucional**, debe aclararse que dicho derecho de petición no es sinónimo del derecho al acceso a la información pública, aunado a que se ha mantenido intacto desde la promulgación de la Constitución contemporánea de 1917. El derecho de petición consiste en la prerrogativa de realizar peticiones a las autoridades de manera respetuosa y pacífica, y no se agota ahí su derecho, sino que la autoridad tiene la obligación de dar contestación a las mismas en breve término. Lo recomendable es realizar una reforma para considerarlo en el ámbito digital, con motivo de que su futuro jurídico no recaiga en un curso divergente de sentencias, tesis aisladas y jurisprudencias, además, se deberán tomar en cuenta los recursos materiales, económicos y humanos de la administración pública para verificar su validez y facticidad.

Conforme al **artículo 9 Constitucional**, relativo a los derechos de asociación, reunión y protesta, deben considerarse los medios digitales. Verbigracia, en un ataque de denegación de servicio (DoS) o de denegación de servicio distribuida (DDoS), los atacantes inundan el ancho de banda o los recursos de la red o los servidores de una empresa o entidad objetivo con tráfico de red falso, lo que impide que los usuarios legítimos obtengan información o acceso (Schreider, 2020, 65). Incluso se han realizado peticiones, como a la casa blanca de EUA, en las cuales solicitan que los ataques distribuidos de denegación de servicios sean considerados como una forma de protesta legítima²²⁴. Por ejemplo, en diciembre de 2013, 14 personas fueron arrestadas en los EUA por su presunta participación en ataques cibernéticos contra el sitio web de *PayPal* en 2010, produciendo la suspensión de pagos de *PayPal* a *WikiLeaks* (Maurushat, 2019, 65). En consecuencia, si no se delimitan los linderos de estos derechos, estas acciones se podrían considerar como ataques a las vías de comunicación o sabotaje digital.

Por otra parte, el artículo **10 Constitucional** es el derecho a poseer armas. Sobre esto, algunas personas comienzan a construir armas mediante impresoras 3D, además de que los diseños digitales de pistolas son accesibles y contienen millones de descargas, fuera de los canales regulados. Los eventos que rodean la pistola impresa en 3D aún no se han cristalizado y la historia de la fabricación de armas distribuidas apenas ha comenzado, sin embargo, considerando el profundo impacto que la pistola impresa en 3D ha tenido, y seguirá teniendo, en los debates teóricos, regulatorios e ideológicos relacionados con los nuevos medios y cultura de Internet, este caso requiere una atención más proactiva que reactiva (Van Vugt, 2016, 117-118).

Prosiguiendo con el análisis, debe indicarse que a consideración del autor, los **artículos 11, 12, 13, 14 y 15 constitucionales** no requieren cambios sustanciales por motivos digitales.

De acuerdo al **artículo 16 constitucional**, que contiene diversos derechos en su concepción, los destacables para la materia en estudio son el de protección de datos personales, inviolabilidad de comunicaciones privadas y la intervención de las mismas. Respecto a la protección de datos, además de los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición y revocación

²²⁴

Véase <https://web.archive.org/web/20150412142123/https://petitions.whitehouse.gov/petition/make-distributed-denial-service-ddos-legal-form-protesting/>

del consentimiento, es urgente elevar a carácter constitucional el de derecho de portabilidad de datos, que a pesar de que se encuentra contemplado de manera infraconstitucional en la ley especial, es menester agregarlo a nivel Constitucional. Dicho derecho de portabilidad de datos se divide en dos elementos de acuerdo con Ursic (2018, 64-65); primero, el derecho a obtener una copia de los datos respectivos para su uso posterior y segundo, el derecho de las personas a transmitir sus datos personales de un proveedor a otro.

En el mismo orden de ideas, algunas nociones interesantes contenidas en el Reglamento General de Protección de Datos de la UE, son el derecho al olvido, que consiste en facilitar la posibilidad de requerir que los datos personales de un titular desaparezcan o no dejen rastro en la red por medio de la supresión de los mismos cuando encuadren en algunas circunstancias. También es necesario adoptar la extraterritorialidad, toda vez que su aplicación se realiza al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o encargado en la UE, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la UE o no (Parlamento y Consejo Europeo, 2016). Sobre este último punto, la regulación de la UE es tan estricta que se considera dentro del ámbito de aplicación si una entidad ofrece la opción de interactuar con el sitio web en la lengua materna y la moneda de un Estado miembro de la UE (Mali, 2018, 8). Asimismo, en materia de protección de datos, han surgido nuevos derechos derivados a este; el derecho al *pseudonimato*, permitiendo el acceso a entornos digitales en condiciones de *pseudonimidad*, siempre y cuando no sea necesaria la identificación personal para el desarrollo de las tareas propias de dicho entorno (Gobierno de España, 2021, 9).

Respecto a los preceptos que garantizan la inviolabilidad de comunicaciones privadas y describen los procesos y elementos de la intervención de comunicaciones privadas e intervenciones autorizadas, sólo cabe agregar que deben reforzarse de la manera más correcta y equilibrada para evitar el espionaje. Además, otro derecho innovador que se desprende de los preceptos anteriores es el derecho a la encriptación o cifrado de la información como mecanismo tecnológico de protección de comunicaciones particulares (Vázquez & Miramontes, 2020, 49-51).

Con relación al **artículo 17 Constitucional**, de los diversos derechos que contempla, destacan la administración de justicia y los medios alternos de solución de controversias. Al respecto, es crucial que la tutela administrativa

y judicial de los derechos en entornos digitales sean de acuerdo con la legislación vigente adecuada, aunado a que se deberán promover evaluaciones de leyes administrativas y procesales vigentes a fin de examinar su adecuación al entorno digital, y la propuesta en su caso de reformas oportunas en garantía de los derechos digitales (Gobierno de España, 2021, 30).

De igual modo, en términos generales, se debe apostar por juzgados sin papel, con miras a una justicia electrónica, cuyos objetivos sean la economía y concentración procesal para evitar el rezago de expedientes para hacer más eficiente la impartición de justicia y reducir los costos de los procesos judiciales (García, 2018, 149-153). Por otra parte, están surgiendo resoluciones de disputas en línea, en inglés *online dispute resolution* (ODR), que nacieron de un entorno en línea que estaba lleno de malentendidos y disputas, pero carecía de vías para abordarlas de manera efectiva, su objetivo era llenar el vacío que involucra las disputas en línea donde la autoridad de la ley estaba ausente o era inadecuada, así como proporcionar nuevas y mejores formas de resolver las disputas que surgían en relación con el uso de la red o el Internet (Katsh & Rabinovich-Einy, 2017, 33-34). De hecho, estas disputas han trascendido de la realidad virtual hacia la realidad análoga, con el surgimiento de cortes descentralizadas basadas en sistemas *Blockchain* y la teorías de juego como *Kleros*²²⁵, cuyos fallos recientemente han sido aceptados como válidos por tribunales mexicanos (Virues, 2021).

Prosiguiendo con el análisis, debe indicarse que a consideración del autor, los **artículos 18, 19 y 20 constitucionales** no requieren cambios sustanciales por motivos digitales.

Respecto al contenido normativo del **artículo 21 constitucional**, los derechos afines a la materia son la investigación de los delitos y seguridad pública; se tendrá que tener una correcta técnica legislativa en la normatividad específica sobre estos asuntos, toda vez que en su redacción incorrecta, pudieran contraponer derechos como la seguridad pública contra la privacidad. Asimismo, algunas acciones de inteligencia y contrainteligencia en el ciberespacio serán pertinentes, pero reiterando; sin vulnerar derechos fundamentales.

²²⁵ Véase <https://kleros.io/>

Por su parte, debe indicarse que a consideración del autor, los **artículos 22, 23 y 24 constitucionales** no requieren cambios sustanciales por motivos digitales.

En relación con el **artículo 25 constitucional**, corresponde a la rectoría del desarrollo nacional. Es menester señalar, que tanto el Plan Nacional de Desarrollo, así como las estrategias digitales y de ciberseguridad, deben desarrollarse apegados a las necesidades de la sociedad, ya que por encima de actos legislativos o administrativos, los actos políticos son impulsores de los sistemas institucionales para el desarrollo del país, y en este caso para la tecnología. Además, el factor económico es una base sólida para los marcos legales y constitucionales. Como analogía, la UE ha formalizado que sus pilares son el libro blanco sobre Inteligencia Artificial y la Estrategia Europea de Datos²²⁶.

De acuerdo al **artículo 26 Constitucional**, respecto a los procedimientos de participación y consulta popular, tarde o temprano tendrán inconvenientes cuando la tecnología supere los límites contemporáneos. Es decir, aclarando que el sistema democrático y los instrumentos de participación social no son lo mismo en *stricto sensu*, es necesaria realizar una analogía con la democracia líquida, que es una combinación de democracia representativa (donde la gente vota por representantes a intervalos) y democracia directa (donde los ciudadanos votan individualmente sobre todo). En la democracia líquida, cada ciudadano tiene un voto, pero los votantes pueden delegar su voto en cualquier momento a otro votante (llamado apoderado), ya sea para un tema específico o para una categoría de temas. Es importante destacar que esta delegación se puede revocar en cualquier momento (EUBlockchain, 2020, 25). Por lo tanto, los procesos de consulta y participación ciudadana, social o vecinal podrán lograrse con ayuda de tecnologías inmutables, transparentes, trazables y seguros como *Blockchain*.

Conforme al **artículo 27 Constitucional**, relativo a diversos derechos, pero destacando para el presente estudio la propiedad originaria del Estado y las modalidades de la propiedad privada. En particular, un primer problema serán los drones, pues estos no pueden volar sobre una propiedad y luego

²²⁶ Véase https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf

reclamar la pertenencia de ese espacio aéreo, y consecutivamente, una aplicación de Realidad Aumentada (RA), no puede reclamar las coordenadas de GPS por la sola ocupación, verbigracia, algunas aplicaciones como *Pokemon Go* superponen gimnasios sobre propiedades privadas y públicas, cuya titularidad puede ser reclamada por medio de batallas, lo que conlleva a que diversos legisladores anglosajones prohibieran los juegos de RA en parques, así como establecer parámetros para la propiedad privada, forzando a la empresa *Niantic* (encargada de *Pokemon Go*) a establecer procedimientos para poder denunciar la eliminación de puntos de interés cerca de propiedades privadas (Llamas, 2020b, 267-272).

Por otra parte, más allá de la Realidad Aumentada (RA), la Realidad Virtual (RV) implica un aumento de problemas; tomando como referencia a EUA, en el año 2007 se suscitó el litigio *Bragg v Linden Lab* (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Pensilvania, 2007), cuya disputa radicó en que la plataforma *Second Life*, confiscó una propiedad virtual, negando acceso al mundo virtual al usuario Marc Bragg. Dicho usuario alegó en un argumento por analogía, que las compras de tierras en dicha plataforma eran equivalentes a compras de bienes inmuebles reales. A su vez, en el año 2010 se presentó el juicio *Evans et al. v Linden Lab* (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos Distrito Norte de California, 2014), cuyos demandantes alegaron que compraron artículos y terrenos virtuales en *Second Life*, pero posteriormente se les suspendió sus cuentas unilateralmente, pero igualmente las partes aprobaron un acuerdo y no se llegó a tratar el fondo del asunto de la propiedad de tierras y viviendas en mundos virtuales. Y aunque estos casos parecieran asuntos aislados, se debe hacer hincapié en que, las plataformas de RV cada vez tienen más preeminencia en la vida análoga, por ejemplo *Decentraland*²²⁷ es un mundo virtual que reside sobre una red *Blockchain Ethereum*, y a su vez, *Facebook* ha anunciado un universo virtual llamado *Meta*²²⁸, que entre tantos derechos, revolucionarán los derechos de propiedad y vivienda en el futuro.

En cuanto al **artículo 28 Constitucional**, acerca de la prohibición de monopolios y prácticas monopólicas, cabe mencionar que el monopolio es la

²²⁷ Véase <https://decentraland.org/>

²²⁸ Véase <https://about.facebook.com/meta/>

situación en la que hay un solo vendedor en el mercado²²⁹; y las prácticas monopólicas son acciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea manipular precios, la oferta y demanda de un bien o servicio, dividir o asignar porciones de un mercado, así como intercambiar información con los objetos anteriores²³⁰.

Para fines de esta investigación, los datos son los nuevos activos críticos y elementos cruciales competitivos en el mercado digital; el mundo está inundado de datos y crecen exponencialmente, e incluso la mayoría de los datos en el mundo (90%) se han generado sólo en los últimos dos años (Foro Económico Mundial, 2021b, 04). La mayoría de los datos se encuentran en el sector privado, estimando que para el año 2025 el 80% de los datos en todo el mundo residirán en las empresas (Foro Económico Mundial, 2020, 04).

Algunos problemas podrían surgir con las fusiones de empresas, como lo fue el caso de *Facebook* con *Whatsapp*, donde la protección de datos podría constituir un parámetro sobre la base de qué empresas compiten en un mercado en particular; y asimismo, la fusión *Microsoft* con *LinkedIn* estableció que la elección del consumidor en relación con la protección de la privacidad era un parámetro importante de competencia entre las redes sociales profesionales que podría verse amenazada por la fusión si el mercado llegar a un punto de inflexión a favor de *LinkedIn* (Graef, 2018, 125).

Por otra parte, a consideración del autor, el **artículo 29 de la Constitución** no requiere cambios por motivos digitales.

Finalmente, el **artículo 123 Constitucional** relativo al trabajo digno y socialmente útil, conlleva un reto permanente en el ámbito digital. Lo anterior en razón a que surgen nuevas prerrogativas que deberán ser abordadas con detenimiento, las cuales son el teletrabajo o trabajo a distancia y el derecho a la desconexión digital (Diario Oficial de la Federación, 2021). El teletrabajo significa que, gracias a las TIC, parte del tiempo laboral se realizará en una ubicación diferente a la oficina de la institución, mientras que la desconexión digital es, que tras finalizar la jornada laboral, los trabajadores no deberán contestar llamadas, correos electrónicos o mensajes de datos, fuera del horario establecido.

²²⁹ Véase http://www.sice.oas.org/dictionary/CP_s.asp

²³⁰ Véase http://www.ift.org.mx/industria/autoridad-investigadora/preguntas-frecuentes/practicas_monopolicas_y_concentraciones_ilicitas

III. Conclusiones.

El presente trabajo no pretendió discutir la creación de derechos digitales distintos a los derechos fundamentales ya reconocidos en la Constitución y a nivel internacional, sino de esclarecer lo más relevante en el ecosistema y espacio digital, así como describir derechos dependientes y auxiliares a los ya conocidos.

Podemos condensar lo dicho hasta aquí, que la innovación ha transitado por diversas etapas, que van desde la deconstrucción hasta la reconstrucción, entre la mezcla y remezcla de tecnologías. Básicamente, las innovaciones se crean al combinar ideas y elementos de diferentes fuentes, como esfuerzo, dinero, tecnología, *software*, *hardware* e incluso hasta religión. En consecuencia, la innovación consiste en volver a romper la estructura estable de varios sistemas y procesos que ya se han construido, para que se convierta en un estado y luego los elementos originales se recombinan; la llamada innovación consiste en romper y recombinar el modelo y la estructura original, en lugar de surgir de la nada (Yuming, 2019, 8-9). Por lo tanto, uno de los desafíos contemporáneos para asegurar que el país actúe de manera consistente con la normatividad, requiere un marco legislativo robusto con contenidos significativos para construir y sostener un estado digital, especialmente cuando la legislación es la principal herramienta prescrita constitucionalmente por la cual el gobierno puede actuar. Pero la tarea de supervisar este marco legal y actualizarlo para garantizar que se mantenga al día con los desarrollos sociales, económicos y científicos, es una tarea que puede poner a prueba las capacidades humanas (Zalnieriute et al., 2021, 265).

Sobre este punto, las TIC ofrecen desafíos y oportunidades para las naciones, pero es imperante advertir, que el desarrollo de las tecnologías sin salvaguardas constitucionales podría desafiar los diversos sistemas, incluidos el estado constitucional, conllevando a la sociedad hacia un *tecnoderecho* y a la marginación de los actores públicos. Por consiguiente, la tecnología no debe ordenar a la sociedad, sino ser un medio para promover la evolución y progreso de la humanidad. De tal modo, la Constitución contiene medios de defensa y control constitucional, por lo que ninguna persona ni tecnología podrán estar por encima de esta, ni pretender desaparecer gradualmente los valores constitucionales democráticos.

Este artículo abordó las recientes tecnologías disruptivas, proporcionando respuestas dinámicas ante estas evoluciones. Asimismo, facilitó un nuevo proyecto nacional prototipo, que armoniza los desafíos constitucionales y en derechos humanos con un enfoque innovador y tecnológico. Empero, tras tecnologías dinámicas se requieren legislaciones dinámicas, pues los retos tecnológicos siguen y en un futuro tendrán que abordarse a más profundidad tecnologías como el Internet; Inteligencia Artificial; Internet de las cosas; impresión 3D; innovaciones médicas; robótica avanzada; *Blockchain*; vehículos autónomos; realidad virtual y realidad aumentada; drones; *big data*; ciberseguridad; computación cuántica, nanotecnología, entre otros. O en su defecto, con tópicos que oscilan entre los avances en la medicina híper personalizada; el dinero digital; medicina contra el envejecimiento; mega constelaciones de satélites; supremacía cuántica; viajes de alta velocidad; Inteligencia Artificial de diverso tamaños; cambio climático y tecnología; energía nuclear; embriones artificiales; ciudades inteligentes; privacidad digital; salto cuánticos; células humanas; cohetes reutilizables; interfaces para hablar con máquinas; robots que enseñan a otros; y chips neuromórficos.

En síntesis, desde su origen, las Constituciones fueron concebidas para limitar los poderes públicos y gubernamentales, protegiendo así a las personas contra cualquier abuso del Estado, empero, tras el desarrollo tecnológico, se requiere repensar y revisar los principios y reglas establecidas, ya que las tecnologías disruptivas llevan consigo un cambio paradigmático donde el poder público no es la única preocupación por el respeto de los derechos fundamentales. Esto requiere que los legisladores vuelvan a trazar los límites constitucionales para armonizar las tecnologías con los derechos humanos.

IV. Referencias.

Basco A. et al. (2018). Evolución de las Revoluciones Industriales. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Industria-40-Fabricando-el-Futuro.pdf>

Comisión Europea (2021). Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo y Del Consejo Por El Que Se Establecen Normas Armonizadas En Materia De Inteligencia Artificial (Ley De Inteligencia Artificial) Y Se Modifican Determinados Actos Legislativos De La Unión {Sec(2021) 167 Final} -

- {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final}. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>
- EUBlockchain. (2020). Governance of and with Blockchain. The European Union Blockchain Observatory & Forum. Recuperado de: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_governance_v1.0_0.pdf
- Foro Económico Mundial. (2020). *A New Paradigm for Business of Data BRIEFING PAPER*. Recuperado de: http://www3.weforum.org/docs/WEF_New_Paradigm_for_Business_of_Data_Report_2020.pdf
- Foro Económico Mundial. (2021a). *Technology Futures: Projecting the Possible, Navigating What's Next INSIGHT REPORT*. Recuperado de: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Technology_Futures_GTGS_2021.pdf
- Foro Económico Mundial. (2021b). *Data-driven Economies: Foundations for Our Common Future WHITE PAPER*. Recuperado de: http://www3.weforum.org/docs/WEF_WP_DCPI_2021.pdf
- Frau-Meigs, D. (2018). *Societal costs of "fake news" in the Digital Single Market*. European Parliament.
- Garcia, M.E. (2018). Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica, 2018, vol. 12 núm. 41, 133-154. Recuperado de: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/330>
- Gobierno de España. (2021). Carta Derechos Digitales. Recuperado de: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf
- Grabowski, M. (2019). *Cryptocurrencies A Primer on Digital Money*. Routledge
- Graef, I. (2018). Blurring Boundaries of Consumer Welfare How to Create Synergies Between Competition, Consumer and Data Protection Law in Digital Markets. In M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, & G. Surblytė-Namavičienė (Eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?* (pp. 121-151). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_6
- Haddadin, S. & Knobbe, D. (2020). Robotics and Artificial Intelligence The Present and Future Visions en N. Ebers M. & Navas S. (Eds.), *Algorithms and Law* (pp. 01-36). Cambridge University Press.

- Katsh, E. & Rabinovich-Einy, O. (2017). *Digital Justice Technology and the Internet of Disputes*. Oxford University Press.
- Kettemann, M. (2020). *The Normative Order of the Internet A Theory of Rule and Regulation Online*. Oxford University Press.
- Kumar, Akshi y Nayyar, Anand (eds). (2020). "Industry: A Sustainable, Intelligent, Innovative, Internet-of-Things Industry" En *A Roadmap to Industry 4.0: Smart Production, Sharp Business and Sustainable Development* pp. 1-21, Springer
- Lassalle, Ferdinand. (2003). *¿Qué es una Constitución?*. Editorial Themis S.A.
- Llamas, J.Z. (2020a). Las autoridades electorales y de protección de datos ante el Derecho al Olvido en la iniciativa que expide la Ley General de Identidad y Ciudadanía Digital en México. Recuperado de: <https://forojuridico.mx/las-autoridades-electorales-y-de-proteccion-de-datos-ante-el-derecho-al-olvido-en-la-iniciativa-que-expide-la-ley-general-de-identidad-y-ciudadania-digital-en-mexico/>
- Llamas, J. Z. (2020b). La propiedad como objeto, medio y fin en el uso de las TIC: propiedades inteligentes, geoetiquetadas y virtuales. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (30), 247–293. <https://doi.org/10.18601/16571959.n30.10>
- Leslie, D. et al. (2021). *Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law a Primer*. Consejo de Europa & The Alan Turing Institute.
- Mali, P. (2018). *GDPR Articles With Commentary & EU Case Laws*. Cyber Infomedia.
- Maurushat, A. (2019). *Ethical Hacking*. University of Ottawa Press.
- Micklitz et al. (2022). *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*. Cambridge University Press.
- Parlamento Europeo. (2017). Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html
- Parlamento y Consejo Europeo. (2016). Reglamento (Ue) 2016/679 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=ES>

- Parlamento y Consejo Europeo. (2019). Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.o 526/2013 («Reglamento sobre la Ciberseguridad»). Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32019R0881>
- Periódico Oficial del Estado de Jalisco. (2018). DECRETO DIGELAG DEC 06/2018 del Ciudadano Gobernador Constitucional del Estado de Jalisco mediante el cual se declara al Robot Humanoide Sophia de nacionalidad del Reino de Arabia Saudita, como huésped distinguida del Estado de Jalisco. Pág. 3 Miércoles, Abril 4, 2018 Sección BIS EDICIÓN ESPECIAL No. 19. Consultado en: <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/04-04-18-bis.pdf>
- Rosen, Jeffrey. (2011) "1. Introduction Technological Change and the Constitutional Future", En Rosen J. & Wittes B. (eds.), *Constitution 3.0 Freedom and Technological Change*. pp. 1-8. Brookings Institution Press.
- Schreider, T. (2020). *Cybersecurity Law, Standards and Regulations*, 2da ed. Rothstein Associates Inc.
- Schwab, Klaus. (2016). *The Fourth Industrial Revolution*. World Economic Forum.
- Serra, M. & Cortina, A. (2017). ¿Humanos o posthumanos?: singularidad tecnológica y mejoramiento humano. Fragmenta.
- Ursic, H. (2018). The Failure of Control Rights in the Big Data Era: Does a Holistic Approach Offer a Solution? In M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, & G. Surblyté-Namavičienė (Eds.), *Proprietary Rights in Digital Data? Normative Perspectives and Principles of Civil Law* (pp. 55-83). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_4
- Van Vugt, G. (2016). "Chapter 7 The Killer Idea: How Some Gunslinging Anarchists Held Freedom of Speech at Gunpoint". En van den Berg, B. et al (eds.), *3D Printing Legal, Philosophical and Economic Dimensions*, pp. 117-134, T.M.C. Asser Press.
- Vázquez, L. & Miramontes, J. (2020). La encriptación. Derecho humano de la era digital. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático segunda época* 2020, año 1 (8), 47-60. http://www.fiadi.org/wp-content/revista_fiadi_segunda_epoca/historial_de_revistas/FIADI-09.pdf

Virues, M. (2021). *Accommodating Kleros As A Decentralised Dispute Resolution Tool For Civil Justice Systems: Theoretical Model And Case Of Application*. Kleros. Recuperado de: <https://ipfs.kleros.io/ipfs/QmfNrgSVE9bb17KzEVFoGf4KKA1Ekaht7ioLjYzheZ6prE/Accommodating%20Kleros%20as%20a%20Decentralized%20Dispute%20Resolution%20Tool%20for%20Civil%20Justice%20Systems%20-%20Theoretical%20Model%20and%20Case%20of%20Application%20-%20Mauricio%20Virues%20-%20Kleros%20Fellowship%20of%20Justice.pdf>

Yuming, Lian. (2019) *Data Rights Law 1.0: The Theoretical Basis*. Peter Lang International Academic Publishers.

Zalnieriute, M. et al. (2021). "13 From Rule of Law to Statute Drafting Legal Issues for Algorithms in Government Decision-Making". En Barfield, W. (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, pp. 251-272, Cambridge University Press.

Normatividad y Sentencias.

Diário da República Portuguesa. (2021). Lei n.º 27/2021 Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. Recuperado de: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244>

Diario Oficial de la Federación. (2021). DECRETO por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo. DOF: 11/01/2021. Recuperado de: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021

Congreso de la Unión. (2017). Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Constitución Publicada En El Diario Oficial De La Federación El 5 De Febrero De 1917 Texto Vigente Última Reforma Publicada DOF 28-05-2021. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Pensilvania. (2007). *Bragg v. Linden Research, Inc.* 487 F. Supp., 30 de mayo 2007, juez Eduardo C. Robreno. Disponible en: <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07D0658P.pdf>

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos Distrito Norte de California. (2014). *Evans v. Linden Research, Inc.* n.º C-11-01078 dmr, 30 de

mayo 2014, Juez Donna M. Ryu. Disponible en:
<https://casetext.com/case/evans-v-linden-research-12>