

DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN:

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL E INTERAMERICANA

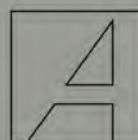
I

Coordinadores

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

José Luis Caballero Ochoa

Christian Steiner



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
E500.113
D473d

Derechos humanos en la Constitución : comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana / coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa, Christian Steiner ; [la compilación de esta obra estuvo a cargo de la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ; prólogo Ministro Juan N. Silva Meza]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013. 2 t. ; 27 cm.

Contenido: t.1. Principios generales -- Igualdad y no discriminación -- Libertades públicas -- t.2. Composición pluricultural de la nación -- Derechos económicos, sociales culturales y ambientales (DESCA) -- Materia penal -- Tutela judicial -- Derechos patrimoniales y familiares.

ISBN 978-607-468-616-6 (Obra Completa)
ISBN 978-607-468-623-4 (Tomo I)

1. Derechos humanos – Normas constitucionales – Reforma constitucional – México 2. Interpretación constitucional – Principio pro persona 3. Jurisprudencia constitucional 4. Jurisprudencia interamericana de derechos humanos 5. Corte Interamericana de Derechos Humanos 6. Igualdad ante la ley 7. Derecho a la no discriminación 8. Prohibición de esclavitud 9. Asilo 10. Minorías religiosas 11. Multiculturalismo 12. Derechos económicos 13. Derechos sociales 14. Derechos culturales 15. Derecho a un medio ambiente adecuado 16. Derechos de los niños 17. Derechos del consumidor 18. Derechos laborales 19. Libertades públicas 20. Libertad de pensamiento y de expresión 21. Prohibición de censura 22. Derecho a la vida privada 23. Derecho a la información pública 24. Derecho de petición 25. Libertad de asociación 26. Libertad de tránsito 27. Derechos políticos 28. Derecho a tutela jurídica efectiva 29. Fuero militar 30. Derecho a ser oído públicamente por tribunal 31. Acceso a la justicia 32. Mecanismos alternativos de solución de controversias 33. Corte Penal Internacional 34. Juicio de amparo 35. Legítima defensa 36. Delincuencia organizada 37. Flagrancia 38. Defensoría pública 39. Penas y medidas de seguridad 40. Derechos del inculcado 41. Tortura 42. Derechos de las víctimas u ofendidos 43. Seguridad pública 44. Pena de muerte 45. Derechos patrimoniales 46. Derecho familiar 47. Derechos reproductivos I. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, coord. II. Caballero Ochoa, José Luis, coord. III. Steiner, Christian, coord. IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia V. Silva Meza, Juan Nepomuceno, 1944- , prol.

Primera edición: noviembre de 2013

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

D.R. © Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D.F.

D.R. © Fundación Konrad Adenauer
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19C-74, piso 2
Bogotá, Colombia

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

La compilación de esta obra estuvo a cargo de la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN:

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL E INTERAMERICANA

I

Coordinadores

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

José Luis Caballero Ochoa

Christian Steiner



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente

Primera Sala

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministra Olga Sánchez Cordero
de García Villegas
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Sergio A. Valls Hernández
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Dr. Héctor Felipe Fix-Fierro
Director

Dra. Mónica González Contró
Secretaria Académica

Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadora editorial

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

*Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica*

Dr. Christian Steiner
Director

Coordinadores de la obra

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
José Luis Caballero Ochoa
Christian Steiner

Coordinadores de contenidos

Juan Carlos Arjona Estévez
Iván García Gárate

Equipo de armonización de contenidos

Adriana Muro Polo
Edgar S. Caballero González
Luis Fernando García Muñoz
Nora R. Frías
Julieta Becerril

Elaboración de estándares

Iván García Gárate
Adriana Muro Polo

Contenido

Presentación.....	XV
Prólogo	XIX
Nota preliminar.....	XXV
Recuento de los insumos para la aplicación de la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011	XXIX

TOMO I

Principios generales

Estándares sobre principios generales.....	3
Derechos humanos en la Constitución mexicana <i>Miguel Carbonell</i>	19
Comentario sobre el Artículo 1o., segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio <i>pro persona</i>) <i>José Luis Caballero Ochoa</i>	47
Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos <i>Sandra Serrano</i>	89

Artículo 1o., tercer párrafo. Prevenir, investigar, sancionar y reparar como deberes del Estado frente a las violaciones de derechos humanos
Manuel Becerra Ramírez 133

La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano
Jorge F. Calderón Gamboa..... 145

El Artículo 15 Constitucional y los Tratados Internacionales
Gabriela Rodríguez Huerta..... 221

Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción
Pedro Salazar Ugarte..... 229

Igualdad y No discriminación

Estándares sobre Igualdad y No discriminación 261

Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre
Carlos De la Torre Martínez 271

La prohibición de discriminar según el Poder Judicial de la Federación
Mario Santiago Juárez..... 299

Igualdad y No discriminación entre mujeres y hombres
Regina Tamés Noriega y Alma Luz Beltrán y Puga..... 331

Artículo 13. Derecho al asilo/refugio: un derecho humano plenamente exigible en México
Teresita del Niño Jesús Lucía Segovia..... 361

El artículo 12 de la Constitución General de la República. Prohibición de títulos nobiliarios
Rafael Estrada Michel..... 381

Igualdad ante la ley
Karlos Castilla Juárez..... 395

Artículo 24. Minorías religiosas
Iván Carlo Gutiérrez Zapata 427

Composición pluricultural de la nación

Estándares sobre composición pluricultural de la nación.....	443
Composición pluricultural de la nación. Artículo segundo constitucional <i>Mario Cruz Martínez</i>	449
Comentario al Artículo 2o. Constitucional <i>Orlando Aragón Andrade y Marycarmen Color Vargas</i>	483

Derechos económicos, sociales culturales y ambientales (DESCA)

Estándares sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).....	513
La constitucionalización de la educación en derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional <i>Mauricio Iván Del Toro Huerta</i>	523
Los derechos a la alimentación, al agua, a la salud y a la vivienda contenidos en el Artículo 4o. Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México <i>Omar Gómez Trejo</i>	579
Derecho a un medio ambiente sano <i>Gustavo Adolfo Alanís Ortega</i>	629
Derechos de niñas, niños y adolescentes <i>Mónica González Contró</i>	639
Comentario al Artículo 4o. párrafo 9 Constitucional <i>Jorge Sánchez Cordero</i>	667
El derecho al trabajo frente a la jurisprudencia nacional e interamericana <i>Alfredo Sánchez-Castañeda</i>	689
Artículo 28. Prohibición de monopolios <i>Jean Claude Tron Petit</i>	739
Del derecho a la protección de los consumidores y a su organización <i>Adriana Labardini Inzunza</i>	809

Los derechos laborales en la Constitución mexicana. Reflexiones sobre el derecho a la libertad sindical
Octavio Canton J. 849

Libertades públicas

Estándares sobre libertades públicas..... 887

La libertad de expresión y sus límites
Francisca Pou Giménez..... 901

Prohibición de la censura previa: retos en el siglo XXI
Juan Carlos Arjona Estévez..... 949

El derecho a la libertad de expresión, la libertad de imprenta y los medios de comunicación
Luis Fernando García Muñoz..... 995

Artículo 16 Constitucional. Derecho a la privacidad
Diego García Ricci 1043

El derecho de réplica. Artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Janine Otálora Malassis 1081

Derecho de acceso a la información pública
John M. Ackerman 1103

TOMO II

Artículo Octavo Constitucional. Derecho de petición y Derecho de respuesta
David Cienfuegos Salgado..... 1155

Artículo 9 Constitucional. Derecho de asociación y de reunión
Iván García Gárate 1207

La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes
Loretta Ortiz Ahlf..... 1237

Propaganda religiosa: comentario a la jurisprudencia relativa al Artículo 24 Constitucional <i>Raúl González Schmal</i>	1263
Los derechos político electorales establecidos en el Artículo 35 Constitucional y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación <i>Iván Castillo Estrada</i>	1291
Tutela judicial	
Estándares sobre tutela judicial	1337
La dimensión jurisdiccional del derecho a la igualdad: Artículo 13 Constitucional y artículos 8 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos <i>Ximena Medellín Urquiaga</i>	1351
La extensión del fuero de guerra (que prohíbe el artículo 13 y la jurisprudencia interamericana) <i>Alejandro Carlos Espinosa</i>	1381
La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley <i>José A. Guevara B.</i>	1425
Excepciones Constitucionales a un Sistema de Derecho Penal de orientación democrática: delincuencia organizada y arraigo <i>Luis González Placencia y Ricardo A. Ortega Soriano</i>	1453
Derecho de audiencia: arts. 14 Constitucional y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos <i>Fernando Silva García</i>	1497
Artículo 16. Actos de molestia <i>Raúl Pérez Johnston</i>	1533
Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acceso a la justicia <i>Yuria Saavedra Álvarez</i>	1563
Medios alternos de solución de conflictos <i>Ma. Guadalupe Marquez Algara y José Carlos De Villa Cortés</i>	1585

La incorporación de la Corte Penal Internacional al orden constitucional
mexicano: Artículos 21 y 13 Constitucionales
Ximena Medellín Urquiaga 1603

El Artículo 33 de la Constitución y la expulsión de personas extranjeras
Cuauhtémoc Manuel De Dienheim Barrigete..... 1633

Comentario a los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los
Estados Unidos Mexicanos: la renovación del juicio de amparo
Luis Miguel Cano López, y Carlos Pérez Vázquez..... 1661

Materia penal

Estándares jurisprudenciales sobre tutela judicial en materia penal..... 1689

Artículo 10 Constitucional. Derecho a la legítima defensa
Rebeca Ramos Duarte 1721

El régimen penal de excepción para delincuencia organizada bajo el *test* de
los derechos humanos
Silvano Cantú 1737

Aprehensión, detención y flagrancia
Julio A. Hernández Barros 1767

Artículo 16. Intervención de comunicaciones privadas y jueces de control
José Ovalle Favela 1801

Artículo 17 sexto párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos
Mexicanos. El sistema de defensoría pública, un análisis del contenido
normativo a la luz de su interpretación doméstica y del derecho
internacional de los derechos humanos
Alonso González-Villalobos..... 1815

Ejecución de sanciones y medidas penales privativas de la libertad
Miguel Sarre 1833

Auto de vinculación a proceso y prisión preventiva
Luis Arriaga Valenzuela y Simón Alejandro Hernández León 1867

El Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: primer párrafo y apartado A <i>José Antonio Caballero y Carlos F. Natarén</i>	1901
Los derechos del imputado (excepto prohibición de la tortura) Artículo 20, apartado B, fracciones II a IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos <i>Carlos María Pelayo Moller</i>	1949
Prohibición de la tortura <i>Armando Meneses</i>	1999
Los derechos de las víctimas. Una interpretación del Artículo 20 C desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos <i>Juan Carlos Gutiérrez y Silvano Cantú</i>	2025
Comentarios al Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: investigación del Ministerio Público y derecho de acceso a la justicia <i>Javier Dondé</i>	2071
Artículo 21. El sistema de seguridad pública y los derechos humanos <i>Ricardo J. Sepúlveda I.</i>	2093
Pena de muerte y ejecuciones extrajudiciales <i>Graciela Rodríguez Manzo</i>	2121
El principio <i>ne bis in idem</i> a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Isabel Montoya Ramos</i>	2143
 Derechos patrimoniales y familiares	
Estándares jurisprudenciales sobre derechos patrimoniales y familiares.....	2175
Comentario sobre otros derechos presentes en la CADH Derecho a la personalidad jurídica (artículo 3); derecho al nombre (artículo 18); indemnización por error judicial (artículo 10) <i>Namiko Matsumoto Benítez</i>	2195
La protección a la organización y desarrollo de la familia <i>Geraldina González De la Vega</i>	2215

Derechos reproductivos y sexuales
 Jimena Ávalos Capín 2265

Derechos de propiedad Art. 27 Constitucional y art. 21 convencional
 Miguel Rábago Dorbecker..... 2291

Derechos humanos de los contribuyentes a la luz del Artículo 31 fracción IV
Constitucional y de las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos
 Gabriela Ríos Granados..... 2337

Presentación

Felicito al lector de esta obra, o mejor habría que decir: a su usuario, por tener en sus manos el producto de un esfuerzo colectivo extraordinario. Más de 70 autores –un listado que se lee como el *who is who* mexicano de los Derechos Fundamentales y Humanos– generosamente, contribuyeron a que, después de dos años de trabajo, pudiéramos poner al servicio del operador jurídico mexicano este libro de consulta, que denominamos "Derechos Humanos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Comentarios y Jurisprudencia Constitucional e Interamericana".

En nombre de los coordinadores y de la Fundación Konrad Adenauer que a través de su Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, tienen el placer y honor de presentar este libro junto con la Suprema Corte de Justicia de la Nación; expreso nuestra más profunda gratitud a todas y todos los colegas por sus contribuciones.

Los autores pudieron contar con el apoyo técnico de un equipo de expertos compuesto por Juan Carlos Arjona, Iván García Garate, Adriana Muro, Julieta Becerril, Nora Frías, Edgar Caballero y Luis García. A todos ellos, corresponde un especial agradecimiento por su labor cuidadosa y comprometida, también constitutiva del éxito de este libro.

Extiendo nuestros agradecimientos igualmente, a la Suprema Corte que, a instancia del Ministro Presidente Juan Silva Meza, supo reconocer el valor de esta obra para la práctica y cultura jurídica mexicana y decidió apoyar plenamente su difusión, consistente con una intención

declarada y ampliamente demostrada de promover la consolidación del Estado democrático de Derecho en México mediante el fortalecimiento de los derechos humanos.

Los recientes desarrollos en materia de derechos humanos en México con una reforma paradigmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPM) en el contexto de juzgamientos internacionales sobre graves violaciones del pasado, los enormes retos en la actualidad para asegurar la seguridad pública en el país sin comprometer la validez de los derechos fundamentales, pero de igual manera, los desarrollos jurisprudenciales nacionales que otorgan al juez ordinario la responsabilidad de aplicar e interpretar las leyes a la luz de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos; crean las condiciones para que el Estado y la sociedad mexicanos puedan experimentar un avance cualitativo de la democracia y la cultura constitucional.

Ante este escenario, en opinión de los coordinadores, era una tarea imperante de la academia realizar una labor minuciosa al servicio del operador jurídico que coleccionara, analizara, resumiera y sintetizara los estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, tal y como se han ido construyendo, no solamente en la doctrina sino sobre todo en la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales. Esta tarea, es un aporte invaluable, que en todo caso, no puede dejar de considerar que es sólo a través de la aplicación de dichos estándares que resultará posible otorgarles efectividad a los derechos y cerrar la brecha existente entre los postulados constitucionales e internacionales, por un lado, y la realidad jurídica, por el otro.

Tal y como se deriva la Carta Política Mexicana vigente la protección efectiva de los derechos, ya por sí sola, es un fin del Estado constitucional moderno como consecuencia de que "[t]odo poder público emana del pueblo y se instituye para beneficio de éste" (Artículo 39 2ª frase de la CPM). Sin embargo, una protección efectiva es también, condición necesaria para la supervivencia de nuestras democracias que dependen de la participación activa del ciudadano; tanto como las libertades fundamentales son prerequisites para la participación política, al igual que los derechos económicos, sociales y culturales que velan por las condiciones de una vida en dignidad son constitutivos de nuestros sistemas políticos y económicos libres.

Sin libertad y dignidad la persona no podrá asumir responsabilidad por la vida en sociedad. En tal sentido, la labor del operador jurídico que garantiza los derechos de la persona no es un acto de generosidad o benevolencia por parte del Estado ni tampoco un lujo reservado para las democracias consolidadas; garantizar derechos es construir credibilidad del Estado, autonomía del individuo, afianzamiento de la ciudadanía y consolidación de la democracia.

Esta responsable labor del operador, en clave de derechos, no significa un desprecio generalizado a la ley, pero sí su aplicación e interpretación a la luz de los derechos de la persona. Con ello, hablamos de un Estado que no actúa apegado a un ciego formalismo, sino de un Estado humano.

Ahora bien, para cultivar una cultura jurídica constitucional y respetuosa de los derechos de la persona no resulta imprescindible resolver definitivamente la jerarquía entre los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la constitución de un Estado. El largo debate sobre el monismo v. dualismo, estrechamente ligado al alcance de la soberanía estatal, no es tanto un debate jurídico sino político.

Así, es difícilmente imaginable que el catálogo de derechos de una Constitución democrática, social y liberal cubra una interpretación más restrictiva de los derechos que un tratado internacional, por lo menos no más allá de unos márgenes legítimos de apreciación nacional, ejecutados de buena fe. En la medida en la que una Constitución prevea limitaciones a los derechos insostenibles de acuerdo al derecho internacional, se impondría la cuestión si la propia Constitución, entre derechos y excepciones, no abarcaría tensiones internas incompatibles con el canon hermenéutico y la dogmática de los derechos fundamentales derivada de la dignidad humana, p.e. el contenido esencial e intocable de los mismos y el núcleo de derechos.

La efectividad práctica de los derechos humanos, por tanto, no dependerá tanto de una decisión jerarquizadora histórica como del ejercicio cuidadoso y fiel a los principios constitucionales y hermenéuticos del operador jurídico, desde la fiscalía, alcaldía o el tribunal al interior del país hasta las más altas esferas de los poderes ejecutivo, legislativo y, por supuesto, judicial de la Federación.

Justo en este sentido, nos es grato presentar, con humildad y gratitud, esta obra colectiva, con la esperanza de que contribuya, en virtud de la práctica jurídica de sus usuarios, a la construcción de una cultura jurídica basada en los principios del Estado democrático y social de Derecho.

Christian Steiner

Director

Programa Estado de Derecho para América Latina

Fundación Konrad Adenauer

Prólogo

Desde que nos erigimos en nación, el edificio constitucional mexicano ha sido sostenido por dos pilares fundamentales: los derechos de las personas y las competencias de los Poderes, idealmente en equilibrio. Al igual que en las democracias más añejas, esta estructura no ofrece algo original o distinto dentro del horizonte del constitucionalismo comparado, si se apela a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta primera Carta de derechos, producto de la Revolución Francesa, dejó plasmado en su artículo 16 que "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes esté determinada, carece de Constitución". Los dos pilares han existido, incluso desde las primeras cartas constitucionales del México independiente.

Pero durante los primeros años, los mecanismos jurídicos específicos, contenidos dentro de estos dos soportes esenciales, funcionaban bajo esquemas de una débil institucionalidad. Y es que no podemos olvidar que durante más de un siglo, nuestro país no dejó de fluctuar entre extremos ideológicos. La inestabilidad de los gobiernos era espacio poco propicio para el desarrollo del Estado de Derecho. Luego de las guerras de Independencia, la normalidad del constitucionalismo incipiente estuvo condicionada por la necesidad de desmarcarnos del esquema colonial. Esto dio pie a cambios abruptos de régimen, primero monárquicos, luego republicanos. Derrocado el imperio de Iturbide y aprobada la primera Constitución Federal en 1824, el proceso constitucional quedó sometido a las pugnas entre liberales y conservadores, que se debatieron entre el Estado Federal y regresiones centralistas. Entre tanto, la garantía de los derechos seguía siendo una promesa no cumplida a favor del ciudadano.

Tras la solución de tensiones que se venían arrastrando desde la etapa colonial, Benito Juárez logró imponer la secularización del Estado (no obstante que unos años después, los conservadores arremetieran con otro intento monárquico que terminó con el infortunado segundo imperio, de Maximiliano de Habsburgo). El fin de siglo fue marcado por invasiones desde el exterior, asonadas en el interior, y el predominio de la dictadura de Porfirio Díaz. Entre las dos últimas décadas del siglo y el inicio de la Revolución, se acrecentó la brecha que dividía a la sociedad e impedía el desarrollo de las instituciones. Después de un largo camino, los intentos por institucionalizar la legalidad tuvieron que esperar varias décadas, que se prolongaron bien entrado el siglo XX.

En el plano jurídico, la Revolución de 1910 tuvo como objetivo instaurar un nuevo edificio constitucional. Pero la estabilidad del régimen tampoco llegó tras el fin de la dictadura. Los pilares de la nueva Constitución, aunque considerablemente ampliados en su dimensión social, también quedaron sometidos a la voluntad de actores políticos y de operadores jurídicos. La separación de Poderes dependía de un sistema político con arbitrajes emanados de cúpulas partidistas y de liderazgos regionales o gremiales; en su fase más acabada, estructurado en torno a un partido hegemónico que actuaba bajo la coordinación del jefe del Ejecutivo.

La garantía de los derechos, por su parte, quedó confiada al juicio de amparo como último reducto a disposición del justiciable. Aunque la inercia lo mantuvo, igual que en el siglo anterior, como instrumento técnico empleado para corregir inconsistencias procesales que se iban generando durante las fases sucesivas de la justicia local, antes de llegar hasta la federal. Pero la reforma al juicio de amparo, como veremos, tuvo que esperar.

No es casualidad que las primeras reformas estructurales se dieran sobre todo para dar cauce a los cambios políticos que sufrió el país durante el último tercio del siglo XX. Es así que la reformulación del régimen constitucional coincide con la apertura del régimen político. Por virtud del proceso de democratización del país, el primer reclamo social se centró en la instauración de mecanismos creíbles para la organización y calificación de las elecciones. Desde mediados de los años 80, el sistema normativo se dio a la tarea de construir arbitrajes electorales confiables e institucionalizados, y la tarea se consideró cumplida diez años después.

El pluripartidismo reflejado en las Cámaras y la alternancia en los gobiernos estatales y municipales trajo consigo la necesidad de replantear los mecanismos existentes, relativos a uno de los pilares, a saber, la separación de poderes. De ahí que en 1995 fuera reformado de manera muy importante el aparato completo del Poder Judicial de la Federación, lo que dio lugar a la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación*. En este periodo, la

efectividad de las acciones y de las controversias constitucionales adquirieron normalidad y previsibilidad. Si bien es cierto que aquellas reformas correspondieron a controversias relacionadas, en su mayoría, con el reparto de competencias. De ahí que los temas que estaban pendientes tuvieran que ver con el segundo de los pilares aquí aludidos: la garantía de los derechos.

La primera gran reforma al pilar de los derechos individuales tuvo por objeto una revisión completa del amparo. Este sector había sufrido un desgaste considerable, dando muestras de fatiga desde la publicación de la Ley de Amparo de 1936. Pues aunque el individuo había encontrado en este juicio federal un recurso judicial efectivo contra la arbitrariedad de los poderes, su tramitación se volvió cada vez más compleja; con frecuencia, farragosa; en ocasiones, sólo para iniciados. La antigua ley debía encontrar también un relevo. Luego de un proceso que a la postre duró más de diez años de intensos trabajos, en el que participaron los más importantes especialistas de la materia, la nueva ley fue aprobada, entrando en vigor apenas el 2 de abril de 2013.

El replanteamiento del amparo se suma a las otras dos reformas constitucionales de gran calado: la segunda, de junio de 2008, instauró la progresiva entrada en vigor del sistema penal acusatorio. Y la tercera, sustento principal de todo este replanteamiento de la estructura de los derechos, incorporó en junio de 2011 al artículo 1o. de la Constitución mexicana el principio pro persona, y marcó el inicio de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*.

Simplificando, se puede decir que estas tres reformas constituyen el parteaguas que ha señalado el cambio en la manera como los operadores jurídicos debemos entender y argumentar la protección del individuo. Esta realidad fue producto de una decisión soberana que inscribe al constitucionalismo mexicano en una normalidad que desde ahora compartimos con los países que tradicionalmente nos han servido de referentes institucionales.

Estas transformaciones, en estricto sentido, no representan un golpe de timón porque sus principios rectores se encontraban ya en la propia Constitución, prácticamente desde su promulgación. Más bien puede decirse que se sintetizaron por una modificación en el enfoque de los derechos, que a partir de ese momento se inscriben en la intención de reconducir, de una vez por todas, el papel de la Constitución como garante de los derechos de las personas.

Con el propósito de hacer un primer balance sobre el papel que el derecho internacional está llamado a desempeñar de ahora en adelante en el ordenamiento jurídico mexicano, esta obra

colectiva, preparada por especialistas de derecho público, llega en una coyuntura de confluencia única en la historia reciente de nuestro país; no sólo porque los comentarios fueron solicitados para relacionar los primeros 29 artículos de la Constitución con las tres reformas descritas en materia de protección de la persona. También porque en su convocatoria, se solicitó a los autores relacionar estos preceptos con la jurisprudencia interamericana e internacional.

A nadie escapa que normalizar la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno implica un reto de dimensiones mayúsculas. Pero las resistencias que han sido dirigidas en contra de aceptar la normalidad del derecho internacional en sede interna no parecen insalvables.

Esto último, por no ser un reto exclusivo de México. La universalidad de los derechos se empieza a ver reflejada en el reconocimiento de unos mínimos que la comunidad internacional reconoce a todo individuo, sin que se reproduzcan tratos discriminatorios por cuestiones de género, nacionalidad, creencias, origen étnico, preferencias sexuales o políticas.

Ha sido a través del diálogo sobre criterios jurisprudenciales como se han sentado las bases de la generación del *efecto útil* de las obligaciones internacionales de los países. Desde luego, se debe destacar que este esfuerzo no es aislado, sino secundado a nivel interamericano por las Cortes Supremas y Constitucionales, al ir estableciendo en sede nacional la forma en que debe ejercerse el control de convencionalidad bajo los contornos estrictos y bien delimitados de la *interpretación conforme*.

Ha sido a través de estas primeras herramientas dialógicas que los Estados han ido asumiendo con seriedad los contenidos vinculantes de los Tratados, los cuales fueron diseñados para operar con base en las vías institucionales probadas por su funcionalidad. Esto significa que no tendremos que crear nada adicional ni hacer modificaciones mayores a las que se han venido instrumentando. Ahora, el reto radica en la apertura y la capacidad de adaptación que tendremos los Jueces, junto con los operadores jurídicos, durante los años por venir.

La operación interpretativa que los Jueces de todos los ámbitos, niveles y materias estamos llamados a ejercer, tendrá que desembocar en una interiorización responsable de todas estas cartas de derechos y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, integrándolas a la normalidad de los órdenes jurídicos nacionales. Quizá, la magnitud de este reto pueda equipararse al cambio de paradigma que significó para la justicia federal el largo proceso de transformación descrito en estas páginas.

Ahora bien, a raíz de la reforma constitucional de 2011 y de las primeras sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativas a la vigencia del sistema interamericano, los Jueces nacionales de todos los niveles (empezando por los de primer contacto con el ciudadano), hemos adquirido conjuntamente el carácter de juzgadores interamericanos. Aunque esto ha sido así no por voluntad propia; ni porque estemos incitados a observar la esencia de los Tratados en demérito de la normativa interna; asumimos este carácter por mandato constitucional (y aquí incluimos no sólo a la rama judicial, sino a todos los órganos del Estado mexicano). Al menos podemos tomar como punto de partida el hecho de contar con esta nueva configuración, en la cual los derechos de la persona se encuentran en el vértice del edificio.

Al haber transformado nuestra normativa constitucional, ahora nos toca a todos los Jueces preguntarnos "¿Cuál de las normas aplicables protege de la mejor manera al individuo?" A nadie debe sorprender que desde hace dos años, los Jueces mexicanos se encuentren inmersos en el proceso de asimilar que la universalización de los derechos tiene por corolario la internacionalización de los sistemas y los comportamientos judiciales. El sesgo soberanista del derecho y sus procedimientos formalistas han cedido al imperio de los derechos humanos.

La Suprema Corte, en conjunto con la prestigiosa fundación Konrad Adenauer y nuestra querida Universidad Nacional Autónoma de México, se unen en este esfuerzo editorial que se suma a la generación de materiales de consulta llamados a servir de herramientas prácticas para todos los operadores jurídicos del país, y, asimismo, como guías básicas para la comprensión de las reformas. Mi reconocimiento a los coordinadores de la obra y a los responsables institucionales por su perseverancia para hacer posible esta publicación, y a los autores por su desinteresada colaboración.

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal

Nota preliminar

El libro que hemos tenido el honor de coordinar representa un importante esfuerzo para hacer llegar a las y los operadores jurídicos y estudiosos de la materia, los derechos fundamentales de acuerdo con la reforma constitucional de junio de 2011. De esta manera, se han reconducido las reflexiones propias de este tipo de comentarios, más afincadas en el recuento histórico de las sucesivas modificaciones a la Constitución, o en recapitular la aportación de los juristas mexicanos, hacia las coordenadas que va marcando el artículo 1o. en sus tres primeros párrafos.

Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia nacional e interamericana, ha tenido por cometido dibujar el retrato constitucional más acabado de los derechos, que a partir de la incorporación de los tratados internacionales en calidad de referentes para su interpretación, no sólo son más numerosos, sino más robustos ante la conformación de un bloque de constitucionalidad, y en atención al ejercicio del control de constitucionalidad que eventualmente debe integrar al de convencionalidad de forma complementaria, como ha señalado recientemente la Corte IDH.¹

El material que se ofrece en esta publicación tiene un foco de atención particular en el quehacer interpretativo de la judicatura, a efecto de que pueda ser una herramienta útil

¹ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de Marzo de 2013. *Caso Gelman vs Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 88.

para los jueces y juezas en su tarea de ejercer el control difuso de constitucionalidad, según los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Expediente Varios 912/2010. Esperamos que el volumen ayude a esta importante encomienda.

También son destinatarios especiales las y los estudiantes de derecho, de la licenciatura y de los distintos posgrados en la materia –que por fortuna cada vez abundan más en nuestro país– porque estamos convencidos de que la clave principal de apropiación e implementación de la reforma constitucional, radica en el cambio de paradigma cultural sobre la forma en que hemos pensado y aplicado el derecho en México.

Queremos agradecer en primer lugar a los más de 70 comentaristas por su participación. Aquí se encuentran las plumas de algunos de las más destacadas y destacados especialistas en derechos humanos de nuestro país, en una afortunada presencia de distintas generaciones, y de quienes, desde diversas trincheras, trabajaron para que la reforma constitucional en derechos humanos que requeríamos pudiese ser una realidad. La riqueza de los comentarios se encuentra también en que no se trata de un recuento homogéneo, o de una narrativa que se traduce sólo en un ejercicio de compilación, sino la expresión de una diversidad de enfoques, puntos de vista, análisis crítico de las normas y de la jurisprudencia, de manera que cada comentarista ha aportado desde su perspectiva, los contenidos de los derechos y la principal problemática jurídica en torno a su ejercicio.

No fue sencillo sumar a tantas voces, ni corto el tiempo que nos tomó concitarlas; fue un trabajo de más de dos años. Por ello es importante precisar que el horizonte de la reflexión de buena parte de los autores y autoras es el inmediatamente posterior a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011; así, en algunos casos, no se encontrarán necesariamente las más recientes aproximaciones interpretativas, o los últimos criterios, y que se van añadiendo de forma vertiginosa al incipiente derrotero constitucional y convencional.

El objetivo ha sido contar con la mayor cantidad de elementos que ofrezcan el contenido de las normas sobre derechos humanos, sobre el que se pueda plantear plausiblemente el ejercicio de contraste normativo. El ámbito de análisis ha sido el texto constitucional, al que se integran las normas previstas en los tratados internacionales y desarrolladas por la jurisprudencia a cargo de su interpretación –con marcado énfasis, la interamericana– así como la que establece, a la luz de estos estándares, el Poder Judicial de la Federación, especialmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De igual forma, queremos expresar nuestra enorme gratitud a las tres instituciones que han auspiciado esta serie de comentarios.

A la Fundación Konrad Adenauer Stiftung y a su Director para el Programa de Derecho de América Latina, Doctor Christian Steiner, por la generosa bienvenida que dio a las ideas que concebimos desde el principio, y haber acompañado y apoyado decididamente la presente publicación, que además, mira de cerca a un gran trabajo similar emprendido también desde la Fundación, el libro *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*.

A la Suprema Corte de Justicia de la Nación por acoger el proyecto editorial y favorecer que llegue a quienes ejercen funciones jurisdiccionales bajo las distintas adscripciones y niveles en nuestro país. Especialmente agradecemos al Ministro Presidente Don Juan Silva Meza, la confianza puesta en esta obra, e incluirla en los abundantes materiales que sobre las nuevas claves interpretativas de los derechos, se están ofreciendo desde la máxima instancia judicial de nuestro país. El agradecimiento se extiende a los Doctores Carlos Pérez Vázquez, Francisco Tortolero Cervantes, y a la Licenciada Luna Mancini, así como a la Maestra Cielito Bolívar Galindo, Coordinadora de Compilación y Sistematización de Tesis y a su equipo, por todo el apoyo que hemos recibido de su parte.

Reconocemos el enorme trabajo que la Suprema Corte ha hecho por hacer llegar a las y los operadores jurídicos nacionales los contenidos de la reforma en derechos humanos; desde las consideraciones sobre el sistema de interpretación vertidas en el Expediente Varios 912/2010, hasta las publicaciones, y los muy importantes procesos de capacitación emprendidos hacia la judicatura en los distintos temas, como lo ha reconocido la CortelDH, en la Resolución de Cumplimiento de Sentencia del *Caso Radilla Pacheco vs México*.² Particularmente, valoramos el trabajo de su Presidente, y desplegado en los programas adscritos a la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia, al emprender proyectos muy considerables y plausibles para transformar la cultura judicial.

Agradecemos también al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; a su director, Dr. Héctor Fix Fierro, por su disposición para que bajo el sello editorial de esta importante institución latinoamericana, pueda estar disponible en línea todo el material aquí presentado, empleando la plataforma que el Instituto utiliza para ofrecer sus publicaciones por vía electrónica.

Queremos finalmente agradecer al equipo de expertas y expertos que se echó auestas el enorme y delicada tarea de organizar, recibir los trabajos y la revisión editorial. Esta labor no

² Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de Marzo 2013. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, especialmente los párrs. 5, 6, 31 y 38.

hubiera sido posible sin su compromiso generoso. Bajo la muy atinada coordinación de Juan Carlos Arjona Estévez e Iván García Gárate, a quienes estamos muy agradecidos, expresamos nuestro reconocimiento y damos también las gracias a Adriana Muro, Nora Frías, Julieta Becerril, Luis Fernando García y Edgar Caballero.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
José Luis Caballero Ochoa

Ciudad Universitaria y Santa Fe, Distrito Federal
Otoño de 2013

Recuento de los insumos para la aplicación de la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011

Las reformas constitucionales sobre derechos humanos y juicio de amparo han marcado el contexto en el que se desarrollan las actividades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante los años 2011-2014. El objetivo es que las normas constitucionales y convencionales sean del conocimiento de la judicatura para el logro de una aplicación efectiva de las mismas.

Para ello, la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emprendido actividades de formación para los operadores de justicia, ha elaborado herramientas para ser utilizadas al momento de juzgar y ha realizado publicaciones ampliamente difundidas entre el personal jurisdiccional.

Entre estas acciones, destaca la elaboración de una serie de Protocolos de Actuación dirigidos a impartidoras e impartidores de justicia –federales y locales–, en los cuales se sistematizan los principios y prácticas que deben ser observados para favorecer el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad o pertenecientes a grupos que sufren prácticas sistemáticas de discriminación en el acceso a la justicia, a saber:

- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes (febrero de 2012).
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas (abril de 2013).

- Protocolo para juzgar con perspectiva de género (agosto de 2013).
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional (septiembre de 2013).
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas con discapacidad (diciembre de 2013).

Los Protocolos de Actuación son herramientas que, con pleno respeto a la autonomía e independencia judicial, auxilian a quien juzga en la tarea de impartir justicia.

La Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha presentado y capacitado a jueces federales y locales en los contenidos de los Protocolos.

Asimismo, se han elaborado y difundido materiales y publicaciones en materia de derechos humanos, a fin de que las y los impartidores de justicia cuenten con herramientas útiles en el desarrollo de la labor judicial, tal es el caso de: *Tendencias jurisprudenciales de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala* (septiembre de 2012), *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables en México* (noviembre de 2012), *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano* (noviembre de 2012), *El Camino para la Reforma Constitucional de Derechos Humanos* (febrero de 2013), *La justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco de la reforma constitucional en derechos humanos* (mayo de 2013), *Justicia y recursos públicos: la necesidad de una estrategia integral de asignación y ejercicio de la inversión en justicia* (mayo de 2013), *Las reparaciones por violaciones a los derechos humanos y el juicio de amparo* (junio de 2013), *La SCJN y la instrumentación de la Reforma Constitucional Penal* (agosto de 2013), *Libro de difusión explicación del debido proceso dirigido a niñas y niños* (septiembre de 2013). Asimismo se tienen proyectadas las siguientes publicaciones: *Protegiendo a las personas contra la tortura en México. Guía para operadores jurídicos* (en prensa), *La SCJN: una historia gráfica* (octubre de 2013), *Traducción profesional, al español, del Fallo Avena* (2013), *Derechos Humanos y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* (2013), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentada* (2013), *Memoria de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales 2012* (2014), *Retos y obstáculos en la implementación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en los tres poderes y niveles de gobierno* (2014), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: el Costo de su Realización Efectiva* (2014), y la serie editorial *Los Derechos Humanos desde los estándares nacionales e internacionales: desempacando su contenido* (abril – octubre 2013).

En febrero de 2012 la SCJN firmó un Convenio de Colaboración con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) para sistematizar la jurisprudencia de la misma a partir del desarrollo, instrumentación y seguimiento en una base de datos y su publicación en internet. Con base en ello se creó el Buscador Jurídico Avanzado en materia de Derechos Humanos (BJDH). Éste es una herramienta informática de búsqueda de información que contiene la jurisprudencia contenciosa de la CoIDH, analizada y sistematizada a partir de los primeros 30 artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El BJDH tiene como objetivo dotar al usuario de una visión sistematizada de la jurisprudencia interamericana de manera que pueda conocerla y compararla con la desarrollada en su propio ámbito de actuación. De esta manera, busca ser una herramienta fundamental para que los operadores de justicia apliquen el control de convencionalidad. Así, el BJDH aspira a convertirse en el gran repositorio de la jurisprudencia interamericana.

A fin de contribuir a la mejor garantía de los derechos humanos y coadyuvar a la implementación de las recientes reformas constitucionales, la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha impulsado actividades de formación, realizadas en conjunto con organizaciones de la sociedad civil y organismos académicos, públicos y privados, nacionales e internacionales.

Por ejemplo, durante 2012 se desarrollaron 42 actividades de formación, contando con una asistencia aproximada de 8,500 personas, incluyendo juzgadoras y juzgadores del ámbito local y federal, secretarías y secretarios de estudio y cuenta, y defensoras y defensores públicos.

Destacan las Jornadas Itinerantes *El impacto de las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos en la labor judicial* (en sus tres modalidades: Talleres de análisis de casos prácticos, Ciclo de Conferencias Magistrales y Mesas de Discusión y Análisis), el *Programa Integral de Posgrados en Derechos Humanos y Democracia* (con dos niveles de formación: Diplomado Básico y Diplomado Superior), el curso *El Poder Judicial Federal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: hacia un Control de Convencionalidad y correcta interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales*, el *Simposium Internacional en materia de derechos humanos*, el *Coloquio Hacia un Ius Commune Latinoamericano en Derechos Humanos*, el *Seminario: Reforma Constitucional en Derechos Humanos*, el *Foro Internacional sobre la Justicia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco de la reforma constitucional de derechos humanos en México* y el *Seminario sobre el Derecho a la Reparación por Violaciones a Derechos Humanos*.

En el 2013, se han llevado a cabo 29 actividades de formación que han contado con la participación aproximada de 6,768 personas, entre las que se encuentran Magistradas y Magistrados de Circuito y Juezas y Jueces de Distrito, así como juzgadoras y juzgadores locales.

Sobresalen el *Programa Integral de Posgrados en Derechos Humanos y Democracia* (con dos niveles de formación: Especialidad y Maestría), el *Ciclo de mesas de análisis de la nueva Ley de Amparo con enfoque de derechos humanos*, dos emisiones del Curso Virtual *La reforma en derechos humanos y el nuevo control de constitucionalidad*, las *Jornadas de Control de Convencionalidad*, el *Programa de capacitación en materia de amparo* y el *Coloquio Internacional Sentencias de la Corte Interamericana, su impacto en la construcción de estados democráticos*.

Principios

• generales

Estándares sobre
principios generales

I. Nomenclatura y universalidad de los derechos; reconocimiento de derechos y garantías; restricciones

Los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana superiores al poder del Estado. La dignidad de la persona humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos u otros derechos necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad; reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano que debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna. Los derechos humanos son universales en tanto son inherentes a todas las personas y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad.

La protección de los derechos humanos son una restricción al ejercicio del poder estatal. El término "derechos fundamentales" se refiere los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales. El término "garantías" se refiere a los mecanismos formales de protección.

La palabra "personas" abarca a las personas morales o jurídicas que son protegidas por el artículo 1o. constitucional y gozan de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución siempre y cuando sean acordes con la finalidad que persiguen o medios necesarios para alcanzar ésta; así como para la protección de su objeto social. Solamente las personas físicas

pueden recurrir a los mecanismos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Ningún derecho fundamental es absoluto, todos admiten restricciones que de ninguna manera pueden ser arbitrarias. Para que las restricciones legislativas de los derechos fundamentales sean válidas, debe analizarse cada una de ellas en lo particular para ver si cumple con los siguientes requisitos: a) ser admisible dentro del ámbito constitucional; b) ser necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática e idónea (no solamente útil) para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional y solamente se da casos en que sea imposible alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales.

II. Cláusula de interpretación conforme y principio *pro persona*

La incorporación de los principios de interpretación conforme y el principio *pro persona*, representa el deber del Estado mexicano de realizar ejercicios hermenéuticos en cuanto a los derechos contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La interpretación conforme implica que una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad.

El principio *pro persona* es un criterio hermenéutico que obliga a la interpretación extensiva de la norma cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la restricción cuando se determinan limitaciones permanentes a su ejercicio o su suspensión extraordinaria. En caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. Este criterio no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia bajo los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional –legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada–, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.

Este principio interpretativo no supone su vulneración o transgresión autónoma, es necesario que se vincule con la vulneración de un derecho de esa naturaleza contenido en nuestra

Constitución o en un tratado internacional la efecto de que la autoridad jurisdiccional proceda a analizar si se da tal transgresión para, en su caso, proceder a realizar una interpretación conforme o en aplicación del control de convencionalidad atendiendo a lo que más favorezca al agraviado. No resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si al analizar los derechos humanos que se estiman vulnerados es suficiente la previsión que contiene la Constitución.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CortelDH, intérprete última de la Convención Americana.

El control de convencionalidad está a cargo del Poder Judicial para que los convenios, pactos o tratados de derechos humanos puedan materializarse respecto de sus contenidos y generar la seguridad y certeza jurídica de las personas acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, estará integrado por todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte. Sobre la interpretación de la CortelDH sobre los derechos consagrados en la CADH, se tomarán en cuenta como vinculantes únicamente los criterios derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y como criterios orientadores la jurisprudencia y precedentes de la CortelDH, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

Para el control de convencionalidad las autoridades del Estado mexicano deben considerar los siguientes pasos: interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia (*interpretación conforme en sentido amplio*); cuando hay varias interpretaciones válidas, partir de la presunción de constitucionalidad de las leyes y preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos (*interpretación conforme en sentido estricto*); e, inaplicar la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior y dejar de aplicarlas. El juez

no debe oficiosamente analizar en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano, puesto afectaría considerablemente la función jurisdiccional y el derecho humano de acceso a la justicia.

III. Obligaciones del Estado frente a los Derechos Humanos: respeto y garantía, y sus Principios rectores: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad

Las obligaciones del Estado mexicano consagradas en el artículo 1o. constitucional –que encuentran sustento en las obligaciones generales de los Estados– asumen una doble obligación; de respetar los derechos y de garantizar el libre y pleno ejercicio de esos derechos a toda persona que esté bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Entendiendo por un lado, la obligación de respetar como aquella obligación de naturaleza negativa; y, por el otro, la obligación de garantizar que implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de los cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos reconocidos por la CADH.

En cuanto al deber de prevención, abarca todas las medidas de carácter jurídico, político y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones sean tratadas como un hecho ilícito que es susceptible de acarrear sanciones para quien las comete, así como indemnizar a las víctimas. Además ha establecido que dicha obligación es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho que un derecho hay sido violado. En este sentido, para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.

Respecto al deber de investigar y sancionar se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos humanos. Es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

La obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares, no sólo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que, según el Estado de que se trate, además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.

En relación a la obligación de sancionar ésta ha sido considerada como la obligación de procesar y, si se determina su responsabilidad sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

Respecto a la obligación de reparar, se considera que la sentencia emitida es *per se* una medida de reparación. Además se han desarrollado diversas medidas de reparación que han sido consideradas como las más proteccionistas de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y ejemplo para los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte de la Convención Americana. Cada sentencia emitida por la CortelDH ha venido ampliando el concepto de reparación, dependiendo de las circunstancias del caso concreto.

En cuanto a la reparación del daño, se incorpora el daño emergente, lucro cesante, daño al patrimonio familiar y reintegro de costas y gastos. En cuanto al daño inmaterial se han ordenado medidas de reparación por daños a la esfera moral, psicológica, al proyecto de vida, y a la esfera colectiva o social. También se han desarrollado otro tipo medidas de reparación como las tendientes a la rehabilitación de las víctimas de violaciones a derechos humanos las cuales pretenden reparar lo que concierne a las afectaciones físicas, psíquicas o morales que puedan ser objeto de atención médica o psicológica.

Las medidas de satisfacción buscan, *inter alia*, el reconocimiento de la dignidad de las víctimas o transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan dichas violaciones. Entre las medidas de satisfacción se encuentran la publicación o difusión de la sentencia, el acto público de reconocimiento de responsabilidad, las medidas en conmemoración de las víctimas, o hechos y derechos y las becas de estudio o becas conmemorativas.

Las medidas sobre garantías de no repetición que consisten en ordenar a los Estados la adopción o supresión de medidas de carácter legislativo y capacitaciones en materia de derechos humanos para los funcionarios públicos.

Dentro de las medidas de reparación la CortelDH ha incluido la obligación de investigar, juzgar y en su caso enjuiciar a quienes cometen violaciones de derechos humanos entendiendo que dicho deber se mantiene mientras no se obtenga pleno conocimiento de los hechos, la identificación de los autores y hasta tanto no se imponga la sanción correspondiente.

Las obligaciones generales antes señaladas, deben ser cumplidas conforme a los principios rectores que consagra el artículo 1o. constitucional, los cuales han sido desarrollados en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El principio de interdependencia existente entre todos los derechos humanos implica que estos deben entenderse integralmente sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. El Estado tiene esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos humanos, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido.

A estas consideraciones sobre los principios deben integrarse los siguientes criterios sobre estos. La universalidad de los derechos humanos se refiere a que estos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, por lo que se consideran inviolables. No son absolutos pero dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, ni aun en los estados de excepción se "suspenden", pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario.

La interdependencia e indivisibilidad establecen relaciones necesarias entre los derechos, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente.

La progresividad no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la

posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales.

Estos principios representan criterios de optimización interpretativa de los derechos fundamentales porque conducen a su realización y observancia plena e inmejorable a favor del individuo, al orientar el proceder de toda autoridad en el cumplimiento del mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de la materia. En virtud de estos principios generales, la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias. Estos derechos están relacionados de forma que no sería posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que todos deben cumplirse en la mayor medida posible, así sea en diferente grado por la presencia de otro derecho fundamental que también deba respetarse y que resulte eventualmente preferible, por asegurar un beneficio mayor al individuo, sin que el derecho fundamental que ceda se entienda excluido definitivamente. Asimismo, no niegan la posibilidad de verse expandidos, por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas que deban reconocerse a favor de la persona. Es una tarea no sólo de la jurisdicción federal, sino también de la ordinaria en el conocimiento de los asuntos de su competencia.

IV. Celebración de Tratados

La incorporación constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la prohibición de celebrar tratados que vulneren los mismos, a través de los artículos 1 y 15, representan un gran avance en cuanto a la protección de los derechos contenidos en dichos instrumentos y al análisis hermenéutico al que a partir de la reforma constitucional se encuentra obligado el Poder Judicial en la aplicación de control de convencionalidad antes expuesto.

En relación a la naturaleza jurídica que distingue a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los demás tratados, es que no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos sujetos a su jurisdicción.

V. Estado de excepción y suspensión de derechos

La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. La suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.

Aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la convención.

No se pueden invocar circunstancias excepcionales en menoscabo de los derechos humanos. Ninguna disposición de la CADH ha de interpretarse en el sentido de permitir, sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos, en mayor medida que la prevista en ella.

Principales criterios jurisprudenciales

- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.
- Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
- *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 224.
- *Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.

- Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 159.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.
- Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.
- Corte IDH. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.
- Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.
- SCJN. Pleno. EXPEDIENTE VARIOS 912/2010. Ponente: MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS. encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. SECRETARIOS: Raúl Manuel

Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día catorce de julio de dos mil once.

- Tesis 1a./J. 2/2012 (9a.). RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 533. Registro No. 160 267.
- Tesis VI.3o.A.1 K (10a.). DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA. ES CONNATURAL A LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO A LAS MORALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, p. 1344. Registro No. 2 002 740.
- Tesis I.5o.C. J/30 (9a.). DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3, p. 1528. Registro No. 160 870.
- Tesis I.5o.C. J/31 (9a.). DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3, p. 1529. Registro No. 160 869.
- Tesis I.4o.A.9 K (10a.). PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, p. 2254. Registro No. 2 003 350.
- Tesis VII.2o.C.5 K (10a.). PRINCIPIO PRO PERSONA. ES UN DERECHO PLASMADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE REQUIERE SU VINCULACIÓN CON LA VIOLACIÓN DE UN DERECHO HUMANO PARA SU EFECTIVIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3, p. 2114. Registro No. 2 002 599.
- Tesis 1a./J. 107/2012 (10a.). PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, p. 799. Registro No. 2 002 000.
- Tesis XVI.1o.A.T.7 K (10a.). ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. SI FUE NEGADA Y LA PERSONA ACUDE AL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, LA AUTORIDAD QUE LO RESUELVA, EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO PRO PERSONA, DEBE APLICAR LA LEY DE LA MATERIA Y NO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA, PORQUE AQUÉLLA

OTORGA ESE DERECHO CON MAYOR AMPLITUD (LEGISLACIÓN PARA EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS DE GUANAJUATO). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1493. Registro No. 2 001 549.

- Tesis II.3o.P.2 K (10a.) DERECHOS HUMANOS. SI EN EJERCICIO DEL PRINCIPIO PRO PERSONA, EL JUEZ ADVIERTE QUE AQUEL QUE SE DICE TRANSGREDIDO ESTÁ PROTEGIDO POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DEBE APLICAR DIRECTAMENTE LA NORMA INTERNA Y SÓLO DESPUÉS ACUDIR SUBSIDIARIAMENTE A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 2, p. 1388. Registro No. 2 003 976.
- Tesis CCXIV/2013 (10a.). DERECHOS HUMANOS. INTERPRETACIÓN CONFORME, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, p. 556. Registro No. 2 003 9741a.
- Tesis P. LXVIII/2011 (9a.). PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 551. Registro No. 160 526.
- Tesis P. LXIX/2011 (9a.). PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Localización: [TA]; 10a. Época; Pleno; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Registro No. 160 525.
- Tesis P. LXVII/2011 (9a.). CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Registro No. 160 589.
- Tesis VI.1o.A.5 K (10a.). DERECHOS HUMANOS. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO QUE ESTÁN OBLIGADOS A REALIZAR LOS JUZGADORES, NO LLEGA AL EXTREMO DE ANALIZAR EXPRESAMENTE Y EN ABSTRACTO EN CADA RESOLUCIÓN, TODOS LOS DERECHOS HUMANOS QUE FORMAN PARTE DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4334. Registro No. 2 000 084.

- Tesis III.4o. (III Región) 1 K (10a.). CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO. DEBE EJERCERSE DE OFICIO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4321. Registro No. 2 000 073.
- Tesis III.4o. (III Región) 5 K (10a.). CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CÓMO DEBEN EJERCERLO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4320. Registro No. 2 000 072.
- Tesis III.4o. (III Región) 2 K (10a.). CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4319. Registro No. 2 000 071.
- Tesis IV.2o.A.15 K (10a.). PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. REPRESENTAN CRITERIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 2, p. 1289. Registro No. 2 003 881.
- Tesis I.4o.A.9 K (10a.). PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, p. 2254. Registro No. 2 003 350.

Derechos humanos en la Constitución mexicana

Miguel CARBONELL*

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La igualdad en derechos fundamentales y los tratados internacionales*. III. *¿Otorgamiento o reconocimiento de derechos?* IV. *De individuos a personas*. V. *Jerarquía de tratados internacionales*.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; derechos fundamentales; tratados internacionales; restricciones; Comité de Derechos Humanos; Organización de las Naciones Unidas; Organización Internacional del Trabajo; Observaciones Generales; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; garantías individuales.

I. Introducción

El artículo 1 constitucional contiene actualmente cinco párrafos, como resultado de las reformas al texto de la Carta Magna publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001 y del 10 de junio de 2011. El primero de dichos párrafos establece el principio de "igualdad en derechos fundamentales" y la jerarquía constitucional de los tratados internacionales; el segundo se refiere a los temas de la interpretación conforme y del llamado *principio pro personae*; el tercero contempla las obligaciones a cargo del Estado derivadas precisamente de los derechos humanos, así como algunas de las características más relevantes de tales derechos; el párrafo cuarto (que era el segundo hasta la reforma de junio de 2011) regula la "prohibición de la esclavitud"; y el quinto –y último– párrafo del artículo 1o. aborda el principio de "no discriminación".

En las siguientes páginas nos vamos a centrar en el contenido del párrafo primero, abordando en consecuencia los temas vinculados con la igual titularidad de los derechos humanos y con la jerarquía constitucional de los tratados internacionales.

Antes de comenzar el análisis de los temas anunciados conviene mencionar que por medio, precisamente, de la reforma del 10 de junio de 2011 se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en

adelante CPEUM o la "Constitución"), de forma que se deja atrás (al menos en parte) el anticuado concepto de "garantías individuales". A partir de la reforma, el Título que abre nuestra Constitución se llama "De los derechos humanos y sus garantías".

La expresión 'derechos humanos' es mucho más moderna que la de garantías individuales y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional, si bien es cierto que lo más pertinente desde un punto de vista doctrinal hubiera sido adoptar la denominación de "derechos fundamentales",¹ dado que de esa manera se habría mantenido y puesto en evidencia de forma indubitable la diferencia que existe entre derechos humanos y derechos fundamentales.²

El término "derechos fundamentales" aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.³ En sentido moderno, toma relieve sobre todo en Alemania bajo la denominación de "*grundrechte*" adoptada por la Constitución de ese país de 1949.⁴

Los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de señalar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades. Para algunos teóricos, que esgrimen muy buenas razones en su favor, serían también derechos humanos algunos derechos no jurídicos; se trataría, por ejemplo, de los llamados "derechos morales".⁵ Como escribe Antonio E. Pérez Luño:⁶

En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término 'derechos humanos' aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los 'derechos fundamentales'. Los *derechos*

¹ Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 91, enero-abril de 2011, pp. 24-50.

² Me he encargado de explicar tal diferencia en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*. 4a. edición, México, Porrúa / IJ-UNAM / CNDH, 2011, pp. 6-10.

³ Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa / IJ-UNAM / CNDH, 2011.

⁴ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. edición, Madrid, Tecnos, 1991, p. 29. Ver también Cruz Villalón, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 23-53.

⁵ Para un primer acercamiento al tema véase Cruz Parceró, Juan Antonio, "Derechos morales: concepto y relevancia", *Isonomía*, México, Núm. 15, octubre de 2001, pp. 55-79.

⁶ Pérez Luño, *op. cit.*, nota 4, pp. 46-47.

humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.

Los derechos humanos aúnan –sigue diciendo Pérez Luño–, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que *debiendo* ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo.

Las fronteras conceptuales de los derechos humanos son menos precisas que las que tienen los derechos fundamentales. Quizá por esa razón es por la que sobre los derechos humanos se han escrito muchas páginas (algunas muy buenas), los sociólogos, los economistas, los politólogos, los filósofos, etcétera, pero sobre derechos fundamentales –hasta donde tengo noticia– solamente escriben los juristas. Autores paradigmáticos en sus campos de conocimiento y con vasta influencia sobre la ciencia jurídica, como por ejemplo John Rawls o Jürgen Habermas, cuando hacen referencia en sus textos a "libertades básicas", "derechos o bienes primarios" o "derechos fundamentales", lo hacen sin tener en cuenta lo que efectivamente dice la Constitución de su país o de cualquier otro Estado. Y hacen bien, porque desde su perspectiva científica pueden adoptar enfoques más amplios que los que se utilizan desde la ciencia jurídica. Sus aportaciones son del mayor valor para quienes nos situamos en una óptica constitucional, pues con frecuencia someten nuestros razonamientos a fuertes presiones argumentativas y tenemos que redoblar o en su caso corregir nuestros puntos de vista.

Ahora bien, lo importante que hay que tener claro (y la reforma es un formidable recordatorio para no olvidarlo) es la diferencia entre "derechos" (tanto si se llaman "humanos" como si se denominan "fundamentales") y "garantías". El primer concepto es de carácter sustantivo, mientras que el segundo es de carácter procesal o adjetivo. Es decir, una garantía es un

instrumento de protección o defensa de los derechos, por lo que no debe ser confundida con los derechos mismos.⁷

La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, para hacerlo eficaz, para devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.⁸ Luigi Ferrajoli señala que "[g]arantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo".⁹

Confundir los derechos con las garantías ha tenido efectos muy nocivos en la comprensión de cada uno de los dos conceptos. La buena noticia es que la reforma citada ya deja clara la diferencia.

II. La igualdad en derechos fundamentales y los tratados internacionales

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional contiene el principio de igualdad de todos los seres humanos con respecto a los derechos humanos que la misma Constitución y los tratados internacionales reconocen, así como respecto a las garantías mediante las que se protegen dichos derechos. En este sentido, la Constitución otorga de forma *universal* los derechos contenidos en su texto, los cuales no podrán ser restringidos ni suspendidos, salvo en los casos expresamente previstos en las disposiciones constitucionales. El texto del párrafo que se comenta es el siguiente:

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.¹⁰

⁷ Sobre el concepto de "garantía", ver Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2a. edición, Madrid, Trotta, 2010, pp. 60 y ss.

⁸ Fix Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", Ferrer-MacGregor, Eduardo (Coords.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. edición, México, Porrúa, 2003, tomo I, pp. 273 y 283, entre otras.

⁹ Ferrajoli, Luigi, "Garantías", *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2002, p. 39.

¹⁰ *CPEUM*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, reforma publicada el 10 de junio de 2011, art.1o., párr. primero.

Se trata de un párrafo que, pese a su brevedad, suscita una multiplicidad de temas y problemas que vale la pena que analicemos de forma separada.

Cabe señalar, de forma preliminar, que la suspensión de derechos se encuentra en el artículo 29 (el cual también fue modificado de forma profunda por la reforma del 10 de junio de 2011),¹¹ mientras que las limitaciones o restricciones a los derechos son recogidas en diversos preceptos de rango constitucional.

Dichas limitaciones se explican en razón de que, en realidad, los derechos sin límites no serían derechos, sino licencias para la arbitrariedad. Aunque esto debe entenderse en el sentido estricto de "límites" constitucionalmente impuestos a un derecho, no como la posibilidad de convertir un mandato constitucional en un no-derecho a través, por ejemplo, de una regulación secundaria restrictiva.¹²

Recordemos que la mayor parte de los derechos están redactados en forma de principios, lo que significa que tienen un alto grado de generalidad y vaguedad. Su aplicación debe llevarse a cabo en la mayor medida posible (por eso Robert Alexy define a los principios como "mandatos de optimización"), considerando las posibilidades fácticas y jurídicas. Estas últimas, las posibilidades jurídicas, están determinadas por la presencia en el ordenamiento constitucional de principios opuestos, que van configurando y limitando el alcance de cada derecho fundamental.¹³

Otra justificación en el mismo sentido deriva de la necesidad de hacer que los derechos convivan unos con otros, de forma que algunos de ellos encuentren limitaciones para no invalidar a otros (por ejemplo los derechos de terceros o la comisión de algún delito como límites a la libertad de manifestación de las ideas, recogida en el artículo 6o. o la vida privada como límite a la libertad de imprenta del artículo 7o.).

¹¹ Ver al respecto, Salazar Ugarte, Pedro, "Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana", Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011, pp. 257 y ss.

¹² Sobre el tema de los límites a los derechos ver la magnífica y muy completa obra de Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

¹³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1, p. 12. Alexy señala que: los principios "están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible", *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. edición, traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007, pp. 67-68.

Sobre el tema de las limitaciones a los derechos fundamentales debe tenerse en cuenta el siguiente criterio jurisprudencial:

Restricciones a los Derechos Fundamentales. Elementos que el Juez Constitucional Debe Tomar en Cuenta Para Considerarlas Válidas. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.¹⁴

¹⁴ Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 533. Reg. IUS. 160267.

Aunque el artículo 1o. en su primer párrafo se refiere en exclusiva a la "igualdad en derechos humanos", dicha igualdad se debe entender también referida a los demás derechos que, sin estar directamente reconocidos en los primeros 29 artículos del texto constitucional, integran lo que la misma Constitución denomina la "Ley Suprema de toda la Unión" en su artículo 133. Particularmente y ahora ya por mandato expreso del mismo artículo 1 constitucional, tendrán un alcance universal –respecto de sus destinatarios– y no podrán ser suspendidos, restringidos o limitados los derechos humanos recogidos en los tratados internacionales ratificados por México.

Son pocos los criterios jurisprudenciales interesantes que hayan aplicado el principio de igualdad en derechos fundamentales. Uno de ellos es el siguiente, en relación a la titularidad de los derechos de aquellas personas que están sujetas a un procedimiento de extradición:

Extradición. No Excluye al Extraditado de Disfrutar de las Garantías Individuales que Consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al establecer el artículo 1o., párrafo primero, de la Ley Fundamental, que todo individuo gozará de las garantías individuales que en ella se consagran, no hace distinción alguna respecto de quiénes serán los titulares, destinatarios o sujetos beneficiados con dichas garantías, y ni siquiera distingue si se trata de un indiciado, procesado o condenado por un delito. En consecuencia, cualquier persona requerida en extradición gozará de tales derechos humanos contenidos en la Carta Magna.¹⁵

Otros criterios jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación sobre la cuestión que nos ocupa son los siguientes:

Garantías Individuales. La persona jurídica no tiene que probar que se encuentra en el goce de las garantías individuales, porque éste es el estado natural y general de toda persona en la República Mexicana y el acto que restringe o afecta esas garantías, sí debe ser objeto de prueba, porque hay que hacer patente si la restricción se realizó en las condiciones que la Constitución ha previsto. La autoridad, por el simple hecho de serlo, no tiene facultades de restringir las garantías individuales; por tanto, se necesita que pruebe que existían las circunstancias que la Constitución prevé para que la restricción que imponga no sea considerada como violatoria de garantías. La carga de la prueba, incuestionablemente, toca a

¹⁵ Tesis: P. XX/2001 (9a.), EXTRADICIÓN. NO EXCLUYE AL EXTRADITADO DE DISFRUTAR DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XIV, Octubre de 2001, p. 23. Reg. IUS. 188600.

la autoridad; porque el que destruye un estado jurídico o el que alega una excepción, es el que debe probar los hechos; si la autoridad no rinde esa prueba y se limita a afirmar que obró con justificación, no puede fallarse en su favor, ni negarse el amparo, sino que, por el contrario, debe concederse.¹⁶

Garantías Individuales, Alcances de las. Las garantías constitucionales no deben tomarse como un catálogo rígido, invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales de amparo en forma rigorista, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Más bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animó al Constituyente al establecerlos. De lo contrario, se desvirtuaría la función esencial de las garantías constitucionales y del juicio de amparo, al entenderlas y aplicarlas en forma que hiciera sentir opresión a los gobernados, y limitación en la defensa de sus derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretendió establecer en el país. No sería posible aplicar en la actual complejidad política, económica y social de un medio cambiante, rigormismos literales de normas que contienen principios e ideas generales, pero que no pudieron siempre prever necesariamente las consecuencias de dichos principios.¹⁷

Garantías Individuales, Sujetos de. Las garantías individuales, en cuanto protegen derechos patrimoniales, no se conceden exclusivamente a las personas físicas, sino, en general, a las personas jurídicas, esto es, a los individuos, a las sociedades civiles y mercantiles, a las instituciones de beneficencia y a las instituciones oficiales, cuando actúan en su carácter de entidades jurídicas, y tan es así, que el artículo 6o. de la ley reglamentaria del amparo, clara y terminantemente lo dispone, indicando que deberán ocurrir ante los tribunales, por medio de sus representantes legítimos o de sus mandatarios debidamente constituidos, o de los funcionarios que designen las leyes respectivas.¹⁸

Como se puede apreciar, en estas tres últimas tesis el lenguaje empleado no es muy moderno, quizá por la época en la que fueron redactadas. Como quiera que sea, es probable que

¹⁶ Tesis: 1a. Sala (5a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XLV, p. 1533. Reg. IUS. 312214.

¹⁷ Tesis: T.C.C. (7a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, Volumen 62, Sexta Parte, p. 39. Reg. IUS. 255644.

¹⁸ Tesis: 3a Sala (5a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES, SUJETOS DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XXXIV, p. 1205. Reg. IUS. 363076.

en el futuro inmediato asistamos a un mayor uso hermenéutico de las nuevas disposiciones del artículo 1o. párrafo primero de la CPEUM, respecto de la universal titularidad de los derechos humanos.

Un criterio un tanto más moderno, que además resulta interesante para lo que con posterioridad se dirá sobre el principio de igualdad entendido en su expresión concreta del principio de no discriminación, es el siguiente:

Principio General de Igualdad. Su Contenido y Alcance. El principio de igualdad tiene un carácter complejo en tanto subyace a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los artículos 1o., primer y tercer párrafos, 2o., apartado B, 4o., 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los preceptos constitucionales referidos constituyen normas particulares de igualdad que imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, tales poderes, en particular el legislador, están vinculados al principio general de igualdad, establecido, entre otros, en el artículo 16 constitucional, en tanto que éste prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente. Ahora bien, este principio, como límite a la actividad del legislador, no postula la paridad entre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa. Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por el otro, un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a establecer diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la propia Constitución las imponga. De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.¹⁹

¹⁹ Tesis: 2a. LXXXII/2008 (9a), PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Junio de 2008, p. 448. Reg. IUS. 169439.

Vamos a ver ahora, en un análisis por separado, algunas cuestiones adicionales que plantea el párrafo primero del artículo 1 constitucional.

III. ¿Otorgamiento o reconocimiento de derechos?

Antes de la reforma constitucional de junio de 2011, el artículo 1o. constitucional señalaba que era la Constitución la que "otorgaba" los derechos (llamados "garantías" por el texto de la CPEUM). La reforma de 2011 establece ahora que lo que la Constitución hace es simplemente "reconocer".

En distintos documentos que fueron redactados por las Cámaras del Congreso de la Unión como parte del procedimiento de reforma constitucional se hace referencia precisamente a este tema. Por ejemplo, en el dictamen de la Cámara de Senadores del mes de abril de 2010 se menciona que con la modificación que estamos analizando

...se reconocerán explícitamente los derechos humanos como derechos inherentes al ser humano, diferenciados y anteriores al Estado.... [con lo cual se pretende romper] ...con la antigua filosofía positivista en boga en el siglo XIX... Bajo esta concepción, sólo el Estado podía otorgar las garantías en una especie de concesión graciosa, y también podía, por esa misma concesión, revocar o limitar las garantías... el cambio que estamos planteando es de filosofía constitucional.

Lo cierto es que, más allá del debate entre iuspositivismo y iusnaturalismo (tema en el que ahora no es posible detenernos), a partir de la Segunda Posguerra Mundial se afirma una corriente de pensamiento que sitúa a la dignidad humana en el centro del discurso jurídico, pero concibiéndola más allá de las normas.²⁰ Se parte de la idea de que la dignidad humana es previa y superior al ordenamiento jurídico, de modo que ninguna disposición del mismo puede desaparecerla. En buena medida se trata de decir "nunca más" a la barbarie del nazismo y del fascismo en Alemania y en Italia.²¹

En el ámbito internacional también la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención Americana") se refiere a los "derechos inherentes al ser humano", los cuales pueden no estar enunciados en un texto jurídico (artículo 29 de la

²⁰ Un amplio repaso a lo que significa la dignidad humana puede verse en Garzón Valdés, Ernesto, "*¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?*", *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 35 y ss.

²¹ Carbonell, Miguel, *La libertad. Dilemas, retos y tensiones*, México, IIJ-UNAM / CNDH, 2008, pp. 220 y ss.

Convención Americana). Se trata, en buena medida, de lo que se conoce como los "derechos implícitos".

En el derecho comparado también encontramos distintas referencias a la dignidad humana como límite a la capacidad de disposición del ordenamiento jurídico. En este sentido podemos citar a los artículos 1.1. de la Constitución Alemana de 1949, el artículo 3 de la Constitución Italiana de 1947 y al artículo 10 de la Constitución Española de 1978, por citar los más conocidos.

En el ámbito de América Latina hay disposiciones parecidas en la Constitución de Brasil (artículo 1 fracción III), de Costa Rica (artículo 33) y de Colombia (artículo 1, inspirado en buena medida en las constituciones alemana y española ya citadas), entre otras.

En la jurisprudencia mexicana el principio de dignidad humana se ha ido abriendo camino de forma paulatina aunque tímida si lo comparamos con lo que ha sucedido en otros países. Entre los pronunciamientos más interesantes cabe citar por ejemplo los siguientes:

Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad. Aspectos que Comprende. De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.²²

Dignidad Humana. El Orden Jurídico Mexicano la Reconoce Como Condición y Base de los Demás Derechos Fundamentales. El artículo 1o. de la Constitución Política

²² Tesis: P. LXVI/2009 (9a.), DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 7. Reg. IUS. 165822.

de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.²³

Quizá lo interesante de la modificación al artículo 1o. que estamos comentando consista en proporcionarnos una llamada de atención sobre los límites que deben observar los poderes públicos, incluyendo al poder encargado de reformar la Constitución. Lo que nos afirma la Constitución es que ningún ordenamiento jurídico puede jugar con la dignidad humana, concepto absolutamente no negociable en el desarrollo de los pueblos y naciones.

Se puede o no estar de acuerdo con el enfoque iusnaturalista adoptado por la Constitución mexicana, pero lo cierto es que la evidencia histórica nos demuestra que nunca sobra estar advertidos de los peligros que se corren cuando los poderes públicos (a veces incluso con la activa participación de los ciudadanos) pasan por alto la dignidad humana y cometen indecibles atropellos.

²³ Tesis: P. LXV/2009 (9a.), DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 8. Reg. IUS. 165813.

IV. De individuos a personas

Antes de la reforma constitucional de junio de 2011 la Constitución señalaba que el sujeto titular de los derechos (o garantías, según la anticuada fórmula anterior a la misma reforma) era el "individuo". Ahora el artículo 1o. se refiere a la "persona".

Con independencia de si ello abre la puerta para la consideración o no de grupos como sujetos de derechos humanos o si se están reconociendo derechos de carácter colectivo,²⁴ lo cierto es que la consecuencia más inmediata tiene que ver con el hecho de que ahora podemos afirmar con fundamento que la titularidad de los derechos humanos corresponde también a las personas jurídicas (mal llamadas "morales"). Se trata de un tema que ha sido escasamente desarrollado por la doctrina constitucional mexicana, pero que a partir de la reforma parece inexcusable comprender y profundizar en sus implicaciones.

Ante la falta de posturas teóricas consolidadas, es comprensible que surjan al menos preguntas como las siguientes: ¿se puede sostener que la Constitución atribuye los derechos fundamentales solamente a las personas físicas o lo hace también para las personas jurídicas?, ¿en caso de que las personas jurídicas puedan ser titulares de los derechos fundamentales, lo son de todos o solamente de algunos? Resueltas las anteriores dos cuestiones habría que dilucidar si hay alguna diferencia entre las personas jurídicas de derecho privado y las personas jurídicas de derecho público respecto a la posible titularidad de los derechos fundamentales.

En algunos ordenamientos jurídicos el problema al que nos estamos refiriendo, si no está del todo solucionado, al menos cuentan con una base constitucional para resolverlo. Así por ejemplo, el artículo 19.3 de la Constitución de Alemania establece que "[l]os derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables". De forma parecida, el artículo 12.2 de la Constitución de Portugal dispone que "[l]as personas colectivas gozarán de los derechos y estarán sujetas a los deberes que se consignan en la Constitución".

²⁴ Sobre los derechos colectivos véanse Torbisco, Neus, "El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas" en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3a. edición, México, Porrúa / IIJ-UNAM, 2004, pp. 383 y ss; Cruz Parceró, Juan Antonio, "Derechos colectivos", Carbonell, Miguel (Coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 3a. edición, México, Porrúa / IIJ-UNAM, 2009, tomo I, pp. 450 y ss; Cruz Parceró, Juan Antonio, "Sobre el concepto de derechos colectivos", *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 12, 1998; una posición relativamente escéptica sobre los derechos colectivos puede verse en López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.

En otros países el tema se ha desarrollado por vía jurisprudencial; es el caso de España, en donde el Tribunal Constitucional ha señalado que:

...en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas.²⁵

En ocasiones este tipo de pronunciamientos constitucionales se han tenido que dictar debido a que la legislación sobre los medios de tutela de la Constitución reconocía legitimidad activa a las personas jurídicas; es decir, le permitía promover por ejemplo juicios de amparo. A partir de esa legitimación, las personas jurídicas fueron explorando las posibilidades que la jurisdicción constitucional estaba dispuesta a reconocerles en términos de su posible titularidad de derechos.²⁶

Me gustaría ser muy claro al señalar que la respuesta a la pregunta de si las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales tiene que ser afirmativa, sin género alguno de duda a partir de lo que expresamente señala el artículo 1o. constitucional en su primer párrafo.

La siguiente cuestión a resolver entonces, como se apuntaba, es si las personas jurídicas pueden ser titulares de todos los derechos fundamentales o solamente de algunos. La respuesta, de nuevo, la puede proporcionar cada ordenamiento constitucional concreto. Como principio puede afirmarse que las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos de acuerdo con su naturaleza, es decir, lo serán de aquellos que por su objeto no sean propios y exclusivos de las personas físicas.

Así por ejemplo, las personas jurídicas podrán ser titulares del derecho a la igualdad, de la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de asociación (para integrarse en un conjunto de sociedades o agrupaciones, por ejemplo), del derecho a la información, de los derechos en materia tributaria, del derecho a no pagar multas excesivas, de las libertades económicas, del derecho de petición, del derecho a una tutela judicial efectiva, etcétera. Pero no serán titulares

²⁵ TCE. Sala Segunda. STC 23/1989. Recurso de Amparo 588-1985. 2 de febrero de 1989 (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1989).

²⁶ Gómez Montoro, Ángel J., "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación" en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC / UCM / Tribunal Constitucional, 2002, tomo I, p. 389.

del derecho a la reintegración de los presos a la sociedad, del derecho a la protección de la salud, del derecho a la educación, de la protección frente a la pena de muerte, de los derechos de las personas con discapacidad, del derecho de sufragio activo y pasivo, etcétera.

Faltaría por resolver la tercera de las preguntas que formulamos al inicio de este apartado: aceptando que las personas jurídicas puedan ser titulares de los derechos fundamentales, pero solamente en la medida en que el objeto de los propios derechos lo permita, ¿dicha titularidad se extiende por igual a las personas jurídicas de derecho privado y a las personas jurídicas de derecho público?

La respuesta a esta tercera interrogante debe ser negativa. Como regla general se puede afirmar que la titularidad de los derechos fundamentales no es posible para las personas jurídicas de derecho público. La persona jurídica de derecho público no es un instrumento para el ejercicio de derechos fundamentales.²⁷ Este tipo de personas más que derechos tienen "competencias" o "atribuciones", las cuales tienen canales y vías específicos de defensa (como lo pueden ser, en el ordenamiento jurídico mexicano, las controversias constitucionales establecidas en el artículo 105 fracción I de la Constitución). Excepcionalmente, se podría aceptar que una persona jurídica de derecho público promoviera juicios de amparo cuando se afecten sus intereses patrimoniales o incluso cuando se vea afectado su derecho a una tutela judicial efectiva (por ejemplo cuando un tribunal local se niegue a conocer de un juicio iniciado por una persona jurídica de derecho público).

En la práctica de los últimos años en México, las personas jurídicas de derecho público han optado por utilizar la vía de las controversias constitucionales del artículo 105 para defender sus pretensiones. Los juicios de amparo promovidos por esas personas son cada vez más escasos.

Ahora bien, las personas jurídicas de derecho público serán titulares de los mismos derechos que tienen las personas jurídicas de derecho privado cuando actúen bajo la legislación de derecho privado (es decir, cuando desarrollen relaciones jurídicas de igualdad con otra persona); tal caso se verifica, por poner un ejemplo, cuando un órgano público celebra un contrato de alquiler con un particular. En estos supuestos las personas de derecho público se asemejan a las de derecho privado y están sujetas, en consecuencia, al mismo régimen jurídico.

²⁷ *Ibid.*, p. 437.

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante Comité CCPR) se ha referido al tema de la titularidad de derechos por parte de personas jurídicas en su Observación General No. 31, relativa a la índole de las obligaciones de los Estados generadas por los derechos humanos. En ese documento, el Comité CCPR señala que:

`[L]os beneficiarios de los derechos reconocidos en el Pacto (se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ONU en 1966) son los individuos. Si bien, a excepción del artículo 1, el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o de entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos en el Pacto... pueden ser disfrutados colectivamente. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones se limite a las presentadas por individuos, o en nombre de estos (artículo 1 del Protocolo Facultativo), no impide que un individuo alegue que una acción u omisión atañe a una persona jurídica o entidad similar equivale a una violación de sus propios derechos.²⁸

III. Jerarquía de tratados internacionales

Más allá de las cuestiones un tanto semánticas sobre el "reconocimiento" o el "otorgamiento" de los derechos por parte de la Constitución, lo cierto es que el artículo primero pone al mismo nivel a los derechos que aparecen en la Constitución y los que están previstos en los tratados internacionales. De esa manera, podemos afirmar sin género alguno de duda que el derecho constitucional mexicano, por lo que respecta a todo lo relativo a los derechos cuando menos, se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos, demostrando de esa manera una vocación cosmopolita muy apreciable.

Lo que hace el artículo primero es poner de manifiesto que son tan importantes los derechos humanos que tienen reconocimiento constitucional como aquellos que figuran en los tratados internacionales. Aunque ese criterio ya hubiera podido deducirse sin necesidad de que lo dijera la Constitución, estimo que es alentador el mensaje que el poder reformador de la CPEUM nos está enviando.

La consecuencia práctica es que los abogados litigantes, jueces, organizaciones de derechos humanos y ciudadanos tendremos a nuestro alcance un verdadero arsenal normativo para

²⁸ Comité CCPR. *Observación general No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 9.

proteger justamente nuestros derechos, derivado de los muchos tratados internacionales que ha firmado el Estado mexicano y que a partir de la reforma de junio de 2011 adquieren rango constitucional de forma plena.

El reconocimiento de rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos es una tendencia bastante consolidada en el constitucionalismo de América Latina. Para mencionar algunos ejemplos, se puede citar el artículo 75 párrafo 22 de la Constitución Argentina, luego de la reforma de 1994, que asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos entre los que se encuentra la Convención Americana y los dos pactos internacionales de 1966 de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), el de derechos civiles y políticos, y el de derechos económicos, sociales y culturales. El mismo precepto dispone que otros tratados, además de los mencionados, podrán tener jerarquía constitucional, siempre que sean aprobados al menos por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara legislativa.

La Constitución de Guatemala de 1985 establece la preeminencia de los tratados internacionales aceptados y ratificados por ese país por encima del derecho interno. Una disposición muy parecida se encuentra en el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991, que se encarga de enfatizar que:

...[L]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La Constitución Venezolana de 1999, en su artículo 23, establece directamente la jerarquía constitucional de los pactos y tratados sobre derechos humanos; su texto es el siguiente:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

La Constitución Ecuatoriana de 2008 señala en su artículo 424 (párrafo segundo) que:

[l]a Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Cabe recordar que el derecho internacional de los derechos humanos se estructura a partir de lo que puede llamarse un "derecho originario", el cual es complementado por un "derecho derivado". El derecho originario es el que encontramos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto de alcance mundial como regional.

De hecho, los tratados internacionales han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad según sea el país de que se trate, como es obvio). En los tratados internacionales y en la interpretación que de ellos han hecho los organismos de la ONU, de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante "la OIT") o de la Organización de los Estados Americanos (en adelante la "OEA"), entre otros, pueden encontrarse tanto derechos que no están previstos en la Constitución mexicana, como perspectivas complementarias a las que ofrece nuestra CPEUM (por ejemplo cuando un tratado internacional establece dimensiones de un cierto derecho que no están contempladas en nuestro ordenamiento).

Se calcula que actualmente existen poco menos de 150 tratados internacionales y protocolos referidos a los derechos humanos, de forma que podemos hablar de un proceso de intensa codificación internacional de los derechos.²⁹ Los tratados de derechos humanos pueden ser de carácter general o sectorial. Los primeros regulan muchos tipos de derechos o derechos adscribibles, en términos generales, a todas las personas. Los segundos contienen derechos para determinados tipos de personas o referidos a ciertas materias. Entre los primeros podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PIDCP") o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "PIDESC"), ambos de 1966;³⁰ en el ámbito de América Latina el más importante tratado general es la CADH, conocida como Pacto de San José, suscrita el 22 de noviembre de 1969.³¹

Entre los tratados internacionales de carácter sectorial que se suelen utilizar con mayor frecuencia –o que son más citados entre la literatura especializada– se encuentran la

²⁹ Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 209 ss.

³⁰ Publicados ambos en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

³¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

Convención de los Derechos del Niño³² y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,³³ así como los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre distintos aspectos de los derechos fundamentales de los trabajadores.³⁴ En el ámbito de América Latina podemos destacar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como "Convención de Belém do Pará") y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

De los tratados internacionales pueden derivar, a su vez, otras fuentes del derecho (lo que hemos llamado el "derecho derivado"). Entre ellas se encuentran por ejemplo las Observaciones Generales, que son una especie de interpretación general dictada por Comités de expertos creados por mandato de los principales pactos internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, el PIDCP crea el Comité CCPR, que está compuesto por 18 miembros (artículo 28 del Pacto) y la faculta para emitir Comentarios Generales dirigidos a los Estados Partes sobre el contenido del Pacto. Una facultad parecida se encuentra en el artículo 19 del PIDESC.

Los Comentarios u Observaciones Generales son de gran interés para los estudiosos de los derechos fundamentales ya que contribuyen a ampliar el significado de las disposiciones de los Pactos y Tratados, precisando las obligaciones de los Estados y las tareas concretas que deben llevar a cabo para cumplir con lo que disponen los instrumentos internacionales.

Podríamos decir que las Observaciones Generales se asemejan a una especie de jurisprudencia, sólo que no es dictada por órganos jurisdiccionales sino por aquéllos de carácter más bien consultivo, integrados por expertos en cada materia.³⁵ Las Observaciones Generales tienen gran relevancia, ya que nos ayudan a identificar los significados concretos que para las autoridades derivan de los derechos fundamentales, tanto de forma general para todos ellos como en específico para cada distinto derecho.

Actualmente la estructura de los órganos encargados de la vigilancia de los derechos humanos dentro de la ONU bastante compleja,³⁶ se puede identificar el campo de competencia de

³² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

³³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981; fe de erratas del 18 de junio de 1981.

³⁴ Son especialmente importantes los Convenios 87 (libertad sindical), 89 (derecho de sindicalización), 111 (discriminación en el empleo), 118 (igualdad de trato), 138 (edad mínima para trabajar), 143 (trabajadores migrantes), 169 (pueblos indígenas) y 182 (prohibición del trabajo infantil).

³⁵ Una selección muy amplia de Observaciones Generales puede verse en Carbonell, Miguel, *et. al.*, (Comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, México, Porrúa, 2003, tomo I, pp. 389 y ss.

³⁶ Villán Durán, Carlos..., *op. cit.*, nota 29, pp. 437 y ss.

cada uno de los Comités de la ONU en la materia de derechos humanos según su denominación, la cual en términos generales se corresponde con la denominación del tratado, pacto o convención de cuya supervisión se encargan.

Para la comprensión cabal del sistema de protección de los derechos humanos que existe actualmente en el seno de la ONU quizá sería útil realizar una minuciosa revisión del lugar que ocupa cada Comité en el organigrama de la ONU y de los documentos que precisan su ámbito de facultades.³⁷

Hay que enfatizar el hecho de que el Estado mexicano ha admitido la competencia de varios de esos Comités y por tanto los particulares ya pueden acudir a ellos para denunciar alguna violación de los derechos establecidos en los respectivos Pactos, Tratados y Convenciones.³⁸

Además de las importantes tareas que realizan los Comités, hay que tener presente que los propios tratados internacionales pueden crear tribunales con competencias contenciosas o de otro tipo;³⁹ así sucede con la CADH, adoptada en San José de Costa Rica, que crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra en esa misma ciudad.⁴⁰

En ocasiones los tratados se van complementando con documentos normativos que se dictan con posterioridad. Se les suele llamar "protocolos" o "protocolos adicionales". Así por ejemplo, a partir del PIDCP se han dictado dos protocolos, destinados respectivamente a permitir que el Comité CCPR reciba directamente quejas de individuos por presuntas violaciones del Pacto y a abolir la pena de muerte.

También la Convención Americana tiene dos protocolos; uno en el que se establecen los derechos económicos, sociales y culturales (el llamado "Protocolo de San Salvador") y otro que tiene también por objeto la abolición de la pena de muerte.

³⁷ Una explicación muy completa del universo de organismos que se encargan de los derechos humanos en el ámbito de la ONU puede encontrarse en *Ibidem*.

³⁸ Al respecto, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México", *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, Núm. 1, México, enero-junio de 2003, pp. 161 ss. La publicación de los respectivos documentos de adhesión o ratificación se realizó en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de mayo de 2002.

³⁹ Sobre los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos previstos en los tratados, Villán Durán, Carlos..., *op. cit.*, nota 29, pp. 499 y ss.

⁴⁰ De entre lo mucho que se ha escrito sobre la Corte Interamericana, recomiendo especialmente el amplio panorama que nos ofrece la obra de García Ramírez, Sergio, *La corte interamericana de derechos humanos*, México, Porrúa, 2007; para el caso específico de México, García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, Porrúa / IJ-UNAM, 2011.

Los protocolos pueden existir tanto en el caso de los tratados generales como en el de los sectoriales; dentro de estos últimos tenemos que tanto la Convención de los Derechos del Niño como la Convención contra la Discriminación de la Mujer tienen varios protocolos facultativos.

Sobre la manera en que los tratados internacionales se deben interpretar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio:

Tratados Internacionales. Su Interpretación Por Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación al Tenor de lo Establecido en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Diario Oficial De La Federación del 14 De Febrero De 1975). Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la

celebración de un instrumento internacional no debe acudir, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda.⁴¹

En la práctica, la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos se enfrenta con muchas dificultades.⁴² Una de ellas, quizá no la menor, es el profundo desconocimiento que de su contenido tienen los abogados mexicanos, incluyendo a los jueces. En parte lo anterior se debe a las deficiencias que tiene el proceso de enseñanza del derecho, la cual por cierto también se proyecta hacia el tema de los derechos fundamentales, como lo he explicado en otras ocasiones.⁴³

A partir de la reforma se hace necesaria una actualización profunda y permanente sobre el contenido de los tratados internacionales y también, como es obvio, del derecho que deriva de ellos.

Para el caso mexicano es muy importante repetir una y otra vez la necesidad de que los juristas nacionales conozcan y en su caso apliquen la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resulta obligatoria y del todo vinculante para todos los órganos del Estado mexicano sin excepción.

Hay quien piensa que la globalización en la que vivimos tiene manifestaciones exclusivamente en el ámbito de la economía y el comercio. Nada más lejos de la verdad. La globalización de nuestro mundo no puede ser de signo exclusivamente mercantil, sino que debe ser sobre todo un proceso de progresiva universalización de los derechos humanos.

Antes de terminar el presente apartado cabe señalar que la Constitución en el artículo 1o. se refiere a "los tratados internacionales" en general, no a los tratados internacionales "de derechos humanos". Esta amplitud permite afirmar que también los derechos reconocidos en

⁴¹ Ejecutoria: 2a. CLXIII/2003 (9a), Amparo en revisión 402/2001, Imcosa, S.A. de C.V., *Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta*, Novena Época, México, Octubre de 2003, Tomo XVIII, pág. 108. Reg. IUS. 17798.

⁴² Algunas reflexiones sobre el tema se pueden ver en Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos" en Méndez Silva, Ricardo (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 181 ss.

⁴³ Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho*, 4a. edición, México, Porrúa / IJ-UNAM, 2011.

tratados internacionales que no traten específicamente de la materia pueden tener rango constitucional en México.

Como ejemplo de lo anterior se suele citar el caso de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, la cual si bien se refiere a cuestiones generales de derecho internacional público, recoge el derecho fundamental de asistencia consular a favor de toda persona que haya sido detenida en un país que no es el suyo.⁴⁴

⁴⁴ El ejemplo ha sido recordado en la excelente obra de García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2011, p. 85.

1. Nacionales

- Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 533. Reg. IUS. 160267.
- Tesis: P. XX/2001 (9a.), EXTRADICIÓN. NO EXCLUYE AL EXTRADITADO DE DISFRUTAR DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XIV, Octubre de 2001, p. 23. Reg. IUS. 188600.
- Tesis: 1a. Sala (5a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XLV, p. 1533. Reg. IUS. 312214.
- Tesis: T.C.C. (7a.), GARANTIAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, Volumen 62, Sexta Parte, p. 39. Reg. IUS. 255644.
- Tesis: 3a Sala (5a), GARANTÍAS INDIVIDUALES, SUJETOS DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XXXIV, p. 1205. Reg. IUS. 363076.
- Tesis: 2a. LXXXII/2008 (9a), PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Junio de 2008, p. 448. Reg. IUS. 169439.
- Tesis: P. LXVI/2009 (9a.), DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 7. Reg. IUS. 165822.
- Tesis: P. LXV/2009 (9a.), DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 8. Reg. IUS. 165813.

- Ejecutoria: 2a. CLXIII/2003, Amparo en revisión 402/2001, Imcosa, S.A. de C.V., *Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta*, Novena Época, México, Octubre de 2003, Tomo XVIII, p. 108. Reg. IUS. 17798.

2. Internacionales

- Comité CCPR. *Observación general No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.

Comentario sobre el
Artículo 1o., segundo
párrafo de la Constitución
(La cláusula de interpre-
tación conforme al
principio *pro persona*)

José Luis CABALLERO OCHOA*

* Académico-investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

SUMARIO: I. *Sobre el contenido de la disposición.* II. *El alcance de la cláusula de interpretación conforme.* III. *La interpretación conforme en la jurisprudencia interamericana: el control de convencionalidad y el principio pro persona en la aplicación del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* IV. *El Expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011.* V. *Conclusión. La ruta interpretativa pendiente para la Suprema Corte de Justicia de la Nación.*

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; reforma constitucional; derechos humanos; tratados internacionales; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; interpretación conforme; control de convencionalidad; Tribunal Constitucional latinoamericano; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. Sobre el contenido de la disposición

Es interesante seguir la pista a una previsión de reciente factura en el orden constitucional mexicano, y conocer las dimensiones que va adquiriendo en la práctica jurídica. El actual párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, "CPEUM" o la "Constitución"), entró en vigor recién el 10 de junio de 2011 en la ya famosa reforma constitucional sobre derechos humanos (en adelante "RCDH 2011" o la "reforma constitucional"), la más relevante puesta al día de la CPEUM en la materia. Su diseño y proceso de aprobación dan cuenta —ya desde la recta final de los trabajos de la LX Legislatura (2006-2009), y plenamente en los de la LXI Legislatura (2009-2012)—¹ de una serie de aspectos que ilustran de forma muy clara el sentido que se le atribuyó por parte de los legisladores,² así como las reticencias para avanzar más en serio en los temas de derechos

¹ De este derrotero entre Cámara de Diputados y Cámara de Senadores dio cuenta en uno de sus últimos trabajos Jorge Carpizo: "¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?", Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011. De igual forma lo abordaron Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa / IIJ-UNAM, 2011.

² Sobre este aspecto particular remito a mi trabajo: "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., párrafo segundo de la Constitución)", Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011, pp. 110 ss.

humanos y ampliar la cobertura de los mismos, que es finalmente lo que posibilita este principio hermenéutico.

Me parece que estamos frente a la piedra angular del proceso de reforma, que acoge un sistema de interpretación sobre las normas de derechos humanos integrado por la CPEUM y los tratados internacionales; que da cuenta del contenido de estas normas; y, que sirve de referente al resto de ámbitos normativos: nacional, federal y local. Este sistema permite aplicaciones preferentes en sedes normativas distintas en la medida en exista una ampliación de los derechos (principio *pro persona*).

La disposición señala: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."³

Con este texto se completó de alguna suerte la ruta de vinculación con los tratados internacionales sobre derechos humanos seguida por la mayoría de los Estados constitucionales, y que contempla los siguientes aspectos: la ratificación de los instrumentos; la aceptación de la competencia de los organismos de supervisión previstos en los propios tratados, o en su caso, de la competencia contenciosa de tribunales internacionales a cargo de su aplicación e interpretación; la incorporación de estos tratados al orden interno, a efecto de que sean atendidos por los operadores jurídicos, lo que contribuye a la adopción de disposiciones de derecho interno, como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana");⁴ y, en definitiva, un reconocimiento de su incidencia constitucional en razón de su contenido normativo, lo que se precisa, entre otras modalidades de diseño, mediante una cláusula de interpretación conforme.⁵ Este criterio conlleva necesariamente el ejercicio hermenéutico no sólo con respecto a las normas sobre

³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, reforma publicada el 10 de junio de 2011, art. 1, párr. segundo.

⁴ "Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, art. 2.

⁵ En esta tesitura están además, entre otras, las siguientes disposiciones constitucionales: en Europa el artículo 16 de la Constitución de Portugal; el 10.2 de la Constitución de España (1978) artículo 4.1 de la Constitución de Moldavia (1994), o el artículo 20.1 de la Constitución de Rumania (1991). En el contexto de los Estados parte de la CADH: el artículo 93 de la Constitución de Colombia (1991); el artículo 23 de la Constitución de Venezuela (1999); el artículo 13.4 de la Constitución de Bolivia (2009).

derechos humanos consignadas en los tratados internacionales, sino a la jurisprudencia que se emite sobre su interpretación.

No obstante su enorme importancia, me parece que la cláusula de interpretación conforme es la gran desconocida de la RCDH 2011; se alude muy poco a su potencialidad específica –se habla por ejemplo únicamente de la necesidad de realizar el control de convencionalidad, o exclusivamente del principio *pro persona* –o se intenta disminuir su virtualidad– por ejemplo tratando de incorporar todavía criterios de jerarquía para la aplicación de las normas sobre derechos humanos o para la solución de los conflictos normativos. Su diseño y aplicación incipiente en la práctica jurídica mexicana se contextualiza en los tres grandes puntos de inflexión que han marcado un verdadero cambio de paradigma en la forma de apreciar el valor normativo de los derechos humanos:

- a) Las cuatro últimas sentencias de fondo emitidas contra el Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") entre 2009 y 2010: *Caso Radilla Pacheco*; *Caso Fernández Ortega y Otros*; *Caso Rosendo Cantú y Otra*; *Caso Cabrera García y Montiel Flores*.⁶

Estas sentencias han replanteado el papel que guarda la jurisprudencia interamericana para los Estados parte en la Convención Americana, así como los criterios de actuación de los jueces nacionales en ejercicio de interpretación conforme con respecto de la CADH, los demás instrumentos del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, y la jurisprudencia de la Corte IDH (el llamado "control difuso de convencionalidad").⁷

- b) La propia RCDH 2011 ya aludida.
- c) La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN, o "Suprema Corte"), que precisó las obligaciones puntuales para el Poder Judicial en

⁶ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

⁷ Sobre este tema véase el importante trabajo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor sobre una ampliación al "voto razonado" que emitió en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México: "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011

relación con el *Caso Radilla Pacheco vs México*. Se trata de la "Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte en el Expediente Varios 912/2012, el 14 de julio de 2011, sobre las obligaciones para el Poder Judicial derivadas de la sentencia de la Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs México*".⁸

Entre otras cuestiones, esta resolución determinó el valor de la jurisprudencia interamericana, y el sentido del control de convencionalidad y de constitucionalidad ante este nuevo marco en materia de derechos humanos a partir de la RCDH 2011.

La obra de la que forma parte este comentario trata precisamente de establecer los elementos de contenido constitucional de los derechos humanos, teniendo en consideración esta especie de "norma puente" o norma de articulación hermenéutica entre ordenamientos, concretamente entre la Constitución y los tratados internacionales, en el sentido de integración normativa favoreciendo interpretaciones más expansivas. No se entiende a la cláusula de interpretación conforme como un principio de naturaleza subsidiaria para "completar" las ausencias constitucionales, sino para propiciar dicha integración, al tener en cuenta que los elementos resultantes de su aplicación, a partir de la CPEUM y de la norma convencional, constituyen el "contenido constitucionalmente predicable de los derechos".⁹ Se trata así de una cláusula de articulación entre:

- Las previsiones de la CPEUM;
- Los tratados internacionales sobre derechos humanos;
- Los criterios que emiten los organismos previstos en los tratados, con especial relevancia los elementos de interpretación que emite la Corte IDH con respecto a la CADH, y los demás instrumentos sobre los que aplica su jurisprudencia. Este Tribunal ha

⁸ Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de martes 4 de octubre de 2011 (Sección segunda), pp. 1-65. Disponible en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011> (5 de febrero de 2012). En particular sobre el *Caso Radilla Pacheco vs. México* se ha empezado a documentar una importante bibliografía en nuestro país en los últimos años. Entre los últimos libros que han aparecido destacan: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, Porrúa / IJ-UNAM, 2011; una serie de comentarios críticos, peritajes y escritos en calidad de *amicus curiae* alrededor de la sentencia de la Corte Interamericana en los trabajos reunidos por Juan Carlos Gutiérrez y Silvano Cantú (Coords.), *El Caso Rosendo Radilla Pacheco. Impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos*, México, CMDPDH / Ubijus, 2012; un importante estudio así como una serie de documentos sobre las incidencias del Caso en la Corte IDH y en la reflexión posterior por parte de la SCJN en el libro de José Ramón Cossío, Raúl Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012.

⁹ Como apuntó la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 36/199, de 14 de febrero, en el Fundamento Jurídico número 5, párr. 10.

ido tomando cada vez elementos de constitucionalidad para el ejercicio de su función como una Corte regional de derechos humanos, de forma similar al que realizan las cortes constitucionales, lo que le imprime un carácter de Tribunal Constitucional latinoamericano, especialmente a través de los efectos expansivos de su jurisprudencia.¹⁰

A partir de estos elementos, el contenido constitucional mínimo de los derechos debe ser ofrecido por la SCJN, y que en definitiva dota de ese contenido a las normas sobre derechos humanos en los precedentes materia de sus resoluciones.

Este comentario aborda, la cláusula de interpretación conforme, y el sentido que le ha sido otorgado por parte de la Corte IDH, en la modalidad de la doctrina del "control de convencionalidad" –con algún referente en el "efecto de cosa interpretada",¹¹ en el contexto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH", o "Tribunal Europeo")– así como la interpretación que del Artículo 1o. párrafo segundo de la CPEUM ha hecho la SCJN asumiendo los criterios de la Corte Interamericana en este aspecto, a efecto de dimensionar su alcance constitucional en México, y teniendo como principio de preferencia hermenéutica la aplicación de la norma o el sentido interpretativo que más favorezca a las personas.

II. El alcance de la cláusula de interpretación conforme

1. Sobre las implicaciones de la redacción constitucional

Señalaba al inicio de trabajo que el diseño de esta disposición da cuenta de una serie de elementos sobre discusión que fueron asumidos en el proceso de su aprobación. Sin abordar las fases previas de redacción, el resultado por sí mismo da cuenta de que se abrió una vía paralela de órdenes normativos que intervienen como referentes de la interpretación de las normas sobre derechos humanos hacia la Constitución y los tratados: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia". Se estableció un diseño peculiar que tomó distancia del modelo que han elaborado los ordenamientos constitucionales con este tipo de cláusulas, o

¹⁰ En la reflexión de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos...* *supra* nota 8, p. 42.

¹¹ Argelia Queralt afirma que "la autoridad de cosa interpretada es aquella que desborda los límites del caso concreto y que es la autoridad propia de la jurisprudencia del Tribunal en tanto que intérprete de las disposiciones del CEDH". Queralt, Argelia, "El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH", García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo (Coords), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 234.

diseños semejantes de reenvíos normativos a los tratados internacionales, especialmente a partir de los ejercicios incipientes de Portugal (1976) y España (1978), en los que son los derechos contenidos en sede constitucional los que se interpretan de conformidad con los tratados, y que me parece, por la génesis del precepto en las cámaras del Congreso de la Unión, que rondó la idea de no comprometer el principio de supremacía constitucional como se desprende de la interpretación que se ha hecho del artículo 133 de la CPEUM, lo que desde luego, no corresponde con el desarrollo que representa este modelo, ni su aplicación en el marco del derecho comparado.

De esta manera, inicialmente me pareció que el haber incorporado una redacción que no remitía los derechos constitucionales a los de los tratados internacionales, era absolutamente inconveniente, porque no expresaba claramente la forma de integración normativa resultante. Lo más riesgoso, a mi juicio, es que pueda dejar abierta la puerta a una ruta interpretativa que dé lugar a una estructura de sujeción jerárquica entre CPEUM y los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que no debe ocurrir. Quizás éste sea el prurito principal que he tenido con respecto a esta redacción, y conociendo los vaivenes de la SCJN y lo contenida que ha sido para tratar estos aspectos –con honrosas excepciones en resoluciones y en Ministros en particular– con mayor razón aún.

Sin embargo, en contraste, encuentro también que el modelo de la CPEUM refleja de manera importante ante qué nos encontramos, y puede posibilitar una mayor integración normativa. Me explico.

- a) No tenemos un diseño que pudiera servir de pretexto para identificar como material de interpretación exclusivamente a los derechos consagrados en la CPEUM dejando fuera a los consignados en los tratados internacionales que no estuviesen en la primera, al considerar que el material normativo que se envía al referente interpretativo es exclusivamente el constitucional.

Es una discusión de muy largo alcance en otros contextos constitucionales como el español,¹² ante la idea de que no es posible la remisión interpretativa a normas sobre derechos no

¹² Alejandro Saiz señala que se incorporan aspectos no explicitados en la Norma básica por parte del Tribunal Constitucional Español, citando además a Rubio Llorente, quien afirma: "nadie puede pretender el reconocimiento de derechos fundamentales que no figuren en ella [la Constitución], ni el Tribunal Constitucional reconocerlos. Sí puede (e incluso debe) el Tribunal crear realmente *nuevos derechos*, incluyendo bajo alguno de los *nomines* del canon constitucional derechos que podrían ser dotados de nombre propio, aunque, como es obvio, no puede (ni debe) crear de la nada, haciendo derivar estos derechos del cielo de las ideas puras o de las diversas entealequias que hacen sus veces; la creación sólo es legítima cuando es consecuencia de un razonamiento jurídico riguroso", Rubio, Llorente, Francisco, "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", *Claves*, núm. 75, 1997,

previstas ya en la Constitución, bajo el principio de que no hay derechos fundamentales fuera de ella. En realidad, en el horizonte del camino discursivo aparece la negativa de recurrir por vía de amparo las violaciones a derechos humanos contenidos en los tratados, diseño que no ha implicado objeción alguna entre nosotros.

- b) Paradójicamente la Constitución está enviando un mensaje de integración normativa entre derechos, al reconocer implícitamente el valor de la autonomía de los tratados internacionales; de la autonomía de sus propios catálogos de derechos –justo *a contrario sensu* del imaginario jurídico español– de la autonomía que se expresa en el artículo 1, 103, fracción I,¹³ y 10514 de la CPEUM ante la posibilidad de que sean los tratados objeto tanto de amparo, como de la acción de inconstitucionalidad. Es un tratamiento que no hace ninguna concesión a una perspectiva "sospechosa" de identidad normativa entre ambos ordenamientos –a lo que temen algunas opiniones– sino que, manteniendo una presencia autónoma de los derechos consignados en los tratados internacionales y su defensa, apuesta por una lectura integradora de cara a los previstos en la CPEUM.

Se trata de una idea muy sugerente. Un amparo o una acción de inconstitucionalidad contra violaciones a derechos previstos en la Constitución tendría necesariamente que sustanciarse en relación con los derechos constitucionales interpretados de conformidad con los tratados, es decir, la literalidad de la sola previsión constitucional es incompleta, y debe entenderse en relación con el referente interpretativo en los tratados; al igual que un amparo o una acción de inconstitucionalidad por violaciones a derechos contemplados en estos, tendría

p. 4, Cit.- Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 81.

¹³ "Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...". Constitución..., *supra* nota 3, reforma publicada el 6 de junio de 2011, art. 103.

¹⁴ "Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I...

II De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

...

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal". *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *supra* nota 3, reforma publicada el 10 de junio de 2011.

que integrarse en relación con los propios derechos contenidos en la Constitución, salvo, desde luego, que no existiera ningún referente constitucional de tales derechos. La realidad es que las normas sobre derechos humanos en la CPEUM no son tales sino en cuanto leídas de conformidad con los tratados internacionales; es el resultado que nos presenta la RCDH 2011.

2. La narrativa sobre el nuevo modelo previsto en la Constitución

Durante este primer año de vigencia del artículo 1o., segundo párrafo de la CPEUM, me parece que se han generado en la práctica mexicana al menos un par de ideas que no me parecen certeras sobre las implicaciones de esta reforma en la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

a. Sobre el principio de jerarquía normativa

Una idea postula que necesariamente se debe abordar la interpretación conforme a la luz del principio de jerarquía normativa que se emplea para ubicar a las fuentes del derecho en el orden jurídico mexicano, especialmente a partir de supremacía constitucional como vértice en la ordenación de fuentes.

Ante esta posición se ha estimado, o bien que además de la RCDH 2011 necesariamente haría falta una reforma al artículo 133 CPEUM que otorgue "jerarquía constitucional" a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y que en ese sentido estaríamos ante una reforma incompleta, o bien, que la interpretación del artículo 1o., párrafo segundo de la CPEUM, en todo caso, debe estar supeditada a la trayectoria interpretativa de esta disposición.

En buena parte de los operadores jurídicos ha rondado esta idea. Desde las cámaras en el Congreso de la Unión, los jueces, hasta la SCJN. Es una aproximación epistemológica muy arraigada entre nosotros y dura de movilizar, porque ha sido el fundamento de la estructura normativa, de las fuentes del derecho, de resolución clarísima e indubitable de antinomias; además, durante muchos años, el soporte para favorecer la supeditación de unos órdenes normativos a otros –incluso el local al federal por ejemplo, contraviniendo el artículo 124 de la CPEUM.

Precisamente por eso es que ha costado tanto trabajo poder argumentar en nuestro contexto sobre la idea de un "bloque de constitucionalidad", porque rompe la vertebración jerárquica de las fuentes necesariamente. Me parece que esta es la idea de fondo y que desde

luego, es disruptiva en el imaginario jurídico mexicano. Es necesario afirmarlo claramente: la RCDH 2011 modificó el sistema de fuentes del derecho en México y su forma de articulación.

Como lo señaló el Ministro Arturo Zaldívar en su proyecto de "Contradicción de Tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo y del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito", presentado la consideración del Pleno los días 12 y 13 de marzo de 2012:¹⁵

La concepción de que los derechos humanos de cualquier fuente configuran un bloque de derechos de rango constitucional, se corresponde a la literatura constitucional más avanzada y a distintas experiencias de derecho comparado, los cuales han entendido que la relación entre tratados y Constitución en el tema de derechos humanos no debe leerse en clave de disputas jerárquicas, sino de una interrelación y convivencia en el mismo plano...¹⁶

b. Sobre el principio *pro persona* considerado de forma aislada

Esta idea parece posicionar que hemos asumido solamente el principio *pro persona*, dando la impresión además, de que es una especie de criterio endeble, absolutamente subjetivo, y modulado *a priori* en el sentido que se quiera. La aplicación del principio *pro persona* sería ajena a otros principios sobre aplicación de normas sobre derechos humanos, mismos que van aparejados a la cláusula de interpretación conforme como aquél lo está: criterio de ponderación, límites a la restricción de derechos, contenido esencial mínimo, los criterios sobre limitación de derechos (necesidad, idoneidad, proporcionalidad), margen de apreciación nacional, etcétera.

Se trata de una concepción que algunos operadores jurídicos tienen sobre este principio y su consideración de forma aislada: una herramienta para resolver *a priori* en el sentido que se desee, lo que me parece de un riesgo enorme para la correcta aplicación de la RCDH 2011.¹⁷

¹⁵ Las versiones taquigráficas de las discusiones se pueden consultar en: La del 12 de marzo en: <http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl201200312v2.pdf> (10 de abril de 2012). La del 13 de marzo en: <http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl201200313v3.pdf> (10 de abril de 2012).

¹⁶ Ministro Arturo Zaldívar, "Contradicción de Tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo y del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito", p. 49. Se han omitido las notas a pie de página.

¹⁷ Sobre este tipo de cuestiones ya ha habido voces críticas y de alerta. Véase por ejemplo el trabajo de Pedro Salazar "Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana", Salazar Ugarte, Pedro, *et. al.*, *Garantismo espurio*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Referirse reiteradamente de forma aislada del principio *pro persona*, sin vincularlo con la cláusula de interpretación conforme, y además omitir los otros principios que deben acompañar a la función interpretativa constituye el acto fallido de un inconsciente jurídico colectivo poco familiarizado con la complejidad de la práctica de resolución de casos sobre derechos humanos. Tiene que ver con años de considerar a los principios sobre derechos humanos como normas vaciadas de contenido; con resolver solamente con base en reglas; el reforzamiento del interés jurídico directo para instrumentar acciones de defensa; con una argumentación basada casi exclusivamente en la subsunción normativa; con la ausencia del precedente judicial; y, la falta de un desarrollo sobre el contenido de las normas sobre derechos humanos; diría también que con el abuso del principio de jerarquía normativa en la resolución de las tensiones o antinomias entre normas de derechos humanos.

3. Sobre el contenido de la cláusula de interpretación conforme

a. Elementos de la cláusula de interpretación conforme

La cláusula de interpretación conforme tiene un contenido y establece una serie de reconocimientos, de los que puede advertirse algunas implicaciones. Se trata del reconocimiento de las normas sobre derechos humanos como contenidos mínimos, que pueden ampliarse mediante remisiones interpretativas hacia normas de mayor protección, con el objeto de establecer integraciones que doten de contenido o fortalezcan los elementos de contenido constitucional de ese material normativo. Brevemente apunto estas condiciones.

- a) El reconocimiento de las normas sobre derechos humanos como contenidos de mínimos susceptibles de ampliación.

Esta idea es deudora del hecho de que el desarrollo sobre derechos humanos va cobrando fuerza en la medida en que se van obteniendo pisos más altos a partir de alcances normativos identificables de menor a mayor protección. De esta forma, las cartas sobre derechos humanos, sean constituciones o tratados internacionales reconocen el haber establecido un estándar mínimo de obligado cumplimiento para los Estados,¹⁸ y que por vía jurisprudencial puede ser ampliado al remitirse a ordenamientos más protectores: otros tratados internacionales; o bien, normas nacionales. Así, en un sistema federal como el mexicano, ocurrirá entre

¹⁸ Como precisa Santiago Ripol Carulla al advertir que la intención de los redactores del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales era establecer el "estándar mínimo de derechos fundamentales que debía ser respetado por todos los Estados europeos que aspiraran ingresar en el Consejo de Europa" en "Estudio introductorio" Ripol, Santiago, *et. al., España en Estrasburgo. Tres décadas bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Aranzadi, 2010, p. 23.

las normas locales, las federales, las de desarrollo constitucional o generales en su referencia hacia los tratados internacionales o la Constitución.

- b) La remisión interpretativa para la ampliación del contenido de mínimos en sedes normativas distintas.

Estamos ante contenidos normativos mínimos que son objeto de envío interpretativo a otras normas con este carácter para efecto de su expansión. Los elementos de integración se construyen entre normas que protegen los mismos derechos, proviniendo de fuentes distintas. Las tensiones entre distintos tipos de derechos se solventan a través de interpretaciones más favorables, en un sentido de aplicación preferente siguiendo los principios de resolución de tensiones o conflictos en materia de derechos humanos, y en la aplicación del principio *pro persona*.

El punto del envío interpretativo sigue las previsiones que se encuentran presentes en las constituciones o en los tratados internacionales al establecer condiciones restrictivas para la limitación de los derechos –o en su caso, para la suspensión– y de una vía libre amplia, franca, hacia la extensión de esos contenidos de mínimos. Un ejemplo lo proporciona el artículo 1o., párrafo primero de la CPEUM al señalar específicamente que las restricciones y suspensión de derechos tendrán lugar "en los casos y bajo las condiciones" que ella establece. Luego, a *contrario sensu*, la ampliación se presenta de forma abierta hacia otros ordenamientos, siempre que contengan normas más protectoras. La práctica comparada nos permite observar este tema. Por ejemplo, algunos ejercicios constitucionales reconocen este sistema de mínimos susceptibles de ampliación mediante las cláusulas de derechos no enumerados o mediante el sentido restrictivo de las limitaciones, como en el caso de México.

Los tratados internacionales instruyen reglas de interpretación que siguen desde luego esta consideración de normas de mínimos que se reenvían a otras fuentes. La CADH establece en el artículo 29, un criterio de interpretación de sus propias normas, en el sentido de que de ninguna forma podrá entenderse de forma restrictiva con respecto a los ordenamientos de los Estados, o en relación con otros instrumentos internacionales, es decir, un estándar mínimo de protección, al señalar:

Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.¹⁹

El punto fundamental para circular un sistema de envíos interpretativos a partir de la norma convencional es precisamente la atención a *las leyes de cualquiera de los Estados Partes*, como apunta la Convención Americana.

- c) La integración normativa como efecto primero y primordial de los reenvíos normativos, a fin de ofrecer el contenido constitucional de las normas sobre derechos humanos.

Dos ideas particulares han rondado este aspecto y que conviene desmontar. Una de ellas que la interpretación conforme tiene un cariz subsidiario, es decir, que primero se debe acudir a estándares de derecho interno y luego a los internacionales. No es así, el propósito de la interpretación conforme, es establecer condiciones de integración normativa. El principio de subsidiariedad aplica para activar los mecanismos de protección a derechos humanos en sede internacional, pero no para el sistema interpretativo de construcción de las normas sobre derechos.²⁰

El segundo aspecto es, siguiendo también una apreciación que se ha construido en torno al control de convencionalidad, que el resultado de la aplicación de estos principios hermenéu-

¹⁹ *Convención Americana...*, *supra* nota 4, art. 29.

²⁰ En este sentido me parece muy ilustrativa la reflexión que hizo el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la Sesión pública ordinaria del Pleno de la SCJN el día 12 de marzo de 2012: "Lo relevante es, aceptamos o no que los derechos humanos de índole internacional tienen y junto con la Constitución forman el marco referencial sobre el cual vamos a analizar la validez de todo el orden jurídico mexicano y que en caso de que haya una aparente contradicción entre ellos, tendremos que hacer una interpretación, la más favorable, tomando en consideración tanto la Constitución como derechos humanos de índole internacional, y no la idea de que primero analizaremos la Constitución y sólo si no hay solución en la Constitución iremos a los tratados internacionales o que los derechos humanos de índole internacional tendrán que pasar por un filtro de constitucionalidad." (Subrayado añadido) Véase la versión taquigráfica, *supra* nota 15.

ticos sería necesariamente resolver antinomias, cuyo resultado sería la inaplicación normativa, la invalidez, o la expulsión de una norma del ordenamiento. Si bien es cierto, este resultado es posible y será parte cotidiana de la práctica mexicana en el contraste de normas, como ha considerado la SCJN en el Expediente Varios 912/2010, la función primera se relaciona con la integración de normas atendiendo a las apreciaciones más favorables entre los contenidos normativos.²¹ En realidad, en principio la cláusula de interpretación conforme implicaría mantener la validez de la norma si es interpretada de conformidad con el referente normativo.

Es claro que este reenvío de mínimos que favorece integraciones va estableciendo un parámetro de contenido de los derechos más amplio y su mejor identificación, así como criterios de definición en caso de tensiones o colisiones normativas, incluso permitiendo una ampliación del mismo "bloque de convencionalidad creado como estándar mínimo por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos".²²

b. Los elementos del contenido de la cláusula de interpretación conforme en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La naturaleza de mínimos que ha descrito de sí misma la CPEUM en el artículo 1o., párrafo primero ha sido señalada reiteradamente en la construcción jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación, especialmente la SCJN, en ejecutorias, tesis aisladas y tesis de jurisprudencia.

Resulta interesante que precisamente la sentencia de la que surgió la tesis LXXVII/1999, de 28 de octubre sobre la jerarquía supra legal e infraconstitucional de los tratados internacionales, abona a la idea de que éstos acreditan su constitucionalidad al ampliar los derechos humanos, "libertades del gobernado" dirá la ejecutoria. Se trató del Amparo en Revisión 1475/98, "Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo", de 11 de mayo, que elaboró un contraste entre la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado, que prescribe en el artículo 68 que por cada dependencia gubernamental sólo habrá un sindicato –aún vigente– y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, que estipula la libertad sindical.²³

²¹ Eduardo Ferrer ha señalado, con respecto al control difuso de convencionalidad, que éste "no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al 'parámetro' de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de 'armonizar' la norma nacional con la convencional, lo cual significa realizar una interpretación conforme 'de la norma nacional con la CADH...'. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, *supra* nota 7, p. 343.

²² Como apunta Eduardo Ferrer, al establecer las notas de la cláusula de interpretación conforme, *Ibid.*, p. 365.

²³ ONU. *Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación*, Adoptado en San Francisco por la Organización Internacional del Trabajo, el 9 de julio de 1948 y entró en vigor el 4 de julio de 1950. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de enero de 1950.

En realidad esta legislación deviene en inconstitucional fácilmente ante el artículo 123 de la CPEUM, pero había la intención previa de modificar la jurisprudencia precedente sobre la ordenación de las fuentes, concretamente la de los tratados internacionales.

En el Considerando Octavo, la SCJN emitió una reflexión sobre el papel que juegan las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y su dimensión de constitucionalidad, exactamente en función de la ampliación de los mínimos que conforma el catálogo de derechos en la CPEUM.

Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrán ser aplicadas en nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da per se a los gobernados.²⁴

De esta forma, para la SCJN la constitucionalidad de la norma convencional sobre derechos humanos radica precisamente en la "ampliación" de los mínimos; por lo contrario, la restricción es indicativa de la inconstitucionalidad del instrumento. En la trayectoria interpretativa del Poder Judicial de la Federación podemos advertir esta línea jurisprudencial, que sin rubor, apunta al contenido mínimo de los derechos que establece la CPEUM, refiriéndose de forma explícita o no al fundamento en el artículo 1o.; también a que esos contenidos pueden ser ampliados por otras vías normativas, y que el legislador ordinario está facultado para ello, con la salvedad de respetar los contenidos constitucionales, pero desde luego, en un sentido de la mayor protección que estos puedan ofrecer.

Es clara así la consideración de la CPEUM en general, o de su artículo 1o., como una expresión de los derechos humanos —o en su anterior denominación de "garantías individuales"— en un sentido de mínimos que se amplían. Claro, con la redacción a partir de la RCDH 2011 esta

²⁴ Ejecutoria: P/J. 126/99 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 1475/98. SINDICATO NACIONAL DE CONTROLADORES DE TRÁNSITO AÉREO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Marzo de 2000, p. 442. Reg. IUS. 6353, foja 74, párr. segundo *in fine*.

ampliación en sede de los tratados internacionales incide directamente en el ámbito del contenido constitucional que marca el parámetro al resto de ámbitos normativos.²⁵

²⁵ Van algunos ejemplos de estos criterios. En sede de la SCJN: *Responsabilidad Patrimonial del Estado. El Artículo 113, Segundo Párrafo de la Constitución Federal Establece un Derecho Sustantivo que Puede ser Ampliado por el Legislador Ordinario*. La mencionada norma constitucional establece un derecho sustantivo en favor de los particulares que se fundamenta en la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, articulada sobre la base de dos características fundamentales: la de ser directa y objetiva. Siendo estas dos características las que determinan la extensión del citado derecho constitucional, es claro que existen actos realizados por el Estado por los cuales no es responsable constitucionalmente. Así, el Tribunal Pleno de esta Corte ha considerado que los daños ocasionados por la actividad regular del Estado, que se traduce en una responsabilidad subjetiva e indirecta, así como la actuación dolosa o culpable de los funcionarios públicos eran aspectos no incluidos en el párrafo segundo del artículo 113 constitucional. Sin embargo, el hecho de que no estén explícitamente contemplados en la Norma Fundamental, debe llevar a concluir que dichas cuestiones pueden ser reguladas en los distintos órdenes jurídicos parciales con el propósito de ampliar el ámbito protector que establece el precepto constitucional. La anterior conclusión se fundamenta en el criterio de esta Suprema Corte, según el cual los derechos constitucionales son mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados por el legislador ordinario—ya sea federal o local— en su reglamentación, (subrayado añadido). Tesis: 1a. LIV/2009 (9a.), RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 113, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ESTABLECE UN DERECHO SUSTANTIVO QUE PUEDE SER AMPLIADO POR EL LEGISLADOR ORDINARIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Abril de 2009, p. 590. Reg. IUS. 167386. O bien: *Derechos de los Indígenas. Los Establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pueden ser Ampliados por las Legislaturas Locales Dentro del Marco De Aquella*. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, de lo que deriva que ninguna ley secundaria puede limitar las disposiciones constitucionales correspondientes; sin embargo, si son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea federal o local, en su reglamentación, al pormenorizar la norma constitucional que prevea el derecho público subjetivo a fin de procurarse su mejor aplicación y observancia. En consecuencia, los Congresos Locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos. (subrayado añadido). Tesis: 2a. CXXXIX/2002 (9a.), DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUÉLLA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVI, Noviembre de 2002, p. 446. Reg. IUS. 185566. En sede de los Tribunales Colegiados de Circuito: *Suspensión de Derechos Políticos del Inculpad. La Resolución del Juez Instructor que la Ordena Desde el Auto de Formal Prisión, Vulnera las Garantías Contenidas en los Artículos 14, Tercer Párrafo, y 16, Primer Párrafo, Ambos de la Constitución Federal*. El artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la suspensión de los derechos políticos del gobernado por estar sujeto a un proceso penal por delito que merezca pena privativa de libertad se contará desde la fecha del dictado del auto de formal prisión. Por su parte, el precepto 46 del Código Penal Federal, dispone que la citada suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena. Ahora bien, el numeral últimamente mencionado amplía la garantía a que se refiere el propio artículo constitucional, es decir, dilata la imposición de dicha medida hasta que cause ejecutoria la sentencia respectiva, lo que se traduce en un beneficio para el procesado, pues no debe soslayarse que las garantías consagradas en la Ley Suprema son de carácter mínimo y pueden ampliarse por el legislador ordinario, además de que la presunción de inculabilidad opera a favor del procesado hasta que no se demuestre lo contrario en el proceso penal que culmine con una sentencia ejecutoria. Consecuentemente, la resolución del Juez instructor que ordena la suspensión de derechos políticos del inculcado desde el auto de formal prisión vulnera en su perjuicio las garantías contenidas en los artículos 14, párrafo tercero, y 16, párrafo primero, ambos de la Constitución Federal. (subrayado añadido). Tesis: I.10o.P.20 P (9a.), SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS DEL INCULPADO. LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ INSTRUCTOR QUE LA ORDENA DESDE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, VULNERA LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14, TERCER PÁRRAFO, Y 16, PRIMER PÁRRAFO, AMBOS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Septiembre de 2005, p. 1571. Reg. IUS. 177134. O bien: *Libertad Provisional Bajo Caución. El Artículo 387 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato Amplía la Garantía Individual que el Ordinal 20, Apartado A, Fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: Las garantías individuales previstas en la Constitución no deben tomarse como un catálogo rígido, invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales en forma*

En este nivel de integración normativa los elementos constitutivos de los derechos, los elementos de identidad que nutren su vida constitucional y que establecen los parámetros de tensión en función de otros derechos, están conformados por derechos provenientes de ese par de fuentes. Es el sentido del llamado "bloque de constitucionalidad" o conjunto de derechos integrados.

III. La interpretación conforme en la jurisprudencia interamericana: el control de convencionalidad y el principio *pro persona* en la aplicación del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La interpretación conforme tiene una estrecha correlación con el ejercicio del control de convencionalidad, teniendo ambos como principio de salida interpretativa al principio *pro persona*.²⁶ Esta forma de control es eminentemente hermenéutica; implica la interpretación de las normas sobre derechos humanos de conformidad con la Convención Americana, de forma concentrada en sede de la Corte IDH, y a la que se suma el deber de los operadores jurídicos nacionales, especialmente los jueces, de realizar la interpretación conforme con la CADH y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en un ejercicio de control difuso de convencionalidad. De esta manera, el parámetro marcado por ambos principios hermenéuticos será el de un contenido constitucional/convencional de los derechos.

En el contexto del TEDH, la identificación del "efecto de cosa interpretada" distinto al "efecto de cosa juzgada", y su actuación en cuanto tribunal supranacional ha marcado su reflexión jurisdiccional en relación con su propia competencia en un ejercicio de ya larga andadura, en contraste con una tradicional reticencia de la Corte IDH, y de la reflexión doctrinal en torno

rigorista, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías individuales. Sino que debe estimarse que se tratan de principios o lineamientos mínimos; por lo mismo, tales derechos no son absolutos en el sentido de estar consignados taxativamente en la Norma Constitucional. En efecto, el artículo primero constitucional dispone: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece", lo cual nos permite inferir que el legislador ordinario tiene la facultad de ampliar los derechos mínimos de los gobernados establecidos en la Carta Magna, siempre y cuando la extensión de la garantía no pugne con los postulados constitucionales. [...] (subrayado añadido). Tesis: XVI.4o.11 P (9a.), LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO AMPLÍA LA GARANTÍA INDIVIDUAL QUE EL ORDINAL 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Agosto de 2004, p. 1625. Reg. IUS. 180858.

²⁶ Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha hecho alusión a los "vínculos estrechos" entre la interpretación conforme y el control difuso de convencionalidad. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, *supra* nota 7, pp. 342-367. De igual forma, a que el control de convencionalidad es una especie de "bloque de constitucionalidad" ante la realidad de los avances en la jurisprudencia constitucional que asume la interamericana. *Ibid.*, p. 373.

a ella para ir más allá de su papel de tribunal clásico de derecho internacional. Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad cambió por completo esta contención para adelantar en gran medida las implicaciones de una jurisdicción internacional como la interamericana, de clara incidencia constitucional.

Este ejercicio no tiene una base convencional, reglamentaria o estatutaria directa, sino que es una extensión de la propia competencia de la Corte IDH sobre la interpretación auténtica del tratado, según lo establece el artículo 62.3 de la CADH;²⁷ es decir, una implicación del ejercicio de interpretación conforme que deviene de sus atribuciones y que hace extensivo a quienes aplican el tratado en su propio ámbito normativo, y siguiendo las propias previsiones contenidas en los artículos 1.1²⁸ y 2 de la CADH relativas a la eficacia del tratado en el ámbito interno.

El deber de ejercer el control de convencionalidad por parte de los operadores jurídicos nacionales, ha estado presente de forma explícita en la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de 2006 en el *Caso Almonacid y Arellano vs Chile*,²⁹ a los que seguirán varios casos más,³⁰ y ha alcanzado un mayor desarrollo a partir de su expresión en los últimos cuatro casos contra el Estado mexicano. Lo anterior debido, por una parte a la ubicación del párrafo que prescribe este ejercicio, no sólo como una medida que cumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, sino como forma de reparación del daño por violaciones a derechos humanos, en su modalidad de garantías de no repetición. Es el sentido reparador de la interpretación convencional/constitucional.

²⁷ "La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial". *Convención Americana...*, *supra* nota 4, art. 62.3.

²⁸ "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". *Ibid.*, art. 1.1.

²⁹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

³⁰ Véanse, entre otros, Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158; Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. En fechas más recientes, algunos ejemplos importantes en: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219; Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Se trata de una cuestión muy importante que surge a partir del *Caso Radilla Pacheco vs. México*³¹ y que se replicará en los casos subsiguientes que han aludido a este deber del Estado: *Fernández Ortega y Otros*,³² *Rosendo Cantú y Otra*,³³ y, *Cabrera García y Montiel Flores*.³⁴

Por otro lado, en el último caso, en donde además se acompañó de una importante reflexión sobre la doctrina del control de convencionalidad en el voto razonado del *Juez Ad-Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el criterio quedó puntualizado, digamos que con mayores elementos sobre su obligatoriedad y el sentido de su aplicación por parte de los operadores jurídicos nacionales, precisando que todos los órganos del Estado se encuentran sometidos a la CADH y no pueden proceder en contra de su objeto y fin; y, que además, el control de convencionalidad debe ser ejercido por los jueces y órganos vinculados a la administración de la justicia en todos los niveles, es decir, no sólo los adscritos formalmente al Poder Judicial, sino también quienes realizan funciones materialmente jurisdiccionales en otras sedes –por ejemplo, administrativa o en órganos constitucionales autónomos, sin importar la forma de ejercicio de sus atribuciones.³⁵

La Corte Interamericana establece:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación

³¹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. . . , *supra* nota 6, párrs. 327-392. La cláusula se encuentra en el párr. 339.

³² Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. . . , *supra* nota 6, párr. 236.

³³ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. . . , *supra* nota 6, párr. 229.

³⁴ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. . . , *supra* nota 6, párr. 225.

³⁵ Eduardo Ferrer añadirá que "sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización", en el Voto Razonado que emitió como Juez Ad-Hoc en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. . . , *supra* nota 6, párr. 19 *in fine*.

que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (subrayado añadido).³⁶

En esta doctrina, y en aplicación del artículo 29 de la CADH, la Corte IDH asume las normas sobre derechos humanos previstas en la Convención Americana en clave de mínimos y patentiza sus propios principios de interpretación conforme y *pro persona*, lo que no resulta menor si entendemos que es precisamente el control de convencionalidad la forma más clara como en México se ha ido documentando el sentido de la previsión del artículo 1o., segundo párrafo de la CPEUM, como da cuenta la resolución de la SCJN en el Expediente Varios 912/2010.

La Corte IDH llega así a la madurez de una ruta que ha seguido desde el inicio de su jurisprudencia especialmente en relación con las claves interpretativas del artículo 29 de la CADH, posicionando sus propios estándares en materia de derechos humanos a partir de un reconocimiento de mínimos que se amplían mediante un ejercicio hermenéutico.³⁷

Tampoco es menor que este desarrollo haya sido acogido ya por las cortes de constitucionalidad de los países de la región, y aplicado de una forma parecida a la de México, en el marco de su propio ejercicio de interpretación conforme con relación a los tratados internacionales de derechos humanos. Esto significa que el control de convencionalidad ha sido acogido como parte de un sistema interpretativo por parte los operadores jurídicos nacionales y en una clara relación con el llamado diálogo entre jurisdicciones.

El *Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile* la Corte IDH amplió las referencias de diálogo con los tribunales constitucionales en aplicación del control de convencionalidad, como ya se había hecho en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México*; se trata de ejemplos en donde se han ido

³⁶ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *supra* nota 6, párr. 225. Notas a pie de página omitidas.

³⁷ Véanse las aproximaciones de esta importante jurisprudencia sobre el artículo 29 de la Convención Americana y su sentido de ampliación de derechos, por ejemplo en: Corte IDH. "Otros Tratados" *Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1; Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10; o bien, Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Véanse también, entre otros, Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

estableciendo criterios sobre la interpretación conforme y su aplicación, específicamente a partir de la doctrina del control de convencionalidad. En el primero se señala:

Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.³⁸

En este sentido, un punto fundamental es advertir que mediante la aplicación de la cláusula de interpretación conforme se suma el control de convencionalidad al de constitucionalidad. Así lo entendió la SCJN en la resolución del Expediente Varios 912/2010. Sin embargo, me parece que en México se ha generado una tendencia a enfatizar el deber de ejercer control de convencionalidad como la obligación de los operadores jurídicos, sin vincularlo con la cláusula de interpretación conforme.

Parecería que el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad a la luz del artículo 1o., párrafo segundo de la CPEUM son caminos diferentes, vías paralelas, en donde el acento ha estado puesto en el primero, como la obligación mandatada por la Corte IDH. En este discurso, bastante difundido a la fecha, no aparece la cláusula de interpretación conforme, ni el sentido de integración de las normas contenidas en los tratados hacia el espacio constitucional. La obligación del control de convencionalidad se aprecia de forma aislada, como también aislado se percibe el principio *pro persona*. El resultado es que aparecería el llamado "bloque de convencionalidad" como algo que no se incluye en el "bloque de constitucionalidad", es decir, contenidos de derechos que no se integran.

La interpretación conforme asume el control de convencionalidad; lo implica a partir de la previsión del artículo 1o. primero y segundo párrafos de la CPEUM. Insisto en que hacer referencia de forma aislada a la doctrina del control de convencionalidad desdibuja la incidencia de constitucionalidad que tiene, y la construcción del contenido de los derechos constitucionales que aporta.

³⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile...*, *supra* nota 30, párr. 282 (Notas a pie de página omitidas).

Es precisamente el tono de la jurisprudencia de la Corte IDH que ha ido aportando en un sentido de integración normativa entre los ámbitos de convencionalidad/constitucionalidad a partir su propio ejercicio de interpretación conforme. Cito tres ejemplos de este sentido de integración convencional/constitucional, a partir de contenidos mínimos, expresado desde la jurisprudencia de la Corte IDH.

En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sobre el sentido del artículo 29 de la CADH, la Corte Interamericana señaló:

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.³⁹

También puede advertirse en la lectura de una remisión integradora a las normas constitucionales también por vía de aplicación del artículo 29 b) de la CADH en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*. En este sentido, el énfasis en la interpretación más protectora que ofrece la Constitución.⁴⁰

De conformidad con lo establecido en el artículo 29.b) de la Convención Americana, la Corte considera que para garantizar la efectividad de los derechos políticos de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica, como lo son las presuntas víctimas en este caso, Nicaragua debe tomar en cuenta la protección específica establecida en los artículos 5, 49, 89 y 180 de la Constitución Política y en el artículo 11.7 del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica.⁴¹

También me parece que la tendencia de advertir una vía de control de convencionalidad-constitucionalidad, es patente en los cuatro últimos casos de México relativos a los límites

³⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*..., *supra* nota 37, párr. 148.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 205. Notas a pie de página omitidas.

convencionales-constitucionales a la jurisdicción militar. La Corte Interamericana consideró que el deber de emprender reparaciones puntuales en torno a violaciones a derechos humanos en su calidad de garantías de no repetición, incluía una obligación de realizar la interpretación conforme del artículo 13 de la CPEUM, en lo relativo al fuero militar, hacia los contenidos presentes en la propia Constitución, las disposiciones de la CADH correspondientes, así como la jurisprudencia e la Corte IDH en la materia, lo que implicaba el control de convencionalidad. Estas medidas de reparación se instruyeron a la par de solicitar reformas legales al Código de Justicia Militar y al Código Penal Federal.

En el *Caso Radilla Pacheco vs. México*, el ejercicio de interpretación conforme que la Corte Interamericana requirió al Estado mexicano, no fue solamente en relación con la CADH, sino además con las previsiones de la propia CPEUM relativas a la conformación del contenido del derecho al juez natural con el que el fuero militar entra en tensión y lo vulnera si se extiende a los casos en que se cometan violaciones de derechos humanos a civiles. La Corte IDH señaló que la previsión del artículo 13 de la CPEUM en relación con este fuero, *"en términos prácticos [...] debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana"*.⁴²

Es importante advertir este ejercicio de interpretación conforme por parte de la Corte IDH, que suma al control de convencionalidad a las normas sobre derechos humanos contenidas en la CPEUM.

IV. El Expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011⁴³

Debido a lo relativamente reciente de la RCDH 2011 no existe material jurisprudencial abundante y de larga factura por parte del Poder Judicial de la Federación sobre el artículo 1o. párrafo segundo de la CPEUM, aunque se empieza a generar rápidamente, tanto en el sentido de su aplicación en la resolución de los casos al tratarse de una norma puente hacia la CPEUM y los y tratados internacionales para el ejercicio interpretativo,⁴⁴ como en

⁴² Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. ..., *supra* nota 6, párr. 338, *in fine*.

⁴³ *Cit. Supra* nota 8

⁴⁴ Por ejemplo: *Actos de Tortura. Cuando los Órganos Jurisdiccionales, con Motivo de sus Funciones, Tengan Conocimiento de la Manifestación de una Persona que Afirme Haberlos Sufrido, Oficiosamente Deberán Dar Vista con tal Afirmación a la Autoridad Ministerial Que Deba Investigar Ese Probable Ilícito*. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente a partir del 11 de junio de 2011 establece que todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar

los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado Mexicano. Esa disposición también adopta el principio hermenéutico pro homine, según el cual, en la protección de los derechos humanos debe elegirse la interpretación más favorable para las personas. Por otro lado, los artículos 22 constitucional, 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho humano de toda persona a no sufrir actos de tortura. Además, este derecho fundamental fue garantizado por nuestro país al suscribir la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de cuyos artículos 1, 6 y 8 se advierte que las personas que denuncien haber sido torturadas tienen derecho a que las autoridades intervengan inmediata y oficiosamente a fin de que su caso sea investigado y, de ser procedente, juzgado en el ámbito penal. Por su parte, el artículo 11 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura establece que todo servidor público que en el ejercicio de sus funciones conozca de un posible hecho de tortura está obligado a denunciarlo de inmediato. Así, del análisis de los preceptos invocados se concluye: a) Las personas que denuncien actos de tortura tienen el derecho a que las autoridades intervengan de forma expedita para que su acusación sea investigada y, en su caso, examinada a través de un juicio penal; b) La obligación de proteger ese derecho recae en todas las autoridades del país (en el ámbito de sus competencias), y no sólo en aquellas que deban investigar o juzgar el caso; y c) Atendiendo al principio interpretativo pro homine, para efectos del mencionado derecho, debe considerarse como denuncia de un acto de tortura a todo tipo de noticia o aviso que sobre ese hecho se formule ante cualquier autoridad con motivo de sus funciones. Consecuentemente, cuando los órganos jurisdiccionales, con motivo de sus funciones, tengan conocimiento de la manifestación de una persona que afirme haber sufrido tortura, oficiosamente deberán dar vista con tal afirmación a la autoridad ministerial que deba investigar ese probable ilícito. Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.), ACTOS DE TORTURA. CUANDO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES, CON MOTIVO DE SUS FUNCIONES, TENGAN CONOCIMIENTO DE LA MANIFESTACIÓN DE UNA PERSONA QUE AFIRME HABERLOS SUFRIDO, OFICIOSAMENTE DEBERÁN DAR VISTA CON TAL AFIRMACIÓN A LA AUTORIDAD MINISTERIAL QUE DEBA INVESTIGAR ESE PROBABLE ILÍCITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, p. 1107. Reg. IUS. 2001218. O bien, *Derechos Humanos. El Relativo a una Vivienda Digna y Decorosa Debe Ser Analizado a la Luz de los Principios Plasmados en la Constitución Federal y Tratados Internacionales, a Partir de una Interpretación más Amplia que Favorezca en Todo Momento a las Personas (Aplicación Del Artículo 1o., Párrafo Segundo, Constitucional -Principio Pro Homine-)*. Con base en las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el diez de junio de dos mil once, en vigor desde el once del mismo mes y año, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la mencionada Carta Magna y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. En relación con el derecho de la persona a la protección de la salud, a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, y a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, el artículo 4o. constitucional establece como derecho fundamental el acceso a la seguridad social, a un medio ambiente sano y a una vivienda digna y decorosa. Por su parte, el derecho humano a una vivienda es reconocido en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), al que se incorporó el Estado Mexicano a través de la firma del Instrumento de Adhesión, el día dos del mes de marzo del año de mil novecientos ochenta y uno, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el doce de mayo del mismo año. En concordancia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo creado para la verificación del cumplimiento del pacto internacional antes citado, elaboró la Observación General Número 4 (OG4), de trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno, en la cual con el fin de profundizar en los elementos y el contenido mínimo que una vivienda debe tener para poder considerar que las personas tienen su derecho a la vivienda plenamente garantizado, se consideró como partes elementales del citado derecho a la vivienda, la accesibilidad en la adquisición de un inmueble, el acceso al agua potable, la seguridad jurídica, la habitabilidad y la adecuación cultural, entre otros. En este sentido, y en concordancia con el principio pro homine conforme al cual la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, al examinarse el cumplimiento del objeto de la causa de utilidad pública de una expropiación, consistente en la construcción de viviendas, es menester ponderar el derecho humano de los pobladores del área expropiada a la vivienda digna, a la seguridad social y a una mejora continua de las condiciones de existencia, lo que se logra, a guisa de ejemplo, con la instalación de clínicas de seguridad social y con zonas de reserva natural, al tratarse de elementos que el Estado debe garantizar al proporcionar una vivienda libre de riesgos. Por ello, si con motivo de un decreto expropiatorio quedó un remanente de terreno que no se destinó a la construcción de viviendas, no puede soslayarse que si el excedente se ocupó en elementos estrechamente vinculados con el objeto directo de la causa de utilidad pública, se buscó cuidar de la integridad de los habitantes de la zona expropiada, lo anterior a fin de garantizar la tutela del derecho humano a una vivienda digna y decorosa, a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de los beneficiados; es decir, el concepto del cumplimiento del objeto de la causa de utilidad pública no puede reducirse en tan sólo la edificación de las viviendas en un sentido estrictamente material, en cambio, una interpretación no restrictiva –atendiendo al principio pro homine– permite acudir a una interpretación del concepto de vivienda acorde con los principios sustentados en la Carta Magna y en los derechos humanos contenidos en el tratado internacional referido, a partir de una interpretación que favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Tesis: VI.1o.A.7 A (10a.), DERECHOS HUMANOS. EL RELATIVO A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA DEBE SER ANALIZADO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS PLASMADOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y TRATADOS INTERNACIONALES, A PARTIR DE UNA INTERPRETACIÓN MÁS AMPLIA QUE

relación sobre su propia virtualidad y alcance, aunque haciendo más énfasis en el principio *pro persona*.⁴⁵

Un trabajo sin duda plausible de la SCJN, por poner al día un sentido de interpretación normativa ya anquilosado –también con sus aspectos cuestionables– ha sido la resolución del Pleno en el Expediente Varios 912/2010, dictada a un mes de haber entrado en vigor la RCDH 2011, lo que también le permitió una serie de criterios de avanzada, rompiendo de forma muy importante la barrera entre los jueces y la Constitución. La resolución tuvo por objeto dilucidar el alcance para el Poder Judicial de la Federación de la sentencia emitida por la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco vs. México*, que en realidad estableció una nueva aproximación hacia las normas sobre derechos humanos de toda la judicatura nacional a partir de la doctrina del control de la convencionalidad y de la incipiente cláusula de interpretación conforme.

FAVOREZCA EN TODO MOMENTO A LAS PERSONAS (APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10., PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONAL –PRINCIPIO PRO HOMINE–), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4335. Reg. IUS. 2000085.

⁴⁵ Véanse por ejemplo las siguientes tesis: *Principio Pro Homine. Su Conceptualización y Fundamentos*. En atención al artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el diez de junio de dos mil once, las normas en materia de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Carta Magna y con los tratados internacionales de la materia, procurando favorecer en todo tiempo a las personas con la aplicación más amplia. Dicho precepto recoge de manera directa el criterio o directriz hermenéutica denominada principio pro homine, el cual consiste en ponderar ante todo la fundamentalidad de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trate de derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites para su ejercicio. Asimismo, en el plano del derecho internacional, el principio en mención se encuentra consagrado en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación*, de manera respectiva, el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno. Tesis: XVIII.3o.1 K (10a.), PRINCIPIO PRO HOMINE. SU CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, p. 1838. Reg. IUS. 2000630. O bien, *Principio Pro Personae. El Contenido y Alcance de los Derechos Humanos Deben Analizarse a Partir de Aquél*. El segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio pro personae que es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, la aplicación del principio pro personae en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro. Tesis: 1a. XXVI/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 659. Reg. IUS. 2000263.

Es importante resaltar este aspecto porque me parece que se solventó muy bien esta relación y que deberá ser la forma de conducirse por parte de la SCJN en el sentido de su interpretación sobre estos aspectos en un futuro. Es muy sugerente que la reflexión sobre el párrafo 339 de la Sentencia del *Caso Radilla vs México*, en el Considerando Séptimo "Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad",⁴⁶ se inscriba precisamente bajo la lógica de un ejercicio de control de la constitucionalidad. De manera que es necesario recalcar que fueron los nuevos contenidos constitucionales presentes en los dos primeros párrafos del artículo 1o. los que ayudaron a la SCJN a tener un mejor desarrollo ante el alcance del control de convencionalidad, exigido por la Corte IDH de forma tan clara en los últimos cuatro casos sobre México.

Mucho se ha escrito y hablado en el último año de este ejercicio; vino a redondear el paradigma de la RCDH 2011, al darle continuidad y dimensionar su alcance.

Me permitiré a continuación reflexionar sobre los aspectos que devienen, a mi juicio, de la aplicación la cláusula de interpretación conforme, en consideración del control de convencionalidad, que se incorpora a este ejercicio hermenéutico, señalando los puntos que al respecto precisó la SCJN, así como los aspectos en los que, me parece, adoleció de una interpretación correcta.

- a) El contenido constitucional de las normas sobre derechos humanos resultado de la aplicación de la cláusula de interpretación conforme, se integra por el precepto constitucional, los tratados internacionales y los criterios de los organismos previstos para su interpretación. Especial relevancia cobra en ejercicio de control de convencionalidad, y ante la presencia de un tribunal internacional de incidencia constitucional, la CADH, los demás instrumentos del Sistema Interamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

A este respecto la SCJN estableció que el parámetro de control de constitucionalidad para los jueces –en el que se asume el de convencionalidad propiamente– está integrado por los derechos humanos contenidos en la CPEUM y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios de la Corte IDH, con la salvedad a la que aludiré más adelante.⁴⁷

⁴⁶ *Supra* nota 8, considerando séptimo, párr. 23.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 31.

- b) El estándar mínimo de contenido se ofrece por la SCJN en cuanto Tribunal Constitucional y sirve de parámetro interpretativo al resto de "*normas relativas a los derechos humanos*", a los ordenamientos general, federal y local, aunque estos desde luego, pueden favorecer interpretaciones más amplias.

En este sentido, la SCJN señaló atinadamente, que en este sistema de control concentrado y difuso de constitucionalidad, las interpretaciones sobre las normas de derechos humanos fluyen "*hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional*".⁴⁸

- c) Este contenido se presenta a partir de una integración hermenéutica; no se trata de un sistema de interpretación subsidiaria, en donde primero se atendería de forma completa a la CPEUM y a los criterios del Poder Judicial, y en un segundo momento a la norma convencional.

Sobre el primer aspecto, fue una ruta que se dibujó en un primer proyecto de la resolución del Expediente Varios 912/2010, que afortunadamente no se quedó en la versión definitiva. La idea de que primero debe acudir al orden jurídico nacional, y luego, si éste "no alcanza", "no es claro", "es insuficiente", entonces se acude a los tratados en la materia, pugna abiertamente con el sentido integrador de la interpretación conforme, que completa el contenido de los derechos constitucionales.

La SCJN fue clara en el alcance de la interpretación conforme y el control de convencionalidad en un sentido de integración normativa al señalar:

De este modo, los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al implementarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.⁴⁹

El sentido de acudir a los criterios del Poder Judicial de la Federación, me parece que tiene que ser para encontrar el sentido de apropiación que éste ya ha hecho de la CPEUM, la CADH,

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 36.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 21

y los demás instrumentos del Sistema Interamericano, así como la jurisprudencia de la Corte IDH. Especialmente la SCJN debe ofrecer el contenido integrado, incluso asumiendo como propios –en la medida de su aplicación *pro persona*– los criterios de la Corte Interamericana, como ocurre cotidianamente en la experiencia del derecho comparado, y ya con una buena cantidad de sentencias de la propia SCJN.

Se ha sentado una ruta que se apropia de la jurisprudencia de la Corte IDH en varios temas. Como ejemplo se me ocurre el estándar que deben acreditar las restricciones a los derechos humanos, siguiendo la ruta que de forma incipiente se estableció en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. "La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", siguiendo lo que ya el TEDH había construido al respecto y en relación con el derecho a la libertad de expresión en el *Caso The Sunday Times vs. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979.⁵⁰ Este criterio ha sido reiterado y madurado por la Corte IDH para establecer estándares claros de restricción a los derechos, por ejemplo en el citado *Caso Castañeda Gutman vs. México*.⁵¹

Así por ejemplo, traigo a cuenta algunos casos que, como práctica cotidiana de los tribunales, han establecido los criterios sobre restricción a derechos siguiendo el camino de su previsión en ley, y las implicaciones sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida. Por ejemplo, tomando variedad de sedes, en el Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante "TEPJF" o "Tribunal Electoral") el Recurso de Apelación SUP-RAP-105/2010 en relación con el derecho de los periodistas a la secrecía de sus fuentes; del Pleno de la SCJN, la Acción de Inconstitucionalidad 32/2011, de 8 de diciembre de 2011; en sede de la Primera Sala de la SCJN, por ejemplo el Amparo en Revisión 173/2008, resuelto el 30 de abril de 2008, sobre las restricciones al ejercicio de la libertad del trabajo en el caso de un médico, en relación con la protección del derecho a la salud de los pacientes, etcétera.

De esta forma, me parece que la SCJN no puede tener regresiones en este aspecto, y establecer una especie de ruta subsidiaria que contravendría el sentido de la RCDH 2011.⁵²

⁵⁰ Disponible en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=98742723&skin=hudoc-en&action=request>> (consulta 5 de mayo de 2012).

⁵¹ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrs. 174-205.

⁵² En la discusión del 12 de marzo de 2011, en relación con la Contradicción de Tesis 293/2012, el Ministro Arturo Zaldivar señaló: "En el proyecto se sostiene que el artículo 1o. constitucional prevé un bloque de constitucionalidad en el sentido que tanto la Constitución como estos derechos humanos de fuente internacional, pero que son derecho positivo mexicano, son el referente para analizar la validez de todo el sistema jurídico mexicano y que no hay en la Constitución una idea de que primero tengamos que analizar la Constitución y después analizar los tratados, sino

- d) La interpretación conforme, al igual que el control de convencionalidad, tienen como objeto inicial y principal la integración armónica de los derechos, no la resolución de antinomias, tomando en consideración:
 - i) El propósito fundamental es la integración de las normas sobre derechos humanos, de acuerdo con la CPEUM, los tratados internacionales y la jurisprudencia de los organismos a cargo de su interpretación.
 - ii) Si hay elementos de conflicto en la integración normativa de cada derecho, se opta por la norma o la interpretación más protectora siguiendo los principios para la resolución de conflicto entre normas de derechos humanos y las condiciones para la restricción de los mismos.
 - iii) Lo mismo debe ocurrir en el siguiente nivel de integración normativa entre derechos que se contrastan, interpretándose de conformidad con la CPEUM y los tratados internacionales. De no ser posible la integración, el resultado del contraste entre derechos en tensión o en franca antinomia dependerá del órgano que conozca y del tipo de control convencional-constitucional que se ejerza. Ulteriormente, este resultado puede ser la inaplicación, invalidez o la expulsión de una norma.

De manera análoga a estas consideraciones, la SCJN señaló tres pasos en el alcance interpretativo:

A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley

que este bloque o esta masa de derechos, se deben interpretar conjuntamente, armónicamente siempre en aquello que es en beneficio de las personas". *Supra* nota 15, p. 25.

acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.⁵³

Me parece importante hacer notar de estos párrafos dos señalamientos de la SCJN:

- El ejercicio de interpretación conforme parte de la presunción de constitucionalidad. Esto facilita una interpretación hacia la Constitución y los tratados internacionales, a fin de que el precepto normativo interpretado de conformidad con ambos referentes, pueda subsistir sin incidir en el contenido esencial del derecho; un contenido esencial integrado, desde luego. Determinar la presunción de constitucionalidad-convencionalidad permite observar de entrada una convalidación normativa.
 - La atención a la "primacía" de las normas sobre derechos humanos establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales. Efectivamente, el ámbito hermenéutico de estas normas, no se despliega mediante el sentido formal de la supremacía constitucional, que se conserva en ese ámbito de aprobación de sedes y fuentes de producción normativa y/o aplicación de ordenamientos (tratados internacionales), sino mediante el reconocimiento de una primacía de los referentes en virtud del contenido normativo que ostentan.
- e) La remisión interpretativa al tratado implica también la atención a la jurisprudencia internacional, es un resultado consecuente con la aplicación de la cláusula de interpretación conforme. La jurisprudencia de la Corte IDH es el desarrollo vivo de los derechos humanos y la dimensión completa que adquieren para ser aplicados por los Estados parte en la CADH.

⁵³ *Supra* nota 8, párr. 33.

En consecuencia, es obligatorio para los Estados tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH en la construcción de los derechos, lo que no necesariamente implica su aplicación en todas las circunstancias, porque ante el principio *pro persona* presente en las reglas de interpretación del artículo 29 de la CADH, específicamente el artículo 29. b), ésta da lugar al derecho interno si es más protector, lo que se modula con la cláusula de interpretación conforme prevista en la CPEUM, al tratarse de estándares mínimos de protección que se remiten a otros más protectores⁵⁴

Ante esta cuestión, la SCJN distinguió entre la jurisprudencia obligatoria que es la contenida en las sentencias que resuelven litigios en los que México ha figurado como Estado parte;⁵⁵ mientras que el resto de la jurisprudencia "tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos",⁵⁶ supongo que teniendo como estructura epistemológica de fondo a la jurisprudencia mexicana, que distingue entre tesis aisladas y tesis de jurisprudencia, lo que no es aplicable a este tipo de precedentes.

⁵⁴ Así lo estimó el Ministro Arturo Zaldívar en el voto particular que emitió a propósito de esta resolución: "Así pues, no debe entenderse la obligatoriedad de los criterios interamericanos en un sentido fuerte o duro, como un cando que obligaría a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, soslayando, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación; sino como una obligatoriedad que vincula a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o bien podría ser el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas, y el que por supuesto podría ser ampliado eventualmente." (Subrayado añadido), *Supra* nota 8, p. 53.

⁵⁵ *Supra* nota 8, párr. 19.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 20. Una de las tesis producto de este ejercicio es la siguiente: *Criterios Emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cuando el Estado Mexicano no fue Parte. Son Orientadores para los Jueces Mexicanos Siempre que sean más Favorables a la Persona en Términos del Artículo 1o. de la Constitución Federal.* Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los Derechos Humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los Derechos Humanos. *Varios 912/2010* de 14 de julio de 2011. Mayoría de seis votos; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P/J. 73/99 y P/J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'Control Judicial de la Constitución. Es Atribución Exclusiva del Poder Judicial de la Federación.' Y 'Control Difuso de la Constitucionalidad de Normas Generales. No lo Autoriza el Artículo 133 de la Constitución.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. Las tesis P/J. 73/99 y P/J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente."

Esta división no sólo reduce las implicaciones de la cláusula de interpretación conforme, sino que desconoce el propósito de la jurisprudencia en la construcción del contenido de las normas sobre derechos humanos. Los elementos que nutren el contenido normativo de los derechos son producto del avance jurisprudencial en distintos asuntos, y en el caso de los tribunales internacionales, en relación con diferentes Estados.

De tal manera, que lo importante de la atención jurisprudencial es el contenido de los derechos, su dimensión completa, lo que evidentemente se pierde con la introducción de variantes sobre su obligatoriedad por parte de la SCJN.

El propio *Caso Radilla Pacheco vs México*, es un ejemplo de la construcción del derecho al juez natural mediante un desarrollo jurisprudencial completo, diversificado en casos; vinculado a las garantías judiciales (artículo 8 de la CADH) y con el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la CADH),⁵⁷ y que se ha nutrido en la interpretación de los derechos, sin importar para este efecto el país destinatario de la resolución.

La construcción de este derecho a través de criterios jurisprudenciales en interpretación de la Convención Americana se concretó en un primer momento en el *Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*,⁵⁸ en el que se dan los elementos definitorios del derecho y su conexión con el debido proceso y el acceso a la justicia. El texto que ha servido de base al posterior desarrollo jurisprudencial fue "[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia".⁵⁹

Los casos que dan cuenta de la evolución jurisprudencial son: *Durand y Ugarte Vs. Perú*, *Cantoral Benavides Vs. Perú*, *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*; *Caso Almonacid Arellano y*

⁵⁷ En el Capítulo IX, sobre el que señaló la temática, sobre la que posteriormente incluyó la figura del derecho al juez natural, y así, la contravención a este derecho de la jurisdicción militar cuando se trata de juzgar violaciones a derechos humanos a civiles. "En el presente capítulo el Tribunal examinará los alegatos relativos al derecho de acceso a la justicia y a la obligación de realizar investigaciones efectivas, en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco. En primer término, la Corte analizará la supuesta falta de investigación diligente y efectiva ante la justicia ordinaria. Seguidamente, el Tribunal valorará la aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso". Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. . . , *supra* nota 6, párr. 173.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 128, *in fine*.

otros Vs. Chile, Caso La Cantuta Vs. Perú, Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, Caso Escué Zapata Vs. Colombia Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala.

A diez años de *Castillo Petruzzi vs. Perú*, en el *Caso Radilla Pacheco vs México*, se hicieron nuevas aproximaciones que deben sumarse al conjunto de elementos que nutren el contenido del derecho al juez natural, y que deben ser atendidas por los Estados parte en la CADH, sin importar que no estuvieron involucrados en el litigio. Dos párrafos relevantes que apuntan a este desarrollo son los siguientes:

En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal [...] debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.⁶⁰

La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia[...]. En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.⁶¹

Hago alusión a esta trayectoria para destacar que el acento en el sentido de obligatoriedad de acudir a la jurisprudencia interamericana radica en el contenido del derecho que está siendo expresado por la misma, no en el destinatario concreto de la resolución en la que se construyen tales criterios. Haciendo una apreciación analógica, la comparación se aprecia evidente con la jurisprudencia que se construye en sede nacional porque también ésta

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. ..., *supra* nota 6, párr. 114.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 115.

recupera el contenido de los derechos materia de ese desarrollo, no solamente el tribunal sobre el que se ejerce una revisión de lo actuado, en su caso. Es importante reiterar que el tema de la identificación y aplicación el contenido completo del derecho es primordial; de manera que la jurisprudencia que emiten los organismos internacionales constituye asimismo una garantía de protección, cuya atención permite construir esta dimensión correcta, completa, y en su caso, más protectora de los derechos en sede interna, y que ulteriormente previene incidir en responsabilidad internacional.

Desde luego que ante este punto de resolución en el Expediente Varios 912/2010 hubo disidencia, en el sentido de estimar que los criterios de la SCJN son vinculantes. Se trató de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, y de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio Valls Hernández y Juan Silva Meza. El Ministro Zaldívar en su voto particular estimó tres consideraciones en las que se fundamenta el carácter obligatorio de la jurisprudencia interamericana en los casos en los que México no hubiera sido parte:⁶² a) La distinción entre la "creación" y la "aplicación" de la jurisprudencia, que permite advertir que una "*línea jurisprudencial se va construyendo a lo largo del tiempo en varias sentencias que se encuentran interconectadas*";⁶³ b) que la jurisprudencia dota de contenido a los derechos, de manera que se "*vuelve una extensión de la Convención misma*"; de la misma forma en que la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación se vuelve obligatoria para el resto de operadores jurídicos; c) el carácter preventivo de la jurisprudencia, al evitar un ulterior incumplimiento de obligaciones internacionales.

Me parece que hay un párrafo en este voto que traza la línea de integración entre derechos a partir de estándares mínimos, y del diálogo jurisprudencial entre cortes, al argumentar que la jurisprudencia interamericana es obligatoria en cuanto que dota de contenido a los derechos humanos.

Al respecto, no debemos olvidar que, como lo he destacado en este voto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es complementaria de la emitida por el Poder Judicial de la Federación, de modo que sus obligatoriedad se da sólo en tanto que representa un estándar mínimo que puede ser ampliado en cumplimiento al mandato del artículo 1o. constitucional reformado, buscando siempre la interpretación más favorable a las personas.⁶⁴

⁶² *Supra* nota 8, pp. 53-54.

⁶³ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁴ *Idem.*

- f) Todos los operadores jurídicos están obligados a acudir a la interpretación conforme en el marco de sus competencias.

Se trata de una obligatoriedad que deviene no sólo de la cláusula de interpretación conforme –con un acento particular hacia quienes aplican normas de derechos humanos a través de los mecanismos para su protección– sino también a partir del artículo 1o., párrafo tercero de la CPEUM que establece que *"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..."*.

Me parece muy importante la forma en que la SCJN abordó este aspecto porque fue especificando claramente la participación de los distintos actores, especialmente el Poder Judicial, y el alcance de sus resoluciones, hasta llegar al resultado que podría obtener en sede de quienes pueden pronunciar una declaración de inconstitucionalidad ante una norma no conforme con la CPEUM y los tratados internacionales.

La gran novedad en este posicionamiento fue quebrar una interpretación de viejo cuño, excesivamente jerarquizada, distinta a lo que establece el artículo 133 de la CPEUM que establece la revisión de constitucionalidad de las leyes y actos del poder público por parte de los jueces. Esta interpretación había señalado que en México únicamente era posible un control de constitucionalidad concentrado en sede del Poder Judicial de la Federación lo que ha devenido en que prácticamente a los jueces se les impidiera contrastar las normas con la CPEUM. De esta manera, la SCJN resolvió que ante el ejercicio de interpretación conforme, el control de constitucionalidad es un sistema concentrado y difuso al mismo tiempo, con resultados de interpretación conforme en sentido amplio, o inaplicación de la norma; o bien, declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o entre las partes, dependiendo del órgano de que se trate y del medio de control que se implemente.⁶⁵

V. Conclusión. La ruta interpretativa pendiente para la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Un ejercicio posterior ilustra por dónde van las alternativas de construcción argumentativa por parte de la SCJN y qué derrotero debe seguir. Entre el 12 y el 13 de marzo de 2012 se presentó la oportunidad de dilucidar si de las previsiones del artículo 1o. de la CPEUM deviene

⁶⁵ Véase el párr. 36 así como el cuadro de "modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad" que contiene.

la integración de un "bloque de constitucionalidad", a partir de un proyecto de contradicción de tesis, y que pudo haber dado un impulso mayor sobre el alcance de las nuevas previsiones constitucionales. Sin embargo, el proyecto se retiró después de una discusión muy dividida, en donde se pudieron escuchar algunos argumentos que pasaron por alto a la propia RCDH 2011; si bien algunos otros se mantuvieron a tono con la dimensión hermenéutica que hemos adoptado. Se trató de la "contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito", bajo el proyecto del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.⁶⁶

Me parece que las claves del disenso estarían dadas por dos grandes coordenadas:

- a) Si de los nuevos textos contenidos en los dos primeros párrafos del Artículo 1o. de la CPEUM es posible inferir un solo bloque de derechos a partir de la Constitución y de los tratados internacionales que se van aplicando en claves interpretativas, y que sirven de referente al resto de ordenes normativos en la medida en que sean más protectores de la persona, lo que en otros países, como Colombia o Argentina, se conoce como "bloque de constitucionalidad".
- b) O bien, si se mantiene la interpretación de las normas sobre derechos humanos en clave de jerarquía normativa, en función de las fuentes de procedencia de los derechos: CPEUM, tratados internacionales, leyes generales, federales o estatales, así como la conformación jerárquica que ha ofrecido la SCJN a partir de su interpretación del artículo 133 CPEUM. Esto impediría generar un "bloque de constitucionalidad" ante ordenamientos que son de distinta jerarquía, de manera que el "bloque de convencionalidad" no podría integrarse al primero. Nuevamente el tema de la procedencia de las fuentes marcaría el derrotero del sistema hermenéutico.

Dejar claro este aspecto es fundamental, porque la SCJN tiene delante de sí la alternativa de avanzar en el sentido de la RCDH 2011, clarificando sus implicaciones.

Sobre este aspecto, muy recientemente, la Corte IDH ha clarificado la vinculación entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad como ejercicios "complementarios", lo que sigue la ruta de definición de un bloque de constitucionalidad. Así en la resolución de cumplimiento de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso*

⁶⁶ La discusión pública del Pleno *supra* nota 15.

Gelman vs. Uruguay,⁶⁷ que consolidó una vez más la doctrina del control de convencionalidad. En relación con las ideas que he expresado, la Corte Interamericana precisó la interacción complementaria que se presenta entre el ejercicio del control de convencionalidad y el de constitucionalidad, lo que me parece de la mayor importancia ante la interpretación conforme y el bloque de constitucionalidad, que requiere ser identificado de forma consecuente con esta interpretación. De esta manera, ha señalado:

En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, que el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.⁶⁸

El tema es resolver en clave de integración normativa. La aplicación de la cláusula de interpretación conforme deriva en la identificación del contenido constitucional de las normas de derechos humanos, a partir de las previsiones de la CPEUM, los tratados internacionales y la jurisprudencia de los organismos a cargo de su interpretación. El sentido es sobre lo que he venido argumentando: el contenido de los derechos se va construyendo entre reenvíos de estándares mínimos de la CPEUM, y los tratados en la materia, teniendo en consideración especialmente a la jurisprudencia interamericana. Este contenido se clarifica a través de los precedentes que se resuelven por parte del Poder Judicial de la Federación, especialmente la SCJN, y marca el estándar para el resto de las normas sobre derechos humanos presentes en los ordenamientos general, federal y local, salvo que en ellos se encuentre una mayor protección que requiera su aplicación preferente.

⁶⁷ Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de Marzo de 2013.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 88.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Ejecutoria: P./J. 126/99 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 1475/98. SINDICATO NACIONAL DE CONTROLADORES DE TRÁNSITO AÉREO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Marzo de 2000, p. 442. Reg. IUS. 6353.
- Tesis: 1a. LIV/2009 (9a.), RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 113, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ESTABLECE UN DERECHO SUSTANTIVO QUE PUEDE SER AMPLIADO POR EL LEGISLADOR ORDINARIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Abril de 2009, p. 590. Reg. IUS. 167386.
- Tesis: 2a. CXXXIX/2002 (9a.), DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUÉLLA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVI, Noviembre de 2002, p. 446. Reg. IUS. 185566.
- Tesis: I.10o.P.20 P (9a.), SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS DEL INCUPLADO. LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ INSTRUCTOR QUE LA ORDENA DESDE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, VULNERA LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14, TERCER PÁRRAFO, Y 16, PRIMER PÁRRAFO, AMBOS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Septiembre de 2005, p. 1571. Reg. IUS. 177134.
- Tesis: XVI.4o.11 P (9a.), LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO AMPLÍA LA GARANTÍA INDIVIDUAL QUE EL ORDINAL 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Agosto de 2004, p. 1625. Reg. IUS. 180858.
- Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.), ACTOS DE TORTURA. CUANDO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES, CON MOTIVO DE SUS FUNCIONES, TENGAN CONOCIMIENTO DE LA MANIFESTACIÓN DE UNA PERSONA QUE AFIRME HABERLOS SUFRIDO, OFICIOSA-

MENTE DEBERÁN DAR VISTA CON TAL AFIRMACIÓN A LA AUTORIDAD MINISTERIAL QUE DEBA INVESTIGAR ESE PROBABLE ILÍCITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, p. 1107. Reg. IUS. 2001218.

- Tesis: VI.1o.A.7 A (10a.), DERECHOS HUMANOS. EL RELATIVO A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA DEBE SER ANALIZADO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS PLASMADOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y TRATADOS INTERNACIONALES, A PARTIR DE UNA INTERPRETACIÓN MÁS AMPLIA QUE FAVOREZCA EN TODO MOMENTO A LAS PERSONAS (APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10., PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONAL –PRINCIPIO PRO HOMINE–), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4335. Reg. IUS. 2000085.
- Tesis: XVIII.3o.1 K (10a.), PRINCIPIO PRO HOMINE. SU CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, p. 1838. Reg. IUS. 2000630.
- Tesis: 1a. XXVI/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 659. Reg. IUS. 2000263.

2. Internacionales

- Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.
- Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.
- Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

- Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

- Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Obligaciones del Estado
frente a los derechos
humanos y sus principios
rectores: una relación
para la interpretación y
aplicación de los derechos

Sandra SERRANO*

* Profesora e investigadora de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México (Flacso-México).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las obligaciones generales y los principios de indivisibilidad e interdependencia*. III. *La obligación de garantizar y los principios de universalidad y progresividad*. IV. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Universalidad; Indivisibilidad; Interdependencia; Progresividad; Respetar; Proteger; Promover; Garantizar.

I. Introducción

Con el reconocimiento de las obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, así como de los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad en el artículo 1o. párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") se establece un complejo sistema de interpretación, aplicación e implementación de los derechos humanos dirigido a los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales del país. Se trata de un sistema que pone énfasis en los derechos pero que también contiene un sofisticado mecanismo para el análisis y la implementación de los derechos y sus obligaciones a partir de ciertos principios que permiten mantener, realizar y avanzar el disfrute de los derechos.

La Constitución reconoce los derechos a proteger y señala un camino a seguir para ponerlos en acción mediante sus obligaciones. Estamos, entonces, frente a los *derechos en acción*. Los derechos como meras declaraciones no son útiles para asegurar su disfrute, son las obligaciones, entendidas de conformidad con los principios rectores, las que permiten evaluar contextos, casos particulares, políticas públicas, leyes y, en general, toda conducta. Las normas que establecen los derechos humanos no son autosuficientes, por mucho se trata de normas imperfectas en el sentido kantiano, cuyos significados parecen escabullirse de los intérpretes entre sus constantes contradicciones e indeterminaciones. Incluso, recurrir a la

jurisprudencia internacional y comparada a la luz de derechos aislados de sus contextos y obligaciones no aporta más que cierta delimitación. Sin embargo, es esa misma indeterminación la que permite que la interacción entre derechos y obligaciones rinda fruto para considerar problemas particulares o generales de derechos humanos y ofrecer soluciones adecuadas.

Los principios rectores regulan todo el sistema de derechos en acción, interviniendo para mediar entre las formas en que derechos y obligaciones son leídos, aplicados, implementados e interpretados. Si bien se trata de principios con una fuerte carga política, tienen también efectos jurídicos. La indivisibilidad y la interdependencia, resultan de particular relevancia para el constitucionalismo mexicano: no hay distinción en el trato jurídico que merecen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Asimismo, el principio de progresividad añade un método de evaluación de la actividad estatal frente a todos los derechos pero especialmente para los sociales.

De acuerdo con lo anterior, en lo sucesivo analizaré el sistema de *derechos en acción*, es decir, la constante construcción de los derechos humanos, donde éstos no son vistos como meros postulados o límites estáticos, sino como una compleja red de interacciones hacia su interior y entre ellos a partir de las obligaciones que conllevan. Cada derecho contiene obligaciones específicas, pero son las obligaciones generales, establecidas en el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, las que recorren a todos y cada uno de los derechos, las relaciones entre ellos y determinan la actividad estatal. De ahí la importancia de comprender a los derechos, si se permite el símil, como prismas que reflejan distintos tipos de obligaciones más que una sola conducta.

Asimismo, me centraré en la forma en que los poderes judiciales están en posibilidad de dar vida a los derechos desde su ámbito de competencia, por ello solo me referiré a la interpretación y aplicación de los derechos y no a su implementación que corresponde, en términos generales, a los poderes legislativos y ejecutivos. Utilizaré la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte") para ejemplificar el sistema de derechos en acción, de tal forma que sea útil tanto para conocer la jurisprudencia de ese Tribunal regional como para identificar la puesta en operación del sistema de derechos en acción.

En la primera parte se analizan las obligaciones generales y los principios de indivisibilidad e interdependencia para identificar cómo es que no solo los derechos están interrelacionados sino también sus obligaciones, formando un todo a partir del cual debe guiarse la actividad

estatal. La segunda parte mira al principio de progresividad en relación con el de universalidad para estudiar la obligación de garantizar e identificar los parámetros específicos para poner en funcionamiento la actividad estatal a la luz de los derechos humanos.

II. Las obligaciones generales y los principios de indivisibilidad e interdependencia

1. El derrumbe del mito de los derechos positivos y negativos

Los principios de indivisibilidad e interdependencia trajeron consigo una muy importante declaración con efectos políticos y jurídicos: no hay jerarquías entre derechos, todos los derechos son igualmente necesarios. La tradicional distinción entre derechos civiles y políticos como derechos de no interferencia, por un lado, y económicos, sociales y culturales como derechos de hacer, por otro, fue trastocada por la aceptación del principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Reunidos en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, los delegados de los países proclamaron en la Declaración y Principios de Acción de Viena de 1993 la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.¹

Sin pretender ahondar en la historia de los conceptos de indivisibilidad e integralidad, basta comentar que desde 1948 durante la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), se planteó la importancia de considerar a todos los derechos como unidad.² De hecho, ese importante documento considera a ambos grupos de derechos en un mismo nivel obligatorio. Así, la DUDH reconoce los derechos a la seguridad social, al trabajo, a un nivel de vida adecuado, a la educación y a la vida cultural, a la par que reconoce los derechos a no ser torturado, al debido proceso, a la intimidad, a la libertad de movimiento, a la libertad de expresión, a la libertad de reunión y los derechos políticos, entre otros.

Sin embargo, las vicisitudes políticas producto de la Guerra Fría impidieron que este ideal se plasmara en un solo documento vinculante, de tal forma que se adoptaron dos Pactos Internacionales (1966), uno para la protección de los derechos civiles y políticos y otro para los

¹ AGNU, Declaración y programa de acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, párr. 5.

² Para un estudio más acucioso del origen, significado y confusiones de los conceptos de indivisibilidad e interdependencia, véase Serrano Sandra y Vázquez Daniel, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en Carbonell Miquel y Salazar Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM y Porrúa, 2011, pp. 135-165.

derechos económicos, sociales y culturales. Ambos documentos comparten en su Preámbulo la insistencia respecto de que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales". La Proclamación de Teherán (1968) ratificó esa idea al señalar que "como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible".³

No es necesario escudriñar demasiado para descubrir la interacción entre los derechos. Una primera aproximación tiene que ver con el reconocimiento de que sin derechos económicos y sociales no es posible ejercer plenamente los derechos civiles y políticos y viceversa. Piénsese, como lo ha notado Amartya Sen, en el poco impacto que tiene para las personas en pobreza extrema gozar de libertad de expresión o derecho a votar. Si bien mediante el ejercicio de esos derechos deberían poder revertir su situación, como lo señala Guillermo O'Donnell, la pobreza que sufren, no solo alimentaria sino también de poder, son de tal magnitud que esos derechos civiles y políticos realmente son nulos. En el peor de los casos, esos derechos juegan en contra de las personas que viven en opresión pues sus demandas deben transitar caminos de protección institucionalizada que también quedan lejos de su alcance. Por otra parte, los derechos sociales sin derechos civiles y políticos quedan a la merced de quienes quieran otorgarlos como simples beneficios.⁴

En una segunda mirada, al adentrarnos a los tratados internacionales de derechos humanos, podemos identificar tanto la necesidad de vincular ambos conjuntos de derechos como lo difícil que resulta trazar una línea distintiva. Varios de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "el Protocolo de San Salvador"), comparten contenidos. Sin adentrarnos a las interpretaciones de los derechos, sólo a partir de los textos encontramos que al menos el derecho a la protección de la familia (artículo 17 de la CADH y artículo 15 del Protocolo de San Salvador) y los derechos del niño (artículo 19 de la CADH y artículo 16 del Protocolo de San Salvador) comparten una literalidad muy similar, aunque el Protocolo de San

³ AGNU, *Proclamación de Teherán*, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13.

⁴ Para una discusión más amplia sobre el tema, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia*, Argentina, PNUD, 2004.

Salvador completa algunas de las obligaciones estatales. En el mismo sentido, el artículo 16 de la CADH se refiere a la libertad de asociación de que gozan las personas para la consecución de distintos fines, entre ellos, los laborales. Esta redacción no deja espacio para diferenciarlo de la primera parte del artículo 8 del Protocolo de San Salvador sobre los derechos sindicales. Al menos es posible identificar un grupo de derechos que, sin importar el tratado en el que se encuentren, podrían ser aplicables a hechos similares y que comprenden estándares muy parecidos.⁵

Si avanzamos en el análisis de los instrumentos también podemos identificar que las reglas y principios que regulan su aplicación no son tan diferentes. El principio de no discriminación es, en ambos instrumentos, la piedra angular a partir de la cual se evalúa la acción estatal. Las reglas de restricción de derechos y los fines legítimos para ello son iguales en los dos instrumentos.

Aquellos que niegan la unidad de los grupos de derechos pueden argumentar que si bien los textos y las reglas son similares, ambos instrumentos internacionales difieren significativamente en el tipo de obligaciones que imponen a los Estados. De esto me ocuparé más adelante, sin embargo por ahora basta hacer notar la distinción entre las obligaciones en materia de derechos humanos y la responsabilidad por su violación. En efecto, como aquí se argumenta, todos los derechos comparten un mismo grupo de obligaciones, si acaso la diferencia entre los derechos puede ubicarse en el momento en que se determina la responsabilidad por la violación a los derechos. En algunos casos, como la violación al principio de no discriminación, tratándose de su relación con cualquier derecho, surge una responsabilidad inmediata. Mientras que el cumplimiento de ciertos aspectos relativos a la satisfacción del derecho a la salud o, incluso, del derecho a la seguridad pública, por ejemplo, no generan una responsabilidad inmediata por parte de las autoridades encargadas de su cumplimiento.

Con todo, la agenda política planteada en la Conferencia de Viena en 1993 no fue suficiente para armonizar la conducta estatal con ese ideal de indivisibilidad. Además, de cierta forma, la imprecisión de los conceptos de indivisibilidad e interdependencia ahondó las dificultades para convertir a estos principios en figuras jurídicas aplicables. No obstante, algo quedó firme, al menos formalmente no existen jerarquías o diferencias entre derechos humanos.

⁵ Véase, para un ejercicio similar respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Ida Elisabeth Koch, *Human Rights as Indivisible Rights. The protection of socio-economic demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 30-32.

2. Indivisibilidad e interdependencia

Conviene hacer una primera distinción entre los términos, para ayudarnos a diferenciar ambos principios. Mientras el prefijo inter significa "entre" o "en medio", el prefijo in indica "negación", de tal forma que la palabra interdependientes expresa vinculación entre derechos y la palabra indivisible la negación de separación entre ellos. Así, preliminarmente conviene señalar que los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos y son indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto.

La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de otro grupo de derechos. Por ejemplo, el derecho a la salud tiene aparejadas claras relaciones con el derecho a la alimentación y a la vivienda digna, así como al trabajo en condiciones adecuadas. Por su parte, la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos.⁶ El aspecto central de este criterio es que los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos los derechos humanos merecen la misma atención y urgencia. Bajo esta lógica, "la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos".⁷

La interdependencia comprende, al menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otro derecho(s) para existir y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependientes para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos tendrá impacto en el otro (s) y/o viceversa. De tal forma, la protección del derecho a la salud no puede quedar al margen de una revisión de otros derechos condicionantes como la alimentación y el acceso al agua.⁸ Otro ejemplo, los derechos políticos (a votar, ser votado, dirigir los asuntos públicos y participar en la función pública) no deben mirarse de manera independiente de los derechos a la libertad de

⁶ Blanc Altemir, Antonio, "Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal", *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, España, Universitat de Lleida / Tecnos / ANUE, 2001, p. 31.

⁷ *Ibidem.*, pp. 30-31.

⁸ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva". Comité de DESC, *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, (E/C.12/2000/4), Naciones Unidas, 2000, párr. 11.

asociación, libertad de expresión e igualdad y no discriminación.⁹ Este grupo de derechos tiene una relación mutuamente dependiente.

Tanto en materia de justiciabilidad como de diseño de política pública deberá tomarse en consideración la dependencia entre derechos ya sea que exista de forma unidireccional o bidireccional. Lo que queda prohibido bajo este principio es mirar a los derechos aislados y desvinculados de sus relaciones condicionantes. Al analizar un caso, el juzgador deberá tener en consideración los derechos que se alegan violados pero también aquellos derechos de los que depende su realización, de tal forma que pueda verificar el impacto que aquellos tuvieron en el derecho inmediatamente violado y/o las consecuencias de la violación en aquellos. Resulta necesario conocer la forma en que los derechos se sostienen unos a otros.

Tomemos el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, en el que la Corte IDH analizó las medidas adoptadas por el Estado, como parte de una declaratoria de emergencia, a fin de asegurar la atención médica y alimentaria de dos comunidades indígenas. La Corte partió del reconocimiento de que las comunidades se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad, de conformidad con ello analizó las medidas adoptadas por el Estado respecto de los derechos a la salud, la alimentación, el acceso al agua, la educación, ello dentro del marco del derecho a una vida digna.¹⁰ En efecto, el derecho a la vida no puede ser entendido solo como la ausencia de ejecuciones extrajudiciales, sino como la satisfacción de un conjunto de condiciones que le permiten a las personas desarrollar su vida de conformidad con sus planes. Así, la satisfacción del derecho a la vida depende de la satisfacción de un grupo de derechos sociales.

En este caso, la política diseñada por el Paraguay para atender la situación de emergencia que afrontaron dos comunidades indígenas fue insuficiente al considerar de manera limitada los derechos a la salud y a la alimentación, sin tomar en cuenta las circunstancias particulares de los miembros de la comunidad y sus necesidades primarias que claramente trascendían a esos dos derechos. Ni la salud ni la alimentación pueden realizarse sin adecuado acceso al agua. Asimismo, la vida digna requiere no solo de esos derechos, sino también de la educación básica necesaria para constituir un plan de vida conforme a los deseos de cada persona. La falta de una mirada de interdependencia respecto del derecho a la vida y los derechos

⁹ Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que "en el constitucionalismo y en la doctrina de los derechos humanos, las libertades de expresión, reunión y asociación forman una trilogía de libertades personales que se constituye además, en prerrequisito de los derechos de participación política". Sentencia C-265 de la Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero de 2 de junio de 1994.

¹⁰ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 21, párr. 194-217.

sociales, aunados a un contexto de pobreza extrema, resultó no sólo en la violación de los derechos por la falta de adopción de medidas necesarias para su satisfacción, sino directamente en la responsabilidad del Estado por el fallecimiento de un grupo de personas. Al tratarse de una situación de emergencia, no se buscó de construir una enorme cadena de derechos, sino simplemente de establecer aquellos derechos prioritarios para la supervivencia de las comunidades y sus miembros.

El principio de indivisibilidad, por su parte, implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos los derechos se encuentra unidos, ya no por razones de dependencia sino porque de una u otra forma los derechos forman una sola construcción. Así, tanto la realización como la violación de un derecho impacta en los otros derechos, más allá de si existe o no una relación de dependencia inmediata entre ellos. La idea central es que la realización de los derechos solo puede alcanzarse mediante el cumplimiento conjunto de todos los derechos.

La visión que se requiere es más amplia que la exigida por la interdependencia, pues busca no solo asegurar los derechos que dependen unos de otros de forma inmediata, sino encontrar las cadenas de derechos, en tanto sistema de unidad y sin jerarquías. En materia de justicia podemos encontrar con un asunto que directamente nos presente problemas de violación a derechos civiles clásicos –por ejemplo, integridad y libertad personales– sin embargo, puede suceder que el origen de la violación estuviera motivado por una posible violación de derechos sociales, piénsese en una manifestación por falta de acceso a agua potable que derivó en el desalojo de una plaza pública por parte de las fuerzas de seguridad. Aquí, correspondería al juzgador mirar no sólo las violaciones últimas, sino la violación originaria. Lo que sucede es que la indivisibilidad no solo corre para la realización de los derechos, sino también respecto de su violación, de tal forma que debe tratarse de situar los derechos inmediatamente violados en relación con los derechos de los que depende (interdependencia) y con los derechos de cuya violación se desató el agravio último (indivisibilidad).

Regresemos al Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, donde la Corte Interamericana encontró violado el derecho a la propiedad, en tanto no se aseguró la delimitación y titularidad de las tierras de la comunidad, pero cuyas consecuencias van más allá de los derechos dependientes, como el recurso efectivo, para impactar a una gama de derechos sociales, económicos y a la vida. La indivisibilidad trasciende las relaciones lógicas y busca los orígenes en los déficits de otros derechos.

3. El mapa de las obligaciones generales

Si bien se reconoce la unidad entre los derechos, queda abierta la pregunta sobre su operación. Tradicionalmente se ha asegurado que mientras los derechos civiles y políticos conllevan la no interferencia por parte del Estado, los derechos económicos, sociales y culturales requieren de su intervención. De tal forma que se estableció una distinción entre los derechos a partir de considerar a un grupo como negativos (abstención) y a otro como positivos (acción). De acuerdo con lo analizado en los párrafos anteriores tal distinción no sería adecuada de conformidad con los estándares actuales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) que proclaman la unidad y no jerarquización de los derechos. Sin embargo, por sí solos los principios de indivisibilidad e interdependencia no parecen resolver el problema de qué estándares son obligatorios para el Estado respecto de cada derecho.

La implementación y protección nacional de los derechos humanos exige cierto grado de certidumbre respecto de los estándares exigibles sobre cada derecho. La vaguedad de los derechos económicos, sociales y culturales y la siempre cambiante interpretación de los derechos civiles y políticos de conformidad con las resoluciones de los órganos internacionales, parecería dejar abierto un margen de incertidumbre respecto del estándar de los derechos. En esa discusión se entrecruzan razones presupuestales, de programas de gobierno y de lo políticamente posible dado cierto arreglo institucional entre las distintas fuerzas políticas de un país.

Aún más, a pesar del progreso del DIDH en la fijación de estándares sobre la gran mayoría de derechos consagrados en tratados internacionales, todavía hay muchos espacios por llenar en las interpretaciones de los órganos internacionales. Incluso en derechos con amplia jurisprudencia como la prohibición de la tortura, los estándares parecen moverse para regular conductas estatales que antes quedaban fuera de su contenido y alcance como la violencia doméstica. Lo mismo puede decirse del reconocimiento de la propiedad ancestral como parte del derecho a la propiedad privada de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH.

Es decir, no siempre hay jurisprudencia internacional y cuando la hay no es estática sino dinámica. Descubrir las líneas de conexión de uno o varios derechos es una tarea factible para los juristas, sin embargo, hallar las rutas de conexión donde no han sido establecidas previamente o donde funcionan en constante movimiento no es una tarea sencilla.

Entonces, si no es posible distinguir a los derechos como portadores de obligaciones positivas o negativas, y tampoco es posible identificar los estándares precisos de cada derecho de conformidad con el DIDH, ¿qué tipo de conductas son requeridas por los derechos humanos?

La fórmula jurídica en que se recogió la indivisibilidad de derechos, incluso desde antes de la Conferencia de Viena, fue mediante el reconocimiento de un grupo de obligaciones generales aplicables a todos los derechos sin distinción alguna: respetar, proteger, garantizar y promover. Más allá de las particularidades que presenta cada derecho, todos reflejan tanto deberes positivos como negativos para las autoridades y los particulares. En este sentido, todos los derechos representan costos para el erario público, requieren del diseño de políticas, de la abstención de los agentes estatales y de mecanismos de protección jurisdiccional.

Las obligaciones generales son el mapa que nos permite ubicar las conductas exigibles tanto respecto de casos particulares como en relación con la adopción de medidas y legislación. De lo que se trata es de hacer una lectura de los derechos a la luz de cada una de las obligaciones. Tomemos, por ejemplo, el derecho a la vida a partir de los cuatro tipos de relaciones que se establecen de conformidad con las obligaciones generales: 1) el respeto implica que los agentes estatales no deben privar extrajudicialmente de la vida a ninguna persona; 2) la protección conlleva el deber de proteger a las personas de que sean privadas de la vida por otros particulares; 3) la garantía del derecho a la vida expone el deber de los agentes estatales de proveer los elementos necesarios para que pueda considerarse una vida digna, 4) la promoción del derecho a la vida trae consigo el deber de dar a conocer el significado de una vida digna. De esta forma tendremos mucho más obligaciones para el Estado que la simple abstención de privar de la vida a alguien de forma extrajudicial (mirada tradicional sobre los derechos civiles como portadores de obligaciones positivas).

A pesar de la importancia que reviste una relectura conjunta de derechos y obligaciones no se ha elaborado una relación sistemática de los mismos. Desde la dogmática jurídica existen referentes que describen los contenidos de las obligaciones generales de los derechos civiles y políticos.¹¹ Igualmente, a partir del llamado mito programático¹² de los derechos económicos,

¹¹ Duitzky Ariel. "Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos" en Martin Claudia y Diego Rodríguez-Pinzón (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 79-118; Cecilia Medina, *La convención americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Universidad de Chile, 2003, pp. 16-26; Daniel O'Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

¹² Llamamos *mito programático* a la idea que dominó durante varios años la teoría jurídica de los derechos humanos bajo la cual los derechos civiles y políticos eran de aplicación inmediata porque suponen omisiones por parte del Estado, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran de aplicación programática porque

sociales y culturales, se ha desarrollado una amplia bibliografía en torno a la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales (en adelante DESC) que toma como punto de partida la identificación y especificación de las obligaciones propias de estos derechos.¹³ En la medida en que la conceptualización y especificación de las obligaciones del DIDH se realiza de forma simultánea por distintos órganos, no se tiene una construcción única, sino diversos avances que tienen puntos de contacto, tensión y disenso.

Si bien puede afirmarse que aún no hay una teoría de las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos, lo cierto es que sí existen importantes esfuerzos que permiten eliminar la distinción entre obligaciones de derechos civiles y políticos y obligaciones de DESC y, fundamentalmente, posibilitan la construcción de una lectura conjunta de derechos y obligaciones.¹⁴ Al separar el análisis de las obligaciones a partir de sus contenidos y alcances, se hace posible establecer un marco analítico general que aborde a los derechos de forma más completa y precisa a fin de facilitar su exigibilidad.

4. Las obligaciones generales

El énfasis puesto en la identificación de obligaciones y la lectura de los derechos en su contexto, encuentra sentido cuando el debate sobre los derechos humanos se mueve de la mera conceptualización hacia su implementación, esto es, de la pregunta sobre el qué hacia el quién y cómo deben realizarse los derechos.¹⁵

Debe recordarse que desde la dogmática jurídica hay múltiples tratados, interpretaciones y aplicaciones de las obligaciones de dichos documentos que identifican distintos conjuntos de obligaciones generales. Esta diversidad se ahonda si se analizan los tratados de derechos civiles contra los de derechos económicos, sociales y culturales. Pese a ello, como se adelantó,

conllevan obligaciones de hacer y altos costos. Esta postura ya ha sido rebasada y hoy se acepta que todos los derechos conllevan obligaciones de acción y omisión así como costos para garantizar su ejercicio a los ciudadanos.

¹³ Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Miguel Carbonell *et. al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, segunda edición, México, Porrúa / UNAM, 2001; Víctor Abramovich y Christian Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Argentina, Estudios del Puerto, 2006, y Víctor Abramovich *et. al.* (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

¹⁴ H. Shue, *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, New Jersey, Princeton University Press, 1980; G.J.H., Van Hoof, "The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views", en P. Alston y K Tomasevski (ed.), *The Right to food*, Países Bajos, Netherlands Institute of Human Rights (SIM) y Martinus Nuhoff Publishers, 1984, pp. 97-110, y Asbjorn Eide *et. al.*, "Food as a human right" en *Food policy*, Elsevier, Vol. 11(1), Tokio, The United Nations University Tokyo, 1984.

¹⁵ James Nickel, "How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide", *Human Rights Quarterly*, volumen 15, núm. 1, p. 80.

algunos autores ya han avanzado en la labor de desarrollar una teoría de las obligaciones internacionales. Básicamente se trata de cuatro aproximaciones coincidentes en lo general aunque divergentes en aspectos relevantes. Tomando como base el ejercicio realizado por Magdalena Sepúlveda¹⁶ y formulando una comparación con los principales órganos de protección, las aproximaciones teóricas y dogmáticas a las obligaciones generales son:

TIPOLOGÍA DE LAS OBLIGACIONES DEL DIDH					
Propuesta de:		Deberes de:			
Shue	No privación	Protección de la privación	Ayuda a los que están privados de bienes básicos		
Eide	Respetar	Proteger	Satisfacer	Proveer	
van Hoof	Respetar	Proteger	Asegurar		Promover
Steiner y Alston	Respetar	Proteger / Prevenir	Crear maquinaria institucional	Proveer bienes y servicios	Promover
Comité DESC	Respetar	Proteger	Cumplir		
			Satisfacer	Proveer	Promover
Comité DH	Respetar	Garantizar y adoptar medidas			
		Proteger	Asegurar	Promover	
Corte Interamericana	Respetar	Garantizar y adoptar medidas			
		Proteger	Crear instituciones e investigar, sancionar y reparar		Promover
Fuente: Elaboración de los autores con información de Magdalena Sepúlveda, The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Países Bajos, Intersentia, 2003.					

Conviene formular algunas precisiones previas a comenzar el análisis de las obligaciones generales. Lo primero a mencionar es que mientras algunos autores enfatizan la obligación de garantizar como un entramado de deberes, otros prefieren distinguir aquellos deberes más básicos de otros que se rigen por reglas más laxas. Respecto del Comité de Derecho Humanos y la Corte Interamericana debe aclararse que la obligación de garantizar es mucho más amplia que la investigación, sanción y reparación; comprende la obligación de proteger¹⁷ y, en general, la organización de todo el aparato gubernamental para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En este sentido, puede afirmarse que la tipología utilizada por estos dos órganos es más simple en cuanto a clasificación pero mucho más compleja

¹⁶ Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Países Bajos, Intersentia, 2003.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie c, núm. 4, párr. 166.

en cuanto a contenido, pues su jurisprudencia les ha permitido precisar y ampliar la limitada redacción del artículo 1.1 de la Convención Americana y artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, resulta pertinente señalar que no se pretende profundizar en las particularidades de la jurisprudencia propia de cada mecanismo de protección, sino señalar sus aspectos más relevantes. La justiciabilidad de los derechos requerirá de una aproximación más detallada a la dogmática jurídica al momento de precisar las presuntas violaciones a derechos humanos, mientras que el diseño de una política pública requerirá contar con los parámetros generales de las obligaciones, de tal forma que en ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades nacionales se puedan diseñar las formas más apropiadas de implementar los derechos.

Como se desprende del cuadro anterior, las obligaciones generales del DIDH no son del todo precisas y claras, por el contrario, están interrelacionadas y se traslapan entre sí. Es por ello que más que obligaciones independientes pueden considerarse niveles,¹⁸ capas o, incluso, especies de oleadas obligacionales. En este sentido, conviene referir cuatro aspectos que resultan fundamentales para entender la naturaleza y dinámica de las obligaciones. En primer lugar, algunas obligaciones se desprenden de manera natural de los propios derechos humanos, como la prohibición de torturar del derecho a la integridad personal, otras parecen estar ocultas en los derechos y es labor del intérprete (judicial, ejecutivo o legislativo) desprender su sentido, por ejemplo, el deber de establecer un mecanismo de cadena de custodia a fin de prevenir la tortura.¹⁹

El segundo aspecto tiene que ver con la distinción clásica entre obligaciones de hacer y no hacer. Sin entrar en la inocua diferenciación entre derechos civiles y políticos, y, económicos, sociales y culturales,²⁰ lo cierto es que los derechos sí implican ambas conductas. En ciertos momentos se requiere de más abstención y en otros de más acción. Por ello, aunque en principio pueda definirse una obligación como negativa o positiva, lo cierto es que todas ellas implican ambas pero enfatizan alguna.

En tercer lugar, debe observarse el objetivo que persigue la obligación en términos generales, es decir, si la obligación pretende mantener el nivel de disfrute de un derecho o bien

¹⁸ G.J.H. Van Hoof, *op. cit.* nota 15.

¹⁹ H Steiner *et. al.*, *International Human Rights Law in Context: law, politics, morals. Texts and materials*, 3a. ed., Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 186.

²⁰ Sepúlveda, Magdalena, *op. cit.*, nota 17 pp. 280-284; Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...", *op. cit.* nota 14, pp. 149 y 150.

mejorar la situación de ese derecho. Finalmente, debe considerarse el momento de cumplimiento, si se trata de una obligación de cumplimiento inmediato o progresivo.

De acuerdo con lo anterior, presentamos la tipología de las obligaciones de manera simplificada en el siguiente modelo:

Objetivos, conductas y cumplimiento de las obligaciones			
Obligación	Objetivo respecto del derecho	Conducta requerida	Cumplimiento
Respetar	Mantener	Negativa	Inmediato
Proteger	Mantener	Negativa < Positiva	Inmediato > Progresivo
Garantizar	Realizar	Positiva	Inmediato - Progresivo
Promover	Mejorar	Positiva	Progresivo
Fuente: elaboración propia.			

La selección de la terminología de las cuatro obligaciones responde a que son estos términos los más utilizados tanto en la dogmática como en la teoría y que proporcionan mayor claridad sobre su contenido. Además, son los términos utilizados por el artículo 1o. constitucional.

a. *Obligación de respetar*

Constituye la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto implica no interferir con o poner en peligro los derechos. Se trata de una obligación tendiente a mantener el goce del derecho y su cumplimiento es inmediatamente exigible cualquiera que sea la naturaleza del derecho. Ninguno de los órganos pertenecientes al Estado, en cualquiera de sus niveles (federal, local o municipal) e independientemente de sus funciones (ejecutivo, legislativo y judicial), debe violentar los derechos humanos, ni por sus acciones ni por sus omisiones.

La Corte IDH señaló que la protección a los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de "esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción del ejercicio el poder estatal".²¹

En consecuencia, varios de los casos donde podemos encontrar la forma en que la Corte se ha aproximado a la obligación de respetar se refieren a la restricción de derechos. El límite

²¹ Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21.

principal está constituido por los derechos de los demás, de tal manera que los derechos de todas las personas puedan coexistir. No se trata, sin embargo, de un criterio para preferir un derecho sobre otro, sino que tiene la intención de buscar su armonización, esto es, de la coexistencia de los derechos de todas las personas. Así, los Estados pueden regular los derechos de forma general para preservar fines como el orden o la salud pública que pueden incidir en el respeto de los derechos de otros.

Esta facultad de restringir los derechos no es discrecional sino que se encuentra limitada por el propio Derecho Internacional, de no observarse los criterios impuestos la restricción sería ilegítima y violatoria de las obligaciones estatales. Básicamente se trata de tres límites, debe ser establecida por ley, referirse a algunos de los fines permitidos por la Convención Americana o instrumento internacional en cuestión y, en el sistema interamericano, ser necesaria en una sociedad democrática.

Las limitaciones a los derechos deben estar establecidas en una norma que tenga carácter de ley y que regule sus condiciones generales y las circunstancias que la autorizan, en consecuencia, las restricciones a los derechos deben atender a ciertas características formales y materiales para su aprobación y cumplir los requisitos de generalidad y abstracción.²² Así, en el Caso Kimel vs. Argentina la Corte IDH señaló que es la ley, en su sentido formal y material, la que puede establecer restricciones a la libertad de acceso a la información y, de tratarse de una norma de carácter penal, además deben cumplirse "los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad".²³

La causa invocada para restringir un derecho debe ser de aquellas establecidas en la CADH u otros instrumentos internacionales de derechos humanos ya sea de forma particular respecto de un derecho o de forma general. Por ejemplo, el artículo 13 de la CADH establece que las limitaciones a la libertad de expresión deben ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. En consecuencia, la restricción que se aplique tampoco debe ir más allá de la protección de alguno de los intereses o derechos en cuestión para el caso concreto. En el mismo Caso Kimel la Corte analizó si la protección del derecho al honor de una persona puede considerarse una causa legítima para la restricción de la libertad de

²² La Corte Interamericana ha entendido por la expresión ley a "aquella norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado". Corte IDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 27.

²³ Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 63.

expresión y consideró que el juez, quien se había sentido agraviado por la publicación del señor Kimel donde le imputaba vínculos con la dictadura Argentina a raíz de su actividad judicial, tiene derecho al honor como cualquier otra persona. Por ello, una restricción del derecho a la libertad de expresión del señor Kimel puede considerarse legítima.²⁴

Finalmente, debe verificarse el cumplimiento del requisito según el cual toda restricción debe ser "necesaria en una sociedad democrática". En la CADH este requisito se establece explícitamente para las restricciones de los derechos de reunión pacífica, libertad de asociación y libertad de movimiento. La jurisprudencia interamericana ha ampliado este requisito a los demás derechos en virtud del artículo 29.c de la CADH,²⁵ que la Opinión Consultiva sobre la Colegiación Obligatoria definió en los siguientes términos:

46. [L]a "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.²⁶

De lo anterior es posible concluir que es necesaria en una sociedad democrática aquella restricción que sea:

- a) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular;

²⁴ *Ibidem*, párrafos 68 a 71.

²⁵ Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno [...].

²⁶ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, parr. 46.

- b) proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido, y
- c) la única alternativa o la más viable para conseguir el fin que se pretende conseguir con la restricción del derecho, lo que implica que, de haber otra alternativa o una menos costosa, debe emplearse esa alternativa.

De regreso en el Caso Kimel la Corte examinó las alternativas para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas. Preciso que el derecho penal "es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita" y que si bien "el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones", en este caso "es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo [...] tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción –privación de libertad– aplicada al periodista".²⁷

Como puede observarse la obligación de respetar los derechos va más allá de la simple abstención de lesionarlos en un acto, sino que alcanza la forma en que las normas restringen los derechos, las autoridades las aplican y los jueces deciden sobre esas limitaciones. Asimismo, este grupo de deberes surgidos de la obligación de respetar también se relaciona con los deberes específicos de las demás obligaciones, como se verá más adelante. Así, en tanto una norma restringe de forma ilegítima o desproporcional un derecho, además se incumple el deber de adoptar medidas para asegurar el cumplimiento de los derechos. A partir de ello es posible observar la interrelación constante no solo entre los derechos, sino también entre las obligaciones.

b. Obligación de proteger

Es una obligación dirigida a los agentes estatales en el marco de sus respectivas funciones para prevenir las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares, así como crear el marco jurídico y la maquinaria institucional necesaria para cumplir ese fin. Estamos frente a una conducta positiva del Estado, el cual debe desplegar múltiples acciones a fin de proteger a las personas de las interferencias provenientes de sus propios agentes y de particulares. Por ejemplo, la creación de las leyes penales que sancionen la violación del derecho, el

²⁷ Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*. . . *supra* nota 24, párr. 74 a 80.

procedimiento penal específico que deba seguirse, las políticas de supervisión a la acción de particulares en relación con derechos humanos, las fuerzas de policía que protejan a las personas en sus derechos, los órganos judiciales que sancionen las conductas, etc. Especial mención merece la existencia de recursos efectivos para la protección de los derechos fundamentales. Esta obligación puede caracterizarse como de cumplimiento inmediato, sin embargo, algunas particularidades de las instituciones creadas para la prevención pueden tener una naturaleza progresiva.

En un primer nivel, la protección conlleva tanto una conducta de vigilancia hacia los particulares²⁸ y los propios agentes estatales, como el establecimiento del aparato que permita llevar a cabo tal vigilancia y reaccionar ante los riesgos para prevenir violaciones. Cada derecho humano implicará una incidencia específica en cada mecanismo, de tal forma que el código penal, por ejemplo, deberá sancionar aquellas conductas que afecten los derechos fundamentales de conformidad con los propios principios del derecho penal. En efecto, el bien jurídico protegido en los tipos penales no debe ser más que los derechos humanos mismos, así que si no existe un delito que sancione la tortura el Estado incumple su obligación de proteger.

Por otra parte, en un segundo nivel, implica el accionar del Estado cuando una persona se encuentra en un riesgo real e inminente de ver violados sus derechos por un particular. Esto no es más que la frontera de la obligación de proteger, donde los mecanismos preventivos de primer orden han fallado y las personas sufren ese riesgo. Dado que se trata de las obligaciones del Estado por acciones de particulares, su responsabilidad surge hasta el momento en que el riesgo es real e inminente y además es conocido o debiera serlo por el Estado. Entonces, el Estado incumple su obligación y, por tanto, cae en responsabilidad solo si una vez iniciado el riesgo conocido no realizara las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación. Un ejemplo de la violación a esta obligación se encuentra en el Caso Campo Algodonero Vs. México,²⁹ donde la responsabilidad se gesta una vez que el Estado tiene la primer noticia de la desaparición de tres mujeres y no actúa de forma adecuada para investigar los hechos y encontrar a las mujeres desaparecidas, en especial por el contexto de violencia de género en Ciudad Juárez.

²⁸ En este contexto, por vigilar no debe entenderse una supervisión de los particulares por parte del Estado a manera de un estado invasivo, sino la supervisión de la actividad de los agentes privados cuando lleven a cabo funciones para el cumplimiento de derechos (por ejemplo, hospitales, escuelas y medios de comunicación privados), o bien pongan en riesgo los derechos de otra persona.

²⁹ Corte IDH, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 289.

Sandra Fredman sostiene que la obligación de proteger consiste en restringir a otros de la misma forma en que el Estado debe restringirse a sí mismo para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de todos.³⁰ Sin embargo, esta vinculación de los derechos humanos entre particulares es más compleja que la relación entre agente estatal y ciudadano porque el Estado debe mirar los derechos de ambos y no solo los de una de las partes involucradas en el asunto. Por ejemplo, en el Caso Kimel mencionado anteriormente, la Corte IDH valoró la ilegitimidad y desproporcionalidad que imponer la pena de prisión significaba para el señor Kimel, aunque consideró que era posible restringir la libertad de expresión en ciertos casos. Defender los derechos de uno, no debe significar violar los derechos de otro, como sucede con medidas como las aplicadas a la llamada delincuencia organizada. De lo que se trata es de optimizar los derechos de ambos y no solo de un grupo pues eso lleva, entre otros problemas, a mayor desintegración social.

En el Caso Kimel la Corte IDH le dio preferencia a la obligación del Estado de respetar los derechos del señor Kimel sobre la obligación de proteger al juez. Si bien reconoce que éste debió haber sido protegido, a pesar de ser una autoridad, se limita a sancionar la medida impuesta como desproporcional, pero no ahonda en la protección del juez.³¹ Es decir, la Corte eligió entre dos principios en competencia, por un lado el de restringir la acción estatal frente a un particular y, por otro, la protección de otro particular. Es posible argumentar en contra de la decisión de la Corte IDH en el sentido que no formuló un "balance" entre los derechos contrapuestos, sino que únicamente desplazó uno de los derechos en conflicto. Es decir, prefirió exigirle al Estado que cumpliera su obligación más inmediata, no interferir en el señor Kimel, que someterlo también a la obligación de proteger.

El conflicto no se resuelve, simplemente queda obscurecido por la preferencia hacia un tipo de obligaciones. Ahora bien, si la Corte hubiera tratado de "armonizar" o "balancear" ambos derechos (y ambas obligaciones) hubiera tenido que decidirse sobre la mínima restricción posible a los derechos de ambos particulares. Tomemos ahora el Caso Perozo y otros vs. Venezuela donde la Corte IDH analizó los alegados actos de violencia en perjuicio de comunicadores y trabajadores de la televisora Globovisión. De acuerdo con los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dichos actos fueron

³⁰ Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive rights and positive duties*. USA, Oxford University Press, 2008, p. 72.

³¹ No pasa por alto que este caso es controversial porque la Corte Interamericana tiene jurisprudencia constante en el sentido de que las autoridades o servidores públicos ven restringido su derecho al honor por efecto del mayor escrutinio público al que deben estar expuestos con motivo de sus funciones. Sin embargo, el Caso Kimel es útil para analizar el conflicto entre derechos. Véase, por ejemplo, el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

resultado de los diversos pronunciamientos emitidos por el presidente de ese país y otros miembros de su gabinete en contra de la televisora. La Corte no aceptó el argumento según el cual existía una relación causal y directa entre los pronunciamientos de los funcionarios y los actos de violencia cometidos por la población. En su lugar analizó la medida en que el Estado cumplió con sus obligaciones respecto de los derechos de los miembros de la televisora y los particulares que cometieron diversas agresiones.

La Corte IDH encontró responsable al Estado venezolano por no proteger adecuadamente a los miembros de la televisora. En primer lugar señaló que "el contenido de los referidos pronunciamientos de altos funcionarios públicos colocaron a quienes trabajaban para este medio particular de comunicación, [...] en una posición de mayor vulnerabilidad relativa frente al Estado y a determinados sectores de la sociedad", por lo que los agentes estatales debieron tomar en cuenta el contexto de hostilidad social y limitar sus comentarios al público. En segundo lugar, determinó que el Estado también tiene responsabilidad por no investigar con la debida diligencia las denuncias interpuestas contra las personas que agredieron a los miembros de Globovisión con lo que generó impunidad y permisividad frente a dichos actos.³²

Respecto de los particulares, la Corte señaló que hubo retrasos de hasta un año en la interposición de las denuncias, además de que por el contexto en el que se llevaron a cabo las agresiones era difícil identificar a aquellos que directamente las hubieran cometido.³³ La Corte IDH también pone énfasis en las dificultades de investigación y de protección de los derechos de los particulares que se hubieran visto involucrados, aunque deja de lado la importancia del conflicto y la confrontación de ideas que señala al comenzar sus consideraciones.³⁴ En tanto la obligación del Estado sí consistía en auto restringirse en la medida que sus comentarios ahondaban el contexto de hostilidad, los particulares también debían tener garantizado la difusión de sus ideas en un marco de igualdad para participar en el debate político, sin que ellas se convirtieran en daños a la integridad personal del medio de comunicación. Sin embargo, de una u otra forma intentó balancear derechos y obligaciones poniendo énfasis en las obligaciones estatales respecto de ambos grupos de particulares.

³² Corte IDH, *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 360 a 362.

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibidem*, párr. 116. La Corte Interamericana ha señalado en repetidas ocasiones la importancia del pluralismo, "que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática.[...] Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios democrático".

Al margen de ello, la Corte da un salto importante en su argumentación, pues la prevención exigida al Estado está relacionada con el contexto de hostilidad y debate entre varios grupos de la población venezolana respecto de las políticas gubernamentales. Es decir, si bien debe resolverse el conflicto en sí mismo, la obligación de prevención –parte inherente a la de proteger– también conlleva la identificación de las causas que permiten la generación y repetición de los conflictos. En este caso, sin el citado contexto de hostilidad el margen de posicionamiento político de la autoridad sería más amplio. En el fondo, para resolver el conflicto, la Corte debió atender con mayor énfasis la forma y las razones de la generación del conflicto pero, especialmente, los canales de expresión del grupo de particulares que agredió a los miembros de la televisora.

Así, encontrar el balance o la armonía entre derechos es un paso más allá del simple desplazamiento del derecho de uno contra el de otro, igualmente el segundo paso es buscar no solo la convivencia de ambos derechos sino su nivel óptimo de convivencia. Finalmente, si más que atender al conflicto entre particulares en sí mismo, se miran las razones que lo permiten, la Corte logrará sobreponerse frente al conflicto en pleno cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido, Olivier De Schutter ha señalado que el proceso de balance deja de lado la búsqueda de formas para transformar el contexto en el que el conflicto surge, por lo que es necesario desarrollar soluciones imaginativas para limitar el conflicto y prevenir su recurrencia en el futuro.³⁵

c. *Obligación de garantizar*

A diferencia de las anteriores dos obligaciones, la de garantizar tiene por objeto realizar el derecho y asegurar para todos la habilidad de disfrutar de todos los derechos. Por ello requiere la remoción las restricciones a los derechos, así como la provisión de los recursos o la facilitación de las actividades que aseguren que todos son sustantivamente iguales en cuanto a su habilidad para participar como ciudadanos plenos en una sociedad.³⁶ En este sentido, la obligación de garantizar implica, en palabras de la Corte IDH, "el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".³⁷ En el centro de la

³⁵ Olivier De Schutter and Françoise Tulkens, "Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution" en E. Brems (ed.), *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia-Hart, 2008, pp. 169-216.

³⁶ Cfr. Sandra Fredman..., *op. cit.*, nota 31, p. 77.

³⁷ La Corte IDH afirma, asimismo, que "[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta

obligación yace el principio de efectividad, es decir que los derechos están para ser vividos por las personas y ese es el objetivo que debe cumplir la garantía de los derechos. En pocas palabras, el derecho es la meta y la obligación está para alcanzarla.

Por ello, la obligación de garantía es aún más compleja que las anteriores y también tiene un margen de indeterminación más amplio. Aquello que es esperado de la autoridad para satisfacer el derecho es "todo lo necesario", pero qué es eso no está precisado. Esta falta de determinación no se debe a la relativa novedad de la teoría sobre los derechos humanos y los derechos fundamentales en general, sino a que cada contexto es diferente y requiere de acciones distintas. Si el objetivo es alcanzar la efectividad del derecho, el camino que se deba cruzar para lograrlo dependerá del punto de inicio, de los recursos, del tiempo de que se disponga, entre otros factores. Sin embargo, es posible para las cortes valorar y determinar la medida en que la obligación de garantizar ha sido cumplida en los casos concretos.

En el siguiente apartado se ahondará en el principio de progresividad de los derechos, pues de nueva cuenta nos encontramos con la indivisibilidad del mecanismo que subyace a los derechos humanos. Basta por ahora señalar que esta la obligación de garantizar encuentra su determinación en los casos concretos, a partir de una aproximación gradual en la satisfacción de los derechos. En consecuencia, no se trata de un todo o nada en cuanto al cumplimiento de la obligación, pero sí de una valoración respecto de lo que el Estado debía y podía hacer y no hizo para satisfacer el derecho en cuestión.

La obligación de garantía puede entenderse mejor si atendemos a tres aspectos para hacer efectivo el goce y disfrute de los derechos humanos:

■ Adoptar medidas

Se refiere a la creación y adecuación de la infraestructura legal e institucional de la que depende la realización de los derechos. La redacción del artículo 1.1 de la CADH señala únicamente la existencia de las obligaciones de respetar y garantizar, de tal forma que la Corte IDH ha desprendido de esta última las obligaciones de promover y proteger. Sin embargo, el deber de adoptar medidas, normalmente entendido como parte de la obligación de garantizar, se encuentra establecido en el artículo 2 de la CADH, lo que ha resultado en el

obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez...*, *supra* nota 18). Aunque este sentido primario de la obligación de garantizar estuvo en la jurisprudencia interamericana desde el primer caso contencioso, los casos posteriores han desarrollado bastante poco sus diversas dimensiones para centrarse casi de forma unánime en los deberes de investigar, sancionar y reparar.

desarrollo de una jurisprudencia paralela a la de la obligación de garantizar en los términos del tratado.³⁸

El cumplimiento de esta obligación implica la adopción de medidas tendientes a la plena efectividad de los derechos humanos, sean estas legislativas o de cualquier otro carácter. Se trata de una obligación progresiva, en tanto la total realización de los derechos es una tarea gradual. La Corte IDH se ha referido al menos a tres tipos de medidas: legislativas, sobre las prácticas de los agentes estatales e institucionales.

En la sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. México se refirió a la necesaria reforma legislativa del artículo 57 del Código Penal Militar y a la adopción de reformas legislativas para adecuar las normas penales del país a los estándares internacionales en materia de desaparición forzada. Respecto de la normativa militar, la Corte IDH señaló que:

1. La Corte estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. [...]
2. [...]
3. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que "[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas". En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

³⁸ Los trabajos preparatorios de la CADH hacen referencia a la disyuntiva de establecer un artículo independiente para la obligación de adoptar medidas o bien que se entendiera como parte de la obligación de garantizar. Se optó por incluir el artículo 2 a fin de esclarecer las obligaciones del Estado en cuanto a la adopción y modificación del marco legislativo y cualquier otra medida necesaria para la realización de los derechos, pues además esta obligación se entiende como de cumplimiento progresivo, mientras que la garantía de los derechos es de cumplimiento inmediato.

4. En consecuencia, el Tribunal estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

Posteriormente agrega que no basta con modificar las leyes, sino que resulta indispensable modificar las prácticas y la interpretación asociadas con ellas:

5. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. [...]

Así, la simple reforma legislativa no alcanza para dar por cumplida esta obligación, sino que el Estado debe hacer todo lo necesario para que la nueva norma tenga el efecto deseado en cuanto a la realización de los derechos. En razón de ello es que la obligación de adoptar medidas también mira a las instituciones encargadas de asegurar la realización de los derechos. Cabe aclarar que no solo se trata de las instituciones que permitan sancionar el incumplimiento de los derechos, al contrario, incluye a las instituciones que permiten que el derecho exista. En la sentencia del Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek la Corte señaló que:

310. En consecuencia, el Estado, en el plazo de dos años, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad. Este sistema deberá consagrar normas sustantivas que garanticen: a) que se tome en cuenta la importancia que para los indígenas tiene su tierra tradicional, y b) que no baste que las tierras reclamadas estén en manos privadas

y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de reivindicación. Además, este sistema deberá consagrar que una autoridad judicial sea la competente para resolver los conflictos que se presenten entre los derechos a la propiedad de los particulares y la de los indígenas.³⁹

Respecto de las medidas institucionales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante Comité DESC) ha desarrollado un grupo de estándares que permiten evaluar su cumplimiento respecto de los derechos. Nos referimos a la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y calidad. Si bien estos elementos fueron contruidos para hacer efectivo el derecho a la educación y, posteriormente, los demás derechos económicos y sociales,⁴⁰ lo cierto es que su dinámica también resulta relevante para los derechos civiles y políticos.

En efecto, las obligaciones de proteger, garantizar y promover enfatizan el deber estatal de adoptar medidas de distinta naturaleza. Esto no implica para ninguno de los derechos que su cumplimiento sea progresivo o inmediato, sino únicamente que al adoptar medidas deben observarse estos elementos esenciales en tanto obligaciones que constriñen la acción gubernamental al momento de diseñar las formas en que los derechos se implementen. De manera más específica, estos elementos esenciales se corresponden con el deber inserto en la obligación de garantizar de crear la maquinaria institucional esencial para la realización del derecho. De manera breve, podemos entender a estos elementos esenciales a partir de los ejemplos del derecho a la salud y el derecho a la libertad de expresión:

- Disponibilidad. Implica garantizar la suficiencia de los servicios, instalaciones, mecanismos, procedimientos o cualquier otro medio por el cual se materializa un derecho para toda la población. En materia del derecho a la salud, por ejemplo, el Estado deberá contar con un número suficiente de servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas, los que deberán incluir a los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, entre otros⁴¹. En cuanto al derecho a la libertad de expresión, deberán existir suficientes vías a través de las cuales las personas puedan manifestar sus

³⁹ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay...* supra nota 11, párr. 310.

⁴⁰ Informe preliminar de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, Sra. Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, (E/CN.4/1999/49), 13 de enero de 1999.

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto CCPR/C/21/Rev.1/Add.13*, 29 de marzo de 2004.

opiniones, esto es, un número suficiente de medios de comunicación al alcance de los ciudadanos.

- **Accesibilidad.** Se trata de asegurar que los medios por los cuales se materializa un derecho sean alcanzables a todas las personas, sin discriminación alguna. Supone cuatro dimensiones:
 - **No discriminación.** Este principio cruza cualquier actividad estatal, pero aquí tiene una función concreta de protección de los grupos en situación de vulnerabilidad, principalmente, pero también para enfatizar la obligación de que en toda institución estatal debe asegurar la no discriminación. Por ejemplo, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población. Por su parte, el acceso a los medios de comunicación debe garantizarse a esos mismos sectores de la población y la exclusión del acceso a los mecanismos que permitan la difusión de ideas no debe verse impedida por alguno de los motivos prohibidos.
 - **Accesibilidad física.** Como parte del goce de los derechos el Estado debe acercar los medios para su realización a las personas, de lo contrario, les estaría imponiendo una carga extra. Por ejemplo, en materia de derecho al voto, si el día de la elección la casilla más cercana se encuentra a diez horas de camino, se observa un incumplimiento de accesibilidad física. Lo mismo puede decirse en el derecho a la salud respecto de la ubicación geográfica de las clínicas y hospitales, así como los procedimientos de transportación.⁴² Un aspecto relevante se observa en la libertad de expresión, donde la principal obligación del Estado es garantizar la pluralidad permitiendo el acceso a los medios a las distintas expresiones sociales (en especial aquellas que no tienen capacidad económica para comprar tiempo-aire), lo que implica garantizarles mecanismos para hacerlo. Este tipo de funciones son cumplidas por las radios comunitarias o los periódicos locales, aunque se observa un serio déficit en los medios nacionales debido a la fuerte concentración que se observa en ellos.

⁴² Es entendible que no toda población puede contar con un hospital de tercer nivel (servicio especializado). Sin embargo, el Estado sí debe garantizar los procedimientos para facilitar el acceso a este tipo de instalaciones, especialmente en casos de urgencia, por ejemplo: que la población que requiera el servicio tenga una línea telefónica de comunicación al hospital de tercer nivel más cercano y cuente con mecanismos de transportación rápidos como ambulancias o un helicóptero.

- Accesibilidad económica (asequibilidad). Constituye una protección frente a una posible carga desproporcionada que podrían implicar los derechos. Si bien los derechos no deben ser, por su propia naturaleza, onerosos para las personas, es comprensible que sólo algunos de ellos impongan una carga económica,⁴³ en este sentido, este elemento pretende impedir que la misma sea desproporcionada para los sectores marginados. Por ejemplo, en el derecho a la salud, "[l]os pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos".⁴⁴ La búsqueda de información, implícita en la libertad de expresión, no tendría que tener ningún costo económico y de ser el caso, dicho costo no podría tener una mayor incidencia para los sectores desfavorecidos.
- Acceso a la información. Comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas relacionados con los derechos. En el caso de la salud, por ejemplo, a que se obtenga un consentimiento informado o que las personas conozcan sus expedientes médicos. En relación con la libertad de expresión debemos obtener información sobre las condiciones y formas por las que se conceden o no concesiones.
- Aceptabilidad. Implica que el medio y los contenidos elegidos para materializar el ejercicio de un derecho sean admisibles por las personas a quienes están dirigidos, lo que conlleva el reconocimiento de especificidades y, consecuentemente, la flexibilidad necesaria para que los medios de implementación de un derecho sean modificados de acuerdo con las necesidades de los distintos grupos a los que van dirigidos en contextos sociales y culturas variados. Por ejemplo, respecto del derecho a la salud, los establecimientos de salud en comunidades étnicas deberán adecuarse a la cosmovisión del pueblo indígena y reconocer sus prácticas médicas. En cuanto a la libertad de expresión, deberá asegurarse tanto que existan medios de difusión de ideas en lenguas indígenas, como el apoyo de métodos de comunicación no masivos pero que resulten apropiados para una comunidad o que constituyan los métodos tradicionales de comunicación.

⁴³ Por ejemplo, el derecho a no ser torturado no debería implicar, en ningún caso, un cargo económico para las personas. Sin embargo, el acceso a la justicia sí puede representar un costo, pero éste nunca deberá ser desproporcionado.

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 31...*, *supra* nota 42.

- Calidad. Asegura que los medios y contenidos por los cuales se materializa un derecho tengan los requerimientos y propiedades aceptables para cumplir con esa función. En materia de salud, 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".⁴⁵ Igualmente, en materia de libertad de expresión deberá asegurarse, por ejemplo, que los concesionarios de señales televisivas difundan la señal de conformidad con los estándares de calidad existentes.

De acuerdo con estos elementos, las medidas institucionales que adopten para dar vida a los derechos deben cumplir ciertos estándares, esto es, no basta con la intención de realizar el derecho, sino que éste debe ser realizado de cierta manera. En este mismo sentido es que también es posible hablar de principios de aplicación como la no discriminación, la participación y la transparencia y rendición de cuentas.

- Provisión de bienes y servicios para satisfacer los derechos

Mediante este deber el Estado debe proveer a las personas con los recursos materiales necesarios para que logren disfrutar de los derechos. El objetivo es asegurar el acceso al derecho de aquellas personas que de otra forma no podrían obtenerlo. En este sentido, este deber no implica la provisión de todos los bienes y servicios para toda la población, sino sólo para aquellos que no pueden obtenerlos por sí mismos, por ejemplo, dada la condición económica a que han sido sometidos. Por su propia naturaleza, constituye una obligación de inmediato cumplimiento, independientemente del derecho de que se trate. Intervenir directamente en las condiciones de vida de esta población es la única forma de realizar efectivamente sus derechos. Se trata de proveer los elementos de lo que otros tratadistas han llamado "niveles esenciales de los derechos" a los que se hará referencia más adelante.⁴⁶ Si bien en un principio se consideró solo aplicable a los DESC, lo cierto es que en cada derecho humano pueden localizarse condiciones mínimas que es necesario cubrir para el desarrollo de la persona.

⁴⁵ *Idem*

⁴⁶ Conviene no confundir los niveles esenciales de los derechos con lo que ha sido llamado "núcleo esencial". Aquí usamos el término en tanto contenidos de "punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia [la] plena efectividad" de un derecho (Victor Abramovich y Christian Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales...*, op. cit, nota 14 p. 56). El derecho a un defensor gratuito constituye un punto de partida para tener un verdadero debido proceso, si la situación económica de una persona le impide acceder a esa defensa, el Estado está en la inmediata obligación de proveerlo.

En la Sentencia del Caso Xákmok Kásek de la Corte IDH al que ya se ha hecho referencia, se ordenó la satisfacción inmediata de derechos básicos para la supervivencia, además del desarrollo de políticas adecuadas que permitieran un nivel de vida adecuado para la comunidad.

- Investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos

El ejercicio efectivo de los derechos implica, finalmente, la restitución de los derechos frente a una violación. Para ello se hace necesario realizar una investigación y sancionar la conducta violatoria. No se trata sólo de una investigación y sanción de carácter civil, penal o administrativa, sino también de la evaluación de la conducta a nivel constitucional. El combate a la impunidad se constituye así en un factor fundamental para la realización de los derechos, tanto porque impide la continuación de los actos violatorios no perseguidos como porque restituye el goce del derecho mediante la reparación del daño.

Una gran parte de la jurisprudencia interamericana tiene relación con este deber, lo que se explica por la historia de dictaduras e impunidad que ha vivido la región. Así, las amnistías y la sanción a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos como la desaparición forzada, tortura y ejecuciones extrajudiciales es la constante en las sentencias de la Corte IDH.

d. Obligación de promover

Esta obligación tiene dos objetivos principales, por una parte que las personas conozcan sus derechos y mecanismos de defensa y, por otra, avanzar en la satisfacción del derecho, esto es, ampliar la base de su realización. Es decir, no se trata de un deber meramente promocional, sino que debe tenderse al desarrollo del empoderamiento de los ciudadanos desde y para los derechos. Ello requiere una perspectiva que considere a las personas como titulares de derechos y no como beneficiarios de programas sociales. En este sentido, las obligaciones son conceptualizadas como conductas estatales y no como bienes transferibles.

Los linderos que separan a cada obligación no son del todo claros, para efectos de este documento se realizó una delimitación en abstracto, pero en la realidad las obligaciones se entrecruzan. Por ello la violación a un derecho puede traer aparejada la violación de varias obligaciones y no solo de una de ellas. En efecto, al examinar los actos violatorios no basta con mirar la violación inmediata sino también las razones normativas e institucionales que la permitieron, así como las dimensiones de protección y respeto que fallaron en impedir la violación. Así, los derechos pueden ser ubicados en un mapa de obligaciones dependiendo

cuál sea la violación cometida, de conformidad con los principios de interdependencia e indivisibilidad. En ese mapa, los derechos se encuentran con otros al compartir las obligaciones no cumplidas.

Ahora bien, en términos de la adjudicación judicial, las cortes y tribunales tienen la posibilidad de mirar a los derechos desde las obligaciones y no solo desde el contenido de los derechos. Las obligaciones permiten recorrer distintos derechos desde objetivos similares. Así, por ejemplo, la Sentencia del Caso Campo Algodonero Vs. México se construyó desde las obligaciones de proteger, garantizar y, en menor medida, respetar. Desde la protección la Corte IDH analizó los derechos a la integridad personal y el derecho a la vida y desde la garantía los derechos al debido proceso y al recurso efectivo. Es el enfoque que brinda la obligación lo que permite que los derechos tomen vida tanto en términos de efectividad para las personas como para echar a andar la maquinaria de control a cargo de los órganos jurisdiccionales. Como se mencionó antes, se trata de especies de capas superpuestas que en conjunto logran la plena efectividad de los derechos, por eso es que no se puede mirar a los derechos solo desde sus obligaciones particulares, por ejemplo, al derecho a la vida como la prohibición de ejecuciones extrajudiciales, sino a partir de sus diferentes dimensiones.

III. La obligación de garantizar y los principios de universalidad y progresividad

La obligación de garantizar los derechos es la más compleja en términos de la conducta positiva que se requiere de los órganos estatales, porque implica una perspectiva global sobre los derechos humanos en el país. En tanto se trata de asegurar la realización de los derechos humanos para todos, se hace necesario planear, establecer metas, crear mecanismos de control, entre otras actividades. En cuanto a la adjudicación judicial también le implica una forma distinta de aproximarse a los casos, pues se trata de ver a la víctima de un caso concreto a la vez que se examinan las decisiones estatales. Conviene, por ello, analizar los parámetros constitucionales dados al efecto, tal como el principio de progresividad y el de universalidad de los derechos humanos.

1. El principio de progresividad

La progresividad implica tanto gradualidad como progreso.⁴⁷ La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de

⁴⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales...*, *supra* nota 14, p. 58.

un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar.⁴⁸ La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes.

Tradicionalmente se ha relacionado al principio de progresividad con el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, dando a entender que los derechos civiles y políticos deben realizarse de una sola vez. Si bien existen normas que son de exigibilidad inmediata y otras que son de exigibilidad progresiva, es importante no cometer dos errores: confundir la exigibilidad con la autoejecutabilidad de la norma; y dar por hecho que las obligaciones inherentes a los derechos civiles y políticos son siempre de exigibilidad inmediata y las de los derechos económicos, sociales y culturales son siempre de exigibilidad progresiva. Habrá casos en que ciertas obligaciones de los primeros serán progresivas y algunas de los segundos podrán ser de cumplimiento inmediato, por ejemplo, la emisión de una ley que garantice el acceso al derecho a la educación y a la salud respetando el derecho a la igualdad y a la no discriminación.⁴⁹

El elemento a resaltar cuando pensamos en el principio de progresividad, es que este principio aplica por igual a derechos civiles y políticos y a derechos económicos, sociales y culturales, porque siempre habrá una base mínima que deba atenderse, pero sobre ella los Estados deberán avanzar en su fortalecimiento. Los derechos humanos codificados en tratados internacionales no son más que un mínimo, su progresión está en manos de los Estados, por lo que las medidas que adopte deben ser "deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones".⁵⁰

Ahora bien, al evaluar jurídicamente una política pública o alguna acción gubernamental queda la pregunta de si el estándar al que están obligados legisladores y ejecutivos es diseñar

⁴⁸ El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados partes se comprometen a "adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

⁴⁹ Cabe aclarar que este principio no se refiere al momento en que surge la responsabilidad del Estado frente al incumplimiento de la obligación, sino que se trata de una perspectiva que observa la forma en que cada derecho es implementado por el Estado. Esta aclaración es pertinente porque tratándose de derechos civiles y políticos, un Estado cae en responsabilidad internacional si el derecho no es inmediatamente efectivizado. En cambio, en el caso de los desc habrá algunas obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad internacional inmediata, mientras que otras no.

⁵⁰ Comité DESC, *Observación general 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, (HRI/GEN/1/Rev.9 Vol. I, 2008, p. 206) 1990, párr. 2.

planes y programas holísticos, de forma tal que se trate de incidir directamente en todos los derechos. La indivisibilidad aparentemente supondría que sí, que cuando se planifica con perspectiva de derechos humanos, lo que se debe hacer no es un plan o política de derechos humanos en particular, sino darle perspectiva de derechos humanos a toda la política pública. Lo cierto es que, como lo sostiene Daniel Whelan, la indivisibilidad es un concepto con grandes posibilidades para desarrollar enfoques teóricos sobre derechos humanos, pero al tiempo que constituye una retórica política poderosa tiene el potencial de convertir el discurso de los derechos humanos en un discurso vacío y banal.⁵¹

Intentar desarrollar una perspectiva de política pública así de amplia puede tener efectos contrarios a los esperados y terminar siendo poco operativa. De hecho, dadas las constricciones económicas y otras de naturaleza práctica, el nivel de implementación de los derechos que logran los países en desarrollo es mínimo y, por tanto, el efecto de la indivisibilidad también es menor.⁵² En este sentido, Víctor Abramovich sostiene que "[l]os diversos marcos conceptuales no abordan todos los derechos, sino que procuran identificar aquellos que son fundamentales para las estrategias de desarrollo o de reducción de la pobreza, por tener realización constitutiva o instrumental con la pobreza."⁵³

En consecuencia, se trata de priorizar algunos derechos en atención a sus posibilidades de realización, a su importancia para un contexto determinado o su vinculación con otros derechos. Esto no quiere decir, sin embargo, que el principio de indivisibilidad pierda sentido, al contrario, es justamente porque los derechos son indivisibles que ante constricciones de naturaleza práctica es posible conjuntar esfuerzos en algunos derechos bajo la idea de que estos generarán una cadena de impactos. Abordar la implementación de los derechos no es una tarea de todo o nada, sino que es posible generar las condiciones que permitan la progresividad de los derechos humanos a partir de un grupo de ellos.⁵⁴

Para priorizar, que no jerarquizar, debe atenderse a la forma en que se seleccionan esos derechos. Atendiendo a los principios de interdependencia e indivisibilidad esta tarea pasa, al menos, por identificar las características y necesidades propias de un determinado lugar, los derechos que podrían generar mayores cadenas de fortalecimiento de derechos, los

⁵¹ Daniel J. Whelan, "Untangling the Indivisibility, Interdependency and Interrelatedness of Human Rights", *Working paper 7*, Estados Unidos, The Human Rights Center, University of Connecticut, 2008, p. 10.

⁵² James W. Nickel, "Rethinking Indivisibility: Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights", *Human Rights Quarterly*, Estados Unidos, Volumen 30, número 4, noviembre de 2008, pp. 984-1001.

⁵³ Víctor Abramovich, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", *Revista de la Cepal*, Chile, número 88, abril de 2006, p. 37.

⁵⁴ Cfr., OACNUDH, *Human Rights and Poverty Reduction. A Conceptual Framework*, Ginebra, 2004.

derechos que son mas fáciles de implementar, aquellos que no siendo tan fáciles de implementar o que resultarán en una implementación débil pero que resultan importantes para comenzar a fortalecer a un grupo de derechos, etc.

De acuerdo con la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante OACNUDH) la sustancia del ejercicio de priorizar está en las bases sobre las cuales se deciden las prioridades y la manera en que los recursos son distribuidos entre los derechos que son seleccionados como prioritarios. En primer lugar, a ningún derecho debe dársele preferencia basado en una idea de mérito intrínseco, dado que todos los derechos tienen igual valor. Sin embargo, las estrategias para asegurar la efectiva protección de los derechos pueden priorizar ciertos tipos de intervención de acuerdo con lo que acontece en la realidad. Por ejemplo darle prioridad a un derecho con niveles especialmente bajos de satisfacción, o a un derecho que podría servir como catalizador para el cumplimiento de otros derechos.

En segundo lugar, dado que la priorizar supone intercambio, es necesario verificar a quién afecta y beneficia determinada elección de derechos. Así, si la preferencia sobre algún derecho ahonda la desigualdad de los grupos más desprotegidos, el proceso de priorizar viola el principio de igualdad y no discriminación y no sería aceptable. En este sentido, toda priorización debe estar suficientemente fundamentada de acuerdo al conjunto de los derechos en una sociedad determinada, la cual también debe tomar en consideración los derechos que en ese momento cuentan con mayores recursos. Dada la prohibición de regresividad, un proceso de intercambio y priorización de derechos, solo puede hacerse a medida que se cuenta con mayores recursos o se verifica suficientemente que el movimiento de los recursos disponibles no significa en una pérdida del nivel de garantía de los derechos antes elegidos.

En tercer lugar, si bien debe reconocerse que las restricciones de recursos afectan negativamente la satisfacción de los derechos, el DIDH ha especificado ciertas obligaciones centrales que es necesario que los Estados garanticen, así estas obligaciones deberán tener prioridad al momento de distribuir los recursos. Así, si bien el Estado debe formular programas para satisfacer el derecho a la alimentación, tiene una obligación inmediata de aliviar el hambre de las personas en pobreza extrema, más allá de la implementación o no de dichos programas. Ello en consideración del segundo aspecto de la obligación de garantizar como se señaló antes.

De acuerdo con ello, la obligación de garantizar es siempre dinámica y procesal. Lo primero porque se busca llegar a la plena realización de los derechos y no solo a impedir interferencias

indebidas del Estado o de particulares, así es abierta y progresiva para adaptarse a las necesidades y avances. Además es procesal porque requiere del Estado la adopción de programas de acción, planes a largo plazo, establecer criterios, y cualquier otro mecanismo para hacer los derechos disponibles, accesibles, aceptables y con calidad.⁵⁵

Por supuesto, el cumplimiento de esta obligación corresponde a los tres poderes en los tres niveles de gobierno, así como a los organismos autónomos. Los poderes judiciales también deberán garantizar derechos, por ejemplo, el acceso a la justicia, pero al mismo tiempo les corresponde verificar la forma en que ejecutivos, legislativos y organismos autónomos despliegan su actividad en torno a esta obligación. Ello no necesariamente implica diseñar la política pública, muy por el contrario, conlleva una evaluación sobre la forma en que se determinaron las prioridades, los programas y el logro de las metas, respecto del conjunto de los derechos humanos.

2. Adjudicación del contenido mínimo esencial

La progresividad nos deja un problema importante que se esbozó en el apartado anterior, nada sencillo de resolver: ¿cuál es la base mínima obligatoria a partir de la cual debe progresar el derecho? La reforma constitucional no da muchas luces al respecto, sin embargo, el Comité de DESC ha ahondado en esta área, por ejemplo, respecto del derecho a la alimentación adecuada ha sostenido que su contenido mínimo esencial comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada, y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos⁵⁶. Estas obligaciones mínimas existen con independencia de los recursos con que cuenten los países. Sin embargo, los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht establecen que dado que la escasez de recursos no libera a los Estados de sus obligaciones mínimas, en caso de no poder cumplirlas a cabalidad deben demostrar que han realizado "todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".⁵⁷

⁵⁵ Olivier De Schutter and Françoise Tulkens, "Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution"... *op. cit.*, nota 36 p. 465.

⁵⁶ Comité DESC, *Observación general 12. El derecho a una alimentación adecuada*, (E/C.12/1999/5), 12 de mayo de 1999, párr. 8.

⁵⁷ Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1986, párr. 25-28 y Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1997, párr. 10. También, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial, Trotta, 2002, p. 90.

Desde la justiciabilidad de los derechos, el estándar del contenido mínimo esencial de los derechos no ha sido del todo bien recibido por todas las cortes nacionales. El ejemplo más claro es el de la Corte Constitucional de Sudáfrica que no solo critica dicho enfoque sino que desarrolla la llamada revisión de razonabilidad de los derechos positivos. Respecto del contenido mínimo dicho Tribunal identificó primero la dificultad de definir el "mínimo básico", dado que la situación de cada grupo es diferente, como también lo son sus necesidades sociales. Siguiendo a Sandra Liebenberg, en segundo lugar "señaló que la imposición de un mínimo básico impone obligaciones poco realistas al Estado, ya que es imposible dar acceso a todos, ni siquiera a un servicio básico, de manera inmediata". Por último, el Tribunal Constitucional sostuvo que el mínimo básico era incompatible con las competencias institucionales y el papel de los tribunales⁵⁸ pues implicaría decidir cuál es la política más apropiada. Por último, la Corte opta por dejar en los poderes legislativo y ejecutivo un margen de discrecionalidad más o menos amplio a partir del cual pueda analizar si la política desarrollada es o no razonable, atendiendo a las circunstancias particulares del lugar y de la población.⁵⁹

La pregunta principal que responde el tribunal sudafricano es "si es razonable suponer que las medidas elegidas son capaces de permitir la satisfacción de los derechos en cuestión". Así, la Corte evalúa la capacidad de inclusión de la medida y su impacto en el corto, mediano y largo plazo. En este sentido, señala Sandra Liebenberg, "la razonabilidad no se evalúa simplemente por el avance estadístico en facilitar el acceso a los diferentes derechos socioeconómicos, sino también por intereses relativos a la dignidad del grupo afectado, especialmente por el impacto de la denegación de derechos específicos a los demandantes".⁶⁰ En el caso *Grootboom* el Tribunal Constitucional sostuvo:

La razonabilidad debe ser entendida también en el contexto global de la Declaración de Derechos. El derecho a tener acceso a una vivienda adecuada está firmemente arraigado, porque valoramos a los seres humanos y deseamos garantizarles sus necesidades humanas básicas. Una sociedad debe tratar de garantizar que las necesidades vitales básicas de todos sus integrantes estén satisfechas para poder ser una sociedad basada en la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Para ser razonables, las medidas no pueden dejar de lado el grado y el alcance de la denegación del derecho que pretenden hacer realidad. Aquellos cuyas

⁵⁸ Sandra Liebenberg, "Adjudicación de derechos sociales en la Constitución de transformación social de Sudáfrica", *Anuario de Derechos Humanos 2006*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2006, p. 55.

⁵⁹ Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *The Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*. 4 de octubre de 2000.

⁶⁰ Sandra Liebenberg, "Adjudicación de derechos sociales...", *op. cit.* nota 59, p. 56.

necesidades son más urgentes y que, en consecuencia, corren mayor peligro de no llegar a gozar de todos los derechos, no deben ser ignorados por las medidas propuestas para alcanzar la realización del derecho... Si las medidas, aunque sean exitosas en términos estadísticos, no logran responder a las necesidades de quienes están más desesperados, no podrán pasar la prueba.⁶¹

La revisión de razonabilidad establece un estándar que puede considerarse menor al impuesto por el Comité de DESC sobre los contenidos mínimos esenciales; sin embargo, la Corte Constitucional de Sudáfrica cuida dos aspectos fundamentales. El primero relativo a asegurar un margen mínimo de cumplimiento para las poblaciones más necesitadas pero sin definir exactamente en qué consiste, de forma abstracta, ese mínimo. En segundo lugar, este Tribunal prefiere mantener una posición de no confrontación con los otros poderes, por ello no designa la política social apropiada, sino sólo analiza la que discrecionalmente fue adoptada por los órganos encargados de ello.

Sin embargo, este enfoque a partir de la razonabilidad de la política atendiendo a un lugar y tiempo determinado, no es tan lejano de las explicaciones que respecto del contenido mínimo esencial da, por ejemplo, Sandra Fredman, al defender la aproximación del Comité DESC sobre la de la Corte de Sudáfrica. Explica Fredman que los contenidos mínimos esenciales son una cláusula de optimización de los derechos, esto es, que el Estado no está obligado a hacer más de lo que sus recursos le permitan, pero debe ser capaz de mostrar y explicar que no pudo hacer más de lo que hizo dados esos recursos. Es decir, de nueva cuenta se trata de verificar el funcionamiento de lo satisfecho y su progresión. Así, el contenido esencial se referiría no a un núcleo mínimo indisponible sino a la obligación de hacer todo lo posible por optimizar el derecho a la supervivencia de los más desaventajados en la sociedad, porque habría muy poco que puede ser más prioritario que garantizar este derecho.

En términos prácticos no habría una distinción muy clara entre ambas aproximaciones, aunque probablemente sea más fácil de atender la explicada por Sandra Fredman a partir del Comité DESC. Cabe señalar, sin embargo, que varias de las obligaciones generales de dicho Comité van más en el sentido de establecer un núcleo esencial indisponible de los derechos que lo Estados no podrían alegar no haber cumplido por no tener los recursos suficientes.⁶² La diferencia con las dos argumentaciones expuestas anteriormente es que esta última no da margen al Estado para explicar cómo fue que distribuyó recursos y priorizó derechos e

⁶¹ Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00..., *supra* nota 60, párr. 44.

⁶² Sandra Fredman, *Human Rights Transformed*..., *op. cit.* nota 59, pp. 84-87.

interviene de forma más directa en la política pública, mientras que las otras dos sí sancionan pero analizan el proceso de generación de la política y a distribución de los recursos disponibles de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación de aquellos sectores más subordinados. La intervención en la política pública, en este último caso, se da a partir de un criterio de optimización o de razonabilidad, pero no en cuanto a su materialización.

3. Universalidad: un principio para la igualdad

El principio de universalidad es muy amplio y tiene diversas implicaciones para la teoría y la práctica de los derechos humanos. Ya en otro lugar se han desarrollado algunas de ellas,⁶³ por lo que ahora conviene hacer énfasis en aquello que dejamos pendiente respecto de la progresividad y el contenido mínimo esencial: los grupos en situación de subordinación o desventaja. La universalidad de los derechos humanos no implica una práctica totalizadora que neutralice las diferencias y excluya las distintas ideas sobre la vida digna. Por el contrario, el principio de universalidad conlleva un proceso de contaminación, nutrición y renovación de los derechos humanos producto de su propia expansión a diferentes culturas, ideas y manifestaciones de la opresión. La idea contemporánea de los derechos humanos no puede concebirse a partir de una única interpretación,⁶⁴ sino que recibe, asimila y regenera la experiencia particular para incorporarla al acervo universal, al tiempo que particulariza lo universal para ser útil en lo local.

El uso no diferenciado de los derechos humanos invisibiliza las diferencias de las personas y sus contextos, lo que resulta en una práctica excluyente contraria a la propia idea de universalidad. Por ello, este principio debe ser comprendido y usado desde la experiencia concreta de las personas de conformidad con un tiempo y espacio determinado, de tal forma que se promueva la inclusión desde la propia realidad y no sirva como mecanismo de imposición ideológica⁶⁵. La universalidad de los derechos humanos, por tanto, está estrechamente vinculada al principio de igualdad y no discriminación que transversaliza a todo el *corpus juris* pero en una escala distinta. Así, Ferrajoli sostiene que "universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa", en tanto la igualdad jurídica no es más que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales,

⁶³ Serrano Sandra y Vázquez Daniel, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", *op. cit.* nota 3.

⁶⁴ Upendra Baxi, "Voices of Suffering and the Future of Human Rights", *Transnational Law and Contemporary Problems*, Estados Unidos Vol. 8, 1998, pp. 125-169.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 133-135.

"independientemente por el hecho, y al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos".⁶⁶

Entonces, más que ahondar en lo que hace iguales a los seres humanos, la práctica del principio de universalidad debe interesarse por lo que los hace diferentes. Así como desde la antropología, la sociología y otras disciplinas se sostiene el origen histórico de los derechos humanos más allá del concepto abstracto de ser humano y de lo que es bueno para él, la universalidad de los derechos humanos debe desprenderse de cualquier esencialismo sobre el ser humano para reconocerlo a partir de su experiencia y su contexto. Es la opresión que existe en la realidad de las prisiones, de los barrios pobres o de las rutas de los migrantes la que constituye la verdadera esencia de los derechos humanos. En última instancia, la moralidad básica de los derechos ha sido y es construida a partir del sufrimiento humano, de las luchas de las personas por reivindicar aquello que consideran que con justicia merecen.⁶⁷ Los derechos humanos no son más que estas aspiraciones socialmente construidas⁶⁸ (podemos llamarles pretensiones o expectativas) de lo que se considera indispensable para que el ser humano llegue a ser lo que cree debe ser.⁶⁹

Podría considerarse que la contextualización y la aparición de ciertos derechos especiales dirigidos a grupos en situación de vulnerabilidad ponen en duda la universalidad de los derechos humanos, pero no es así. El reconocimiento de necesidades específicas para estos grupos en condiciones (incluso a veces estructurales) de desventaja sólo tiene como objetivo que dichos grupos puedan gozar del ejercicio pleno de sus derechos.

⁶⁶ Luigi Ferrajoli, "El principio de igualdad y la diferencia de género", en Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Fontamara-SCJN, 2010, pp. 13-14.

⁶⁷ Véase, Nyamu-Musembi, Celestine, *Hacia una perspectiva de los derechos humanos orientada a los actores*, en Caber, Naila (ed.), *Ciudadanía incluyente: significados y expresiones*, México, PUEG-UNAM, 2005, pp. 37-56, y Stammers, Neil, *La aparición de los derechos humanos en el Norte: hacia una revaloración histórica*, en Caber, Naila (ed.), *Ciudadanía incluyente: significados y expresiones*, México, PUEG-UNAM, 2005, pp. 57-64.

⁶⁸ En este sentido, Jack Donnelly sostiene que "[h]uman nature is a social project more than a presocial given. Just as an individual's 'nature' or 'character' arises from the interaction of natural endowment, social and environmental influences, individual action, human beings create their 'essential' nature through social action on themselves. Human rights provide both a substantive model for and a set of practices to realize this work of self-creation. [...] Human rights are less about the way people 'are' than about what they might become. They are about *moral* rather than natural or juridical persons". Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Segunda Edición, Estados Unidos, Cornell University, 1993, p. 15.

⁶⁹ Upendra Baxi advierte del peligro que representa no ya la imposición de derechos, sino de la idea misma de autodeterminación. La noción esencialista de la universalidad lleva consigo una identidad que pretende totalizar, en cambio, la verdadera autodeterminación que implican los derechos humanos parte del reconocimiento de múltiples identidades. En este sentido sostiene que "[t]he evolution of the right to self-determination of states and people signifies no more than the power of hegemonic or dominant states to determine the 'self' which then has the right to 'self-determination'. In sum, the right is only a right to access a 'self' pre-determined by the play of hegemonic global powers". Upendra Baxi, *op. cit.* nota 65. p143.

El funcionamiento del DIDH nos da un par de claves para aterrizar el principio de universalidad: la centralidad del sujeto de derechos en su contexto y la reinterpretación de los derechos a partir de las necesidades locales. Lo que ha interesado, por ejemplo, a la Corte IDH para decidir los casos contenciosos pasa por el conocimiento de las personas o grupos involucrados, de la situación en la que se encontraban y de las necesidades expresadas en su reivindicación de derechos. Así, la interpretación de los derechos humanos contenidos en la CADH y otros instrumentos interamericanos no se realiza en el vacío, sino que es un producto dialógico resultante de dimensionar los derechos y las obligaciones a la luz de las condiciones y contexto de las víctimas. Los derechos humanos responden y se adecúan a las demandas y no al contrario.

De acuerdo con lo anterior, la universalidad, desde un punto de vista práctico, debe permitir la ampliación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por esos derechos. Los criterios de interpretación y aplicación deben responder a este principio general que pretende cubrir a la mayor cantidad de titulares de derechos bajo su protección. Lo anterior implica que debe mirarse tanto a quienes directamente se busca proteger como a las demás personas, especialmente a las más desprotegidas. En este sentido, el principio de universalidad de los derechos humanos debe servir como un marco conceptual de inclusión de culturas y de los más desventajados.

4. No regresividad

De manera complementaria al principio de progresividad, la prohibición de regresividad indica que una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá, salvo en ciertas circunstancias, disminuir el nivel alcanzado.⁷⁰ Este principio debe observarse en las leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y, en general, en toda conducta estatal que afecte derechos. Se trata de un análisis sustantivo sobre las decisiones estatales, es decir, que los contenidos asignados a su actividad no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho. Se trata de evaluar a quién beneficia la medida, a quién perjudica, en qué medida cumple el derecho y, en su caso, cómo lo amplía. De disminuir su alcance en alguna forma, estaremos frente a una regresión prohibida.

⁷⁰ De acuerdo con Abramovich y Courtis, "el Estado solo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance, teniendo en cuenta *la totalidad de los derechos previstos en el Pacto* [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], y b) *que ha empleado todos los recursos de que dispone*, y que aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, *op. cit.* nota 58, pp. 109-110.

La no regresividad y el principio de progresividad están directamente relacionados con el estándar del máximo uso de recursos disponibles, por lo que si bien el texto constitucional no lo menciona explícitamente, debe entenderse comprendido como parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La progresividad pasa también por una revisión de que efectivamente se haga uso del máximo de los recursos disponibles. Este uso máximo deberá atender también a las necesidades concretas del lugar y de la población y comprende no sólo a los recursos económicos sino también a los recursos tecnológicos, institucionales y humanos. Uno de los problemas implicados con este principio tiene que ver con la elección del derecho al que se asignará el recurso y la proporción que la realización de cada derecho debe ocupar del gasto público. Dado que el Estado tiene obligaciones de inmediato cumplimiento, como los niveles esenciales mínimos de cada derecho, el presupuesto debe garantizar, en primer lugar, estos deberes. Respecto del restante, los recursos deben asignarse de conformidad con los planes desarrollados para atender el aseguramiento progresivo de todos los derechos.

Ahora bien, la jurisprudencia comparada nos presenta el caso colombiano, donde la Corte Constitucional ha desarrollado un acervo importante de discusión en torno a este principio, a partir de dos posiciones radicales, una que implica que toda regresión es violatoria y otra que no ve en la regresión necesariamente un problema. La posición adoptada ahora busca más bien un equilibrio entre ambas posiciones, pues habrá situaciones en que deba darse una regresión debido a situaciones fuera del control del Estado. Sin embargo, como en el caso del contenido mínimo esencial, de nueva cuenta habrá que verificar la razonabilidad de la medida en relación con el conjunto de derechos y la situación que se pretende remediar. Así, la Corte de Colombia ha desarrollado criterios novedosos como las "expectativas legítimas" para salvaguardar los derechos de los trabajadores a la luz de reformas laborales. En todo caso, será necesario que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana también se mueva en estos y otros aspectos para desarrollar parámetros creativos que permitan salvaguardar los derechos de las personas

IV. Conclusiones

El mecanismo diseñado en la Constitución mexicana para la salvaguarda de los derechos humanos a partir de sus principios y obligaciones no es inmediatamente fácil de comprender y utilizar, la interpretación de los derechos en distintos niveles y considerando diversos aspectos dificulta la tarea de los intérpretes y de cualquiera que se acerque a los derechos. Sin embargo, se trata de una aproximación que busca mirar a los derechos humanos como el

centro de toda política y acción estatal, por ello, debe atenderse con sumo cuidado el tercer párrafo del artículo primero constitucional para aprovechar todas sus posibilidades.

Se trata de un mecanismo que pone a los derechos en acción, es decir, no se trata de contemplarlos y desprender sus contenidos a partir de ellos mismos, sino que interactúan con principios y obligaciones que dan las pautas sobre su funcionamiento, contenido y alcance. Las obligaciones y los principios establecidos en el artículo 1o. constitucional son un sistema de interpretación y un parámetro a cumplir. Un sistema de interpretación en tanto obligan al jurista y a toda autoridad a entender a los derechos en sus relaciones y en distintos planos, al menos cuatro si atendemos a las obligaciones generales. Un parámetro a cumplir porque las obligaciones y los principios marcan los caminos a seguir para dar vida a los derechos.

Los derechos humanos contemporáneos están lejos de poder comprendidos bajo la clásica categoría de derecho subjetivo. Si bien se exigen prestaciones del Estado, más bien se trata de la exigencia de conductas en distintos planos, en las que intervienen distintas autoridades e, incluso, los particulares. Las relaciones unidireccionales de los derechos los privan de su impacto en el actuar cotidiano de las autoridades en la medida que se les ven como ya realizados y estáticos. En cambio, las relaciones multidireccionales planteadas por las obligaciones y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, nos hablan de derechos dinámicos, en constante cambios, que exigen conductas diversas de las autoridades y, por tanto, en acción.

En este sentido, los principios y las obligaciones cumplen la promesa de la constante creación de los derechos humanos, pues aún después de alcanzados los mínimos y los estándares exigibles, siempre permanecerán como una promesa a futuro. En este sentido los derechos humanos siempre serán los derechos por venir.

Criterios jurisprudenciales

1. Internacionales

- Corte IDH *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 21.
- Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie c, No. 4.
- Corte IDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.
- Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte IDH, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 289.
- Corte IDH, *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Comité de Derechos Humanos, *Observación General núm. 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13)*, 29 de marzo de 2004.
- Comité de DESC, *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, (E/C.12/2000/4), 2000.
- Comité DESC, *Observación general 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, (HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)), 1990.
- Comité de DESC, *Observación general 12. El derecho a una alimentación adecuada*, (E/C.12/1999/5), 12 de mayo de 1999.

Artículo 1o., tercer párrafo.
Prevenir, investigar,
sancionar y reparar como
deberes del Estado frente
a las violaciones de
derechos humanos

Manuel BECERRA RAMÍREZ*

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; Director del Anuario Mexicano de Derecho Internacional.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Prevenir*. III. *Investigar*. IV. *Sancionar*. V. *Reparar*.

PALABRAS CLAVE: Prevenir; Investigar; Sancionar; Reparar; Proteger; Obligaciones del Estado; Violaciones a los derechos humanos.

I. Introducción

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución"), en su artículo 1o. establece en la última parte del tercer párrafo: "En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley". De lo cual se desprende que la Constitución faculta al Congreso de la Unión para legislar en la materia de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos.

II. Prevenir

Son las acciones u omisiones a que está obligado el Estado (por la vía de sus tres poderes tradicionales: Ejecutivo, Legislativo y Judicial) con miras a no violar una obligación internacional en materia de derechos humanos. Dicha obligación se deriva su vez, de la obligación que tiene el Estado de cumplir, de buena fe, con los tratados internacionales (*pacta sunt servanda*). Esta obligación también incluye a las normas de origen consuetudinario.

En efecto, tanto en el derecho internacional convencional como consuetudinario hay obligación de cumplir, de buena fe, con los tratados internacionales. Esta obligación está contenida

en el principio *pacta sunt servanda*¹ previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año de 1969,² concretamente en sus artículos 26,³ 27,⁴ 31.⁵ y encuentra su correspondiente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) en sus artículos 1,⁶ 27 y 29⁸ y en el principio *pro homine* que tiene naturaleza consuetudinaria. Así, de ese principio también se desprende la obligación que contrae el Estado parte de un tratado internacional de prevenir las violaciones a los derechos humanos.

La obligación de prevención implica omisiones y acciones. En el caso de las omisiones, hay que hacer ver que la obligación de prevención la encontramos aun antes de la entrada en vigor de un tratado internacional, con la sola firma de los Estados. En efecto, de acuerdo con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el artículo 18 se establece la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado internacional.⁹ Aunque no es muy claro

¹ Este principio ha sido reiterado por la jurisprudencia y un amplio número de normas internacionales de origen tanto convencional como consuetudinario, empezando por la Carta de Naciones Unidas que en su preámbulo obliga a los Estados miembros "a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional" y en el artículo 2.2 reconoce expresamente la obligación de cumplir con las obligaciones derivadas de la Carta de buena fe. También la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de Naciones Unidas de 1979 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tanto en la versión de 1969 como en la de 1986 (que todavía no entra en vigor).

² AGNU, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Resolución U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 de mayo de 1969.

³ 26. "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁴ 27. **El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁵ 31. **Regla general de interpretación.** I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁶ **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

⁷ **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁸ **Artículo 29. Normas de Interpretación.** Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁹ 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha

que consecuencias hay para el Estado que no siendo todavía parte del tratado, frustra el objeto y fin del tratado. Esta una manifestación de la obligación de prevenir.

Por lo que toca a la obligación de hacer, de carácter preventivo, se manifiesta en la obligación de legislar, de dictar sentencias de conformidad con el tratado y de preferir la aplicación de las normas derivadas de los tratados frente a las normas de derecho interno. Por ejemplo, esta obligación se encuentra en la CADH que en su artículo 2 establece:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Esta obligación de legislar como medida preventiva de la violación de un tratado también está reconocida por la jurisprudencia internacional, como se puede ver:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que esta obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.¹⁰

Esta obligación de legislar para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por un tratado ha sido calificada por la jurisprudencia como un "principio evidente".¹¹

canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o; b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.

¹⁰ Corte IDH. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A, No. 13, párrafo 26.

¹¹ Al respecto, la jurisprudencia interamericana ha establecido que: "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos, debe de introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (príncipe allant de soi; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, CPJ, série B, No. 10, p. 20)".

Así como los poderes Legislativo y Judicial tienen la obligación de prevenir, también la tiene el ejecutivo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte") en el *Caso Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos* estableció que al detenerse a una persona, las autoridades tienen la obligación salvaguardar los derechos del detenido (por ejemplo no permitir la tortura ni el asesinato), y esto es parte de sus obligaciones de prevenir.¹² Además, la obligación de prevenir, puede tener un doble carácter pues puede implicar, al mismo tiempo, la obligación de investigar, como bien se desprende de la jurisprudencia internacional:

144. Para que una investigación pueda ser efectiva, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado para desarrollar la investigación, lo cual implica regular como delito autónomo en sus legislaciones internas la desaparición forzada de personas, puesto que la persecución penal es un instrumento adecuado para prevenir futuras violaciones de derechos humanos.¹³

Por otra parte, cuando el artículo 2 de la Convención Americana habla de "medidas de otro carácter" la doctrina entiende que son las sentencias que los jueces dicten pues ellos también como órgano de Estado tienen obligación de cumplir con los tratados internacionales.¹⁴

III. Investigar

Es la obligación que tiene el Estado de proveer a las víctimas que han sufrido la violación de sus derechos humanos, de un proceso o procesos de investigación diligente, efectivo dentro del debido proceso. La obligación de investigar los hechos que dieron motivo a la violación

(Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68. Este criterio ha sido reiterado por la Corte IDH en el *Caso Zambrano y otros vs Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 55; y *Caso Durand y Ugarte vs Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 136).

¹² Corte IDH, *Caso Rosendo Radilla vs Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No 209, párr. 153: "En ese sentido, para la Corte es evidente que las autoridades militares que detuvieron al señor Radilla Pacheco eran responsables por la salvaguarda de sus derechos. El Tribunal ha establecido que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de la persona en el caso concreto..."

¹³ *Ibidem*, párr. 144.

¹⁴ Como razona, el jurista argentino Bidart Campos: "Quiere decir que, si acaso las medidas legislativas no se adoptan ¿para qué están los tribunales judiciales? Para adoptar 'medidas de otro carácter', que son sentencias (...) porque los jueces-en cuanto operadores-tienen la obligación de dar aplicación y eficacia a los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos" (Bidart Campos, *Constitución y derechos humanos. Su reciprocidad simétrica*. Buenos Aires, editorial Ediar, 1991, p. 90).

de normas de los derechos humanos, se deriva de la CADH y debe de cumplirse "siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana".¹⁵ La investigación que el Estado debe de realizar debe cumplir con ciertos estándares que la misma Corte IDH ha venido estableciendo en su jurisprudencia.

En principio una definición clara que hace la Corte IDH, en el caso Radilla, es que la obligación de investigar, aun cuando es de medio no de resultado, debe de encaminarse a un fin:

192. Si bien la Corte ha establecido que el deber de investigar es uno de medio, no de resultado, ello no significa, sin embargo, que la investigación pueda ser emprendida como "una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa". Al respecto, el Tribunal ha establecido que "cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de los hechos".¹⁶

De la cita trascrita, se debe de subrayar que precisamente, la efectividad se logra si se alcanza la finalidad específica: "la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de los hechos". El grado de determinación de las características de la investigación llega, inclusive a establecer el tiempo. La Corte IDH establece que la investigación se debe de realizar en un "plazo razonable". Ahora bien, no hay una determinación de lo que es plazo razonable, sin embargo, la Corte, en el citado caso Radilla, da varios elementos para determinar la razonabilidad del plazo:

244. El artículo 8.1 de la Convención Americana establece, como uno de los elementos del debido proceso, que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable. Al respecto, la Corte ha considerado preciso tomar en cuenta varios elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y,

¹⁵ Textualmente la Corte IDH dice: "178. La Corte Interamericana ya ha establecido que la obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana, y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana". (Corte IDH, *Caso Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos...*, *supra* nota 12)

¹⁶ *Ibidem*, párr 192.

d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. No obstante, la pertinencia de aplicar esos criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias particulares, pues en casos como el presente el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable. En todo caso, corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable. Si no lo demuestra, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto.¹⁷

La exigencia de recurso efectivo rechaza formalismos inútiles y simulación del Estado, por ejemplo en una investigación penal un recurso efectivo

...debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, y debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.¹⁸

IV. Sancionar

Es la obligación que tienen los Estados de procesar y en su caso sancionar a los responsables de una violación de derechos humanos; es decir, aplicar la consecuencia jurídico-normativa de la violación de una norma de derechos humanos. Esta obligación de sancionar deriva de la CADH y debe ser aplicada por la autoridad competente, siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la misma. Además, la Corte-IDH la ha reconocido en varias de sus resoluciones.¹⁹

Al respecto, la misma Corte-IDH estableció, en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* lo siguiente:

178. La Corte Interamericana ya ha establecido que la obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de los derechos humanos es un compromiso que emana de

¹⁷ *Ibidem*, párr. 244

¹⁸ *Ibidem*, párr. 233.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Huila Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 106.

la Convención Americana, y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.²⁰

V. Reparar

En el sistema de derecho internacional, el incumplimiento de la normatividad está acompañado de una consecuencia concreta que es precisamente la responsabilidad internacional que se encuentra en gran medida en el derecho consuetudinario internacional. En el marco de la CADH, la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano o agente de éste independientemente de su jerarquía, que violen derechos protegidos por la CADH.²¹ Por su parte, el artículo 2 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU determina que: "Hay hechos internacionalmente ilícitos de un Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: es atribuible al Estado según el Derecho Internacional y constituye una violación de una obligación internacional del Estado".²² De acuerdo con la doctrina, de esta definición se desprenden dos elementos: el elemento subjetivo, que se refiere a que el comportamiento, acción u omisión, sea atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y el elemento objetivo, que se refiere a que la acción del Estado constituya una violación de una obligación internacional del Estado.²³

Entonces, la responsabilidad internacional del Estado se produce por actos u omisiones de sus poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Es común que la responsabilidad del Estado surja por actos u omisiones del poder Ejecutivo, pues es el órgano encargado de su representación a nivel internacional, así los actos de los titulares del Poder Ejecutivo, en contravención de una norma internacional, responsabilizan al Estado aun cuando no exista autorización o bien

²⁰ Corte IDH. *Caso Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos*. . . , *supra* nota 12, párr. 178.

²¹ Sobre el tema de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos se recomiendan los siguientes trabajos: Feria Tinta, Mónica, "La responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano de protección de derechos humanos a veinticinco años del funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: las lecciones del caso *Hermanos Gómez Paquitaui*", en Becerra Ramírez, Manuel, coordinador, *La Corte Interamericana de derechos humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007, pp. 63-113; Rodríguez, H. Gabriela, "Normas de responsabilidad internacional de los Estados", en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, Guevara B. José Antonio, Compiladores, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, American University, México, Distribuidora Fontamara, 2004, pp. 79-117; Aguiar Asdrúbal, *Derechos humanos y Responsabilidad Internacional del Estado*, Caracas Venezuela, Monte Ávila Editores Latinoamericana Universidad Católica Andrés Bello, 1997, 331.

²² AGNU, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 53o. Período de sesiones (23 de abril a 1o. de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001) Documentos oficiales 56o. Período de sesiones, suplemento no. 10 (A/56/10), pp. 22 y 49.

²³ Véase: Ávalos Vázquez Roxana, *Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito*, Breviarios Jurídicos, México, Editorial Porrúa, 2007, p. 6.

se realicen en exceso de sus facultades (*ultra vires*). Los actos del Poder Legislativo que traen aparejado una responsabilidad internacional se produce ya sea por la promulgación de una legislación contraria a las obligaciones internacionales o bien por una omisión, por la falta de una legislación necesaria para cumplir con un compromiso internacional.

Los actos del Poder Judicial también pueden dar motivos a responsabilidad internacional cuando se produzca la denegación de justicia. Debe existir un nexo causal entre las reparaciones y los hechos del caso.

Ahora bien, la reparación que exige el derecho internacional por la responsabilidad en que incurrir los Estados puede tener la forma de una adecuada reparación material o moral.²⁴ Estamos hablando de: a) restitución que a su vez toma las formas de: restablecer la situación que hubiera existido de no haber ocurrido el acto u omisión ilícitos mediante el cumplimiento de la obligación que el Estado dejó de cumplir, y la revocación del acto ilícito; b) indemnización, que procede cuando es imposible la restitución entonces se procede al cálculo económico del daño causado, incluyendo los perjuicios, para cubrirlos con dinero; c) satisfacción que procede cuando se trata de daños meramente morales, y en este caso la satisfacción toma las formas de expresión de pesar, excusas, declaración judicial de que es ilegal el acto motivo de la responsabilidad.²⁵ Por supuesto que en la práctica, las cortes pueden decidir por uno o varias o todos los tipos de reparación según sea el caso que se presente. La Corte IDH, a lo largo de su historia ha construido un sistema de reparaciones singular y completo. Su punto de referencia es el artículo 63.1 de la CADH que establece:

Artículo 63.1 Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Por ejemplo, en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* podemos encontrar que la Corte IDH decidió una serie de medidas de reparación contra el Estado mexicano. Así las reparaciones tienen que ver con: la obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y,

²⁴ La Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, en su párrafo 327 textualmente dice: "Es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente".

²⁵ Tomado de Becerra Ramírez Manuel, *Derecho Internacional Público*, México, UNAM-McGraw-Hill, 1997, pp. 104-109.

en su caso, sancionar a los responsables; medidas de satisfacción y garantía de no repetición, entre ellas reformas a disposiciones legales; capacitación a operadores de justicia y educación en derechos humanos, publicación de las partes pertinentes de la sentencia; realizar acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, atención psicológica a los familiares del señor Radilla Pacheco; el pago de indemnización, compensaciones, costas y gastos. En general, una reparación integral que tiene que ver con la restitución, indemnización y satisfacción.

Criterios jurisprudenciales

- Corte IDH. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A, No. 13.
- Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39.
- Corte IDH. *Caso Zambrano y otros vs Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
- Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.
- Corte IDH, *Caso Rosendo Radilla vs Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso Huila Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

La reparación integral
en la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de
Derechos Humanos:
estándares aplicables al
nuevo paradigma mexicano*

Jorge F. CALDERÓN GAMBOA**

* Advertencia de las Citas: Dado que la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia incluye la mayoría de las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana, para efectos didácticos solamente se citarán algunas de las decisiones que ejemplifiquen el estándar desarrollado (dos o tres). Por tanto, se presentan dos supuestos. Cuando se tiene una cita textual, la cita de la sentencia será completa (con todas sus características), mientras que cuando se haga referencia a otros casos que ejemplifiquen el mismo supuesto, la cita mencionará el nombre del caso y, de ser pertinente, el párrafo que corresponda. Asimismo, la mayoría de las sentencias citadas en el presente documento corresponden a sentencias de reparación de la Corte IDH, por lo que sólo en caso contrario será especificado el órgano que emite el fallo o la sentencia que corresponda.

** Abogado Coordinador *Senior* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor en Derechos Humanos de la Universidad de Costa Rica; Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México; Maestría (LL.M.) en *International Legal Studies*, American University, Washington College of Law; Ex funcionario de la CDHDF. Agradezco la valiosa colaboración de Carolina Hernández y Natalia Suárez en la investigación de diversos de los estándares recogidos en este trabajo. Las opiniones aquí expresadas son exclusividad del autor y no representan la opinión de la Corte IDH ni de su Secretaría.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nuevo paradigma mexicano en derechos humanos y reparaciones*. III. *Antecedentes Fundamentales de la Reparación Integral*. IV. *Criterios de reparación integral*. V. *Medias de reparación integral*. VI. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Reparación integral; criterios de reparación integral; medidas de reparación integral; doble dimensión; víctimas; daños; daño inmaterial; daño material; medidas de *reparación integral*; restitución; rehabilitación; satisfacción; garantías de no repetición; medida de derecho interno; deber de investigar; indemnizar; costas y gastos; nexo causal.

I. Introducción¹

1. Relevancia del tema integral y comparación con otros tribunales

La temática de reparaciones constituye en gran medida la cristalización y materialización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) en casos concretos y, en la mayoría de los casos con implicaciones generales para subsanar una violación a derechos humanos en la región. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") en materia de reparaciones representa su sello distintivo respecto de otros tribunales nacionales e internacionales, a partir del cual el SIDH ha logrado influir de manera activa en los diferentes procesos en derechos humanos del continente.

El concepto de *Reparación integral* derivado del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana")² abarca la

¹ Parte de este trabajo ha sido publicado en: Calderón Gamboa, Jorge, "La evolución de la 'reparación integral' en la jurisprudencia de la Corte IDH", *Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2013. (En prensa)

² El artículo 63.1 de la CADH dispone que "cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad

acreditación de daños en la esfera materia e inmaterial,³ y el otorgamiento de medidas tales como: a) la *investigación* de los hechos; b) la *restitución* de derechos, bienes y libertades; c) la *rehabilitación* física, psicológica o social; d) la *satisfacción*, mediante actos en beneficio de las víctimas; e) las *garantías de no repetición* de las violaciones, y f) la *indemnización compensatoria* por daño material e inmaterial.

A través de esta facultad, la Corte IDH ha ordenado medidas emblemáticas para muchos países de la región, las cuales han colaborado en la consolidación del Estado de derecho y la vigencia de los derechos humanos. Dichas medidas en su dimensión individual han beneficiado a miles de personas en la región (a través de otorgamiento de becas educativas, atención médica y psicológica, actos de conmemoración, búsqueda de desaparecidos, y compensaciones económicas). En su dimensión colectiva la Corte IDH ha ordenado tales medidas con impacto social a la mayoría de Estados parte de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) (por ejemplo, reformas legislativas, campañas de concientización social, implementación de programas sociales a grupos en vulnerabilidad, cambios legislativos, sanción a responsables de violaciones a derechos humanos, etc.). Seguido a ello, la Corte IDH tiene la facultad de supervisar el cumplimiento por parte del Estado de estas medidas y monitorear su debida implementación. La jurisprudencia de la Corte Interamericana al respecto, constituye uno de los avances más importantes en el desarrollo internacional de la *reparación integral*.

A la fecha la Corte IDH ha emitido más de 155 sentencias de reparaciones con destino a 22 Estados miembros de la OEA. Si bien el cumplimiento y debida implementación de las reparaciones de la Corte IDH aún representa un desafío, cada vez se incrementa el efectivo cumplimiento por parte de los Estados, a través de la incorporación de diferentes mecanismos de implementación doméstica, alcanzando cambios sustanciales en sus sociedades, por lo que comprender y fortalecer este proceso beneficia a todo el SIDH y los procesos democráticos en la región.

Especialmente hoy en día en México se presenta un nuevo paradigma y contexto en materia de derechos humanos, control de convencionalidad y reparación de víctimas, que representa un desafío histórico a nivel institucional y en respuesta a los derechos de las víctimas

conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

³ La Corte IDH reconoce daños inmateriales tales como los daños psicológicos, morales, al proyecto de vida, colectivos y daños materiales como el daño emergente, perjuicio y patrimonio familia.

de violaciones a derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte IDH en la materia será clave primordial para la debida aplicación de una reparación integral.

II. Nuevo paradigma mexicano en derechos humanos y reparaciones

En el contexto mexicano, el 6 de junio de 2011, se publicó la denominada reforma constitucional en materia de derechos humanos (en adelante RCDH). Dicha reforma reconoce los derechos humanos recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como garantiza su interpretación a la luz de dichos instrumentos y favoreciendo la mayor protección a la persona. Además, establece que las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos. Asimismo, dispone que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley, entre otras importantes modificaciones. Por su parte, mediante decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") en el expediente "varios" 912/2010 de 14 de julio de 2011, dispuso, entre otros, que las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias y su jurisprudencia orientadora a nivel interno. Todos los jueces mexicanos deben ejercer un control difuso de constitucionalidad *ex officio*.

En vista del escenario que México presenta en materia de derechos humanos, resulta de mayor relevancia los estándares de *reparación integral* de la Corte IDH, tanto en aplicación del control de convencionalidad, como en la implementación de la Ley de Reparaciones, dispuesta por el artículo 1o. constitucional,⁴ así como por la efectiva implementación de los fallos de la Corte IDH.

Frente a este escenario, se han elaborado diversas iniciativas que desarrollan el concepto de reparación del daño en la legislación mexicana, a través de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y los proyectos de Ley de Víctimas, Ley de Reparaciones y Ley de Amparo. Finalmente, el 9 de enero de 2013 fue promulgada la *Ley General de Víctimas* la cual

⁴ Artículo 1. [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio del 2011) Transitorio Segundo. La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.

reglamenta el tercer párrafo del artículo Primero, artículo 17o., y el artículo 20o. apartado C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución"). De acuerdo con el artículo 1o. de esta Ley, "obliga a las autoridades de los tres ámbitos de gobierno, y de los tres Poderes Constitucionales, así como a cualquier oficina, dependencias, organismo o institución pública o privada que vele por la protección de las víctimas, a proporcionar ayuda, asistencia o reparación integral". En su artículo 2o. señala, entre los objetivos de la Ley, *inter alia*,

reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de *violaciones a derechos humanos*, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, restitución de sus derechos violados, debida diligencia, no repetición y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte y demás instrumentos de derechos humanos.

Esta Ley aún estará pendiente de reglamentación y deberá resolver los debates respecto la aplicación de estándares de derechos humanos a víctimas del delito y otras cuestiones técnico-jurídicas. Resultará relevante también la debida articulación entre los diversos mecanismos legales que facultarán el otorgamiento de una reparación, sea por vía penal, civil, laboral, amparo, administrativa o incidental.

En este sentido, no es materia del presente trabajo analizar la reciente aprobación de dicha Ley, sino establecer los estándares interamericanos en material de reparación integral respecto de los que la legislación mexicana en su conjunto deberá atender y los operadores de justicia incorporar en su debida aplicación, de acuerdo con sus obligaciones internacionales, constitucionales, legales y de control de convencionalidad.

III. Antecedentes fundamentales de la Reparación Integral

1. Desarrollo del concepto de la reparación en el derecho internacional

La Corte IDH ha establecido que sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1o. de la CADH, toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁵ y que esa disposición "recoge una norma consue-

⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 227.

tudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado";⁶ e "incluso una concepción general de derecho".⁷

Lo anterior atiende al resultado del reconocimiento como principio internacional establecido primeramente por la Corte Permanente de Justicia en el caso *Factory at Chorzow* de 1927.⁸ Posteriormente dicho concepto operante en el derecho internacional público permeó en la decisión de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o "Tribunal Europeo")⁹ y posteriormente recogido en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* y subsiguientes ante la Corte IDH.¹⁰ Asimismo, la Comisión Africana de Derechos Humanos también incorporó tales estándares.¹¹ Dicha reparación por violación a los derechos humanos, como lo dispone la Corte IDH, encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional.¹²

En años recientes la comunidad internacional ha promovido la reformulación del alcance de la reparación del daño tradicional, a través de la compensación económica hacia el concepto de la *reparación integral*, el cual configura un remedio más amplio para reparar los daños de las víctimas a violaciones de derecho humanos.¹³

⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 62, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *supra* nota 5, párr. 227.

⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*..., *supra* nota 5, párr. 25.

⁸ Cfr. PCIJ. *Factory at Chorzów*. Competencia. Sentencia No. 8, 26 de julio de 1927, Series A, No. 9, p. 21; PCIJ. *Factory at Chorzów*. Fondo. Sentencia No. 13, 13 de septiembre de 1928, Series A, No. 17, p. 29; ICJ. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations [Reparaciones por lesiones sufridas al servicio de la Organización de las Naciones Unidas]*. Opinión Consultiva. 7 de diciembre de 1948, p. 184.

⁹ Cfr. TEDH. *Neumeister vs. Austria*. (App. No. 1936/63). 7 de mayo de 1974; TEDH. *Ringeisen vs. Austria*. (App. No. 2614/65). 16 de Julio de 1971; TEDH. *De Wilde, Ooms y Versijp v. Bélgica*. (App. No. 2832/66, 2835/66, 2899/66). 10 de marzo de 1972; TEDH. *Guzzardi v. Italia*. (App. No. 7367/76). 6 de noviembre de 1980; TEDH. *De Becker v. Bélgica*. (App. No. 214/56). 27 de marzo de 1962.

¹⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*..., *supra* nota 5, párr. 28.

¹¹ Cfr. ACDH. *The Constitutional Rights Project (in respect of Zamani Lakwot and 6 others) v. Nigeria*. Comunicación 87/93; ACDH. *Association Mauritanienne des Droits de l'Homme v. Mauritania*, Comunicación. No. 210/98.

¹² "El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (véanse por ejemplo las comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Informes del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas). Lo propio ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el artículo 50 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales". *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*..., *supra* nota 5, párr. 28. Otros instrumentos internacionales que incluyen la reparación son: Artículo 15(2), 16(4)(5) del Convenio 169 de la OIT, Artículo 13, (50), 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos; Artículo 3 del Protocolo de ésta última; Artículo 7, 21, 26 de la Carta Africana de Derechos; Artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 2(3), 9(5), 14(6) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y artículo 5 de su Protocolo; Artículo 75 (1), 79, 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y las Reglas de Prueba, entre otros.

¹³ Ver. Shelton Dinah, *Remedies In International Human Rights Law*, 2a. ed., USA, Oxford University Press, 2010.

Un precedente fundamental en la materia de la *reparación integral* constituye la Resolución de las Naciones Unidas de 2005 sobre los "*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*" (en adelante "los Principios y directrices de reparación").¹⁴ Dicha resolución dispone que

conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva [...] en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición" (Principio No. 18).

El antecedente de dichos principios corresponde a su borrador elaborado por los profesores *Theo van Boven* y *Cherif Bassiouni*, quienes desde el seno de la ONU y recogiendo las experiencias de la Corte IDH y Comisiones de la Verdad o programas de reparación internos, cristalizaron las demandas de miles de organizaciones de víctimas en todo el mundo.¹⁵

En este diálogo entre actores internos e internacionales, la Corte IDH también recogió la práctica de dichos principios y hoy en día tal clasificación es el marco de referencia para analizar las posiciones de las partes en el litigio y ordenar reparaciones con carácter integral. Cabe señalar, que si bien las referidas clasificaciones fueron un tanto confusas en la práctica de la Corte IDH por muchos años, a partir del año 2009 se puede apreciar un marco de referencia más ordenado y sistematizado de las categorías de reparaciones. Por tanto, en este trabajo analizaremos las reparaciones de la Corte IDH de acuerdo a esta clasificación y su verdadera naturaleza, independientemente de algunas inconsistencias que se han presentado en las sentencias de la Corte Interamericana.

¹⁴ AGONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147. 16 de diciembre de 2005.

¹⁵ Cfr. *La Administración de Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos. Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación*, preparada por el Sr. Theo van Boven. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996. Véase Van Boven, Theo, "Reparations: a Requirement of Justice" [Reparaciones: Una necesidad de justicia], *Memoria del Seminario Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Tomo I*. San José, Costa Rica, Corte IDH, 1999, p. 650 a 669. Otro importante antecedente es el *Draft Articles on State responsibility*, Report of the International Law Commission on the work of its forty-eight session (1996). UN doc. A/51/10, arts. 42-46.

2. Representación de las víctimas frente al Tribunal Internacional

Otro desarrollo fundamental en la material, corresponde a la calidad de las víctimas como sujetos de derecho en el derecho internacional. Así, en sus inicios, sólo los Estados eran sujetos de derecho.¹⁶ A partir de los sistemas universales y regionales de derechos humanos fue que los individuos pudieron activar peticiones frente a organismos internacionales. No obstante, era la Comisión, en el caso Europea y Americana, las que, en un principio, representaban a las víctimas frente a los Tribunales respectivos de Derechos Humanos. Con el Protocolo 11 en el Sistema Europeo se dio acceso directo a las víctimas al Tribunal Europeo, lo que hizo desaparecer la Comisión Europea.¹⁷ No obstante, el camino ha sido distinto en el sistema interamericano y ha tenido un impacto directo en el tema de la *reparación integral*.

En el primer Reglamento de la Corte IDH de julio de 1980, la Comisión Interamericana era quien presentaba la demanda del caso ante la Corte Interamericana y representaba a la víctima en todas las etapas, lo cual implicaba que en la audiencia pública la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH" o "Comisión Interamericana") en ocasiones acreditaba a las víctimas como asesores de la Comisión para el caso. Con la reforma de 1996, se dio acceso a las víctimas a intervenir en la audiencia al exponer sus pretensiones en reparaciones, lo cual implicó escuchar las afectaciones específicas de las víctimas y sus necesidades para restablecer su situación. Con la reforma reglamentaria de 2000, se incluyó la posibilidad de participar de modo autónomo e independiente en todas las etapas (excepciones preliminares, fondo y reparaciones, a través de su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante ESAP), y en la audiencias y alegatos finales.¹⁸ Finalmente, con la reciente reforma de 2009,¹⁹ se modificó el papel de la Comisión Interamericana como garante del interés público interamericano y el inicio del procedimiento ante la Corte IDH con la remisión del Informe de Fondo. Las partes en litigio ante la Corte Interamericana son ahora los representantes junto con el Estado y con ello se pretende brindar mayor participación a las víctimas en el litigio internacional. Para ello, se creó un Fondo de Asistencia Legal y la figura del Defensor

¹⁶ Véase Carta de las Naciones Unidas; Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; Carta de la Organización de Estados Americanos, entre otras. Shelton Dinah, *Remedies In International Human Rights Law...*, op. cit.; Cfr. Cancado Trindade, A.A. *La Consolidación de la Personalidad y Capacidad Jurídicas Internacionales del Ser Humano en la Agenda de los Derechos Humanos del Siglo XXI. El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., San José, Corte IDH, 2004, p. 192.

¹⁷ CE. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Modificado por los Protocolos No. 11 y 14. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

¹⁸ De conformidad con el Juez Manuel E. Ventura Robles, ello significó una transformación fundamental dado que "lo que el Sistema necesita es la participación de las víctimas dentro de los procesos, lo que tiende a vitalizar aún más [el] Sistema". Ventura Robles, Manuel E., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente", *El futuro de la Corte Interamericana*, San José, Corte IDH / ACNUR, 2003, p. 25.

¹⁹ Aprobada el LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado en noviembre de 2009, y que entró en vigor el 1 de enero de 2010. Para ver todos los Reglamentos de la Corte. Disponible en: <http://www.CorteIDH.or.cr/reglamento_2009.cfm> (4 de julio de 2013).

Público Interamericano destinado a las víctimas que así lo necesiten. De manera que, mediante la modificación de los artículos 23o. y 24o. del Reglamento, se ha venido reforzando a las víctimas como sujetos activos frente a la Corte IDH,²⁰ con la consecuencia directa de exponer sus pretensiones en reparaciones y probarlas directamente ante la Corte Interamericana.

3. Autonomía procesal de la reparación

Otro antecedente importante en el desarrollo de las reparaciones se registra en la práctica que por muchos años tuvo la Corte IDH de dictar sentencias separadas para cada etapa;²¹ a saber, excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas. Si bien, dicha práctica fragmentaba en gran medida la integralidad del caso e incidía en la duración en el tiempo, al ser la etapa de reparaciones autónoma, permitía observar a detalle los testimonios y pruebas que acreditaban la materia. Durante esos años en que se siguió esa práctica, se emitieron importantes fallos en materia de *reparación integral*. A partir de la reforma adoptada en noviembre de 2000 (supra), se estableció la unificación del trámite de las excepciones preliminares hoy consagrada en el artículo 42o. del Reglamento de la Corte IDH, posibilitando la emisión de una sola sentencia,²² ello en función del principio de economía procesal, lo cual corresponde a la práctica general en la mayoría de los casos recientes ante la Corte Interamericana.²³ Respecto de lo anterior, si bien la Corte IDH continúa destinando un capítulo importante de la Sentencia a las reparaciones, sí se puede desprender que en ocasiones dicho capítulo carece de mayor análisis, al menos en cuanto al requisito de causalidad de las violaciones declaradas, la acreditación de los daños y las medidas solicitadas.

Por tanto, estos tres antecedentes configuran en definitiva lo que hoy en día conocemos como el concepto de reparación integral que evidentemente amplía el concepto tradicional de reparación en derecho doméstico.

²⁰ Cfr. Cancado Trindade, A.A. "La Consolidación de la Personalidad y Capacidad Jurídicas Internacionales del Ser Humano en la Agenda de los Derechos Humanos del Siglo XXI", y Ventura Robles, Manuel, "El Acceso Directo de la Víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un ideal y una lucha de Antonio Cancado Trindade", en *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., San José, Corte IDH, 2004.

²¹ Así ocurrió en el caso de *Velásquez Rodríguez Vs. Guatemala* en la que se dictó la sentencia de excepciones preliminares el 26 de junio de 1987, luego de fondo el 29 de julio de 1988 y finalmente de reparaciones y costas el 21 de julio de 1989.

²² Sobre el particular, el artículo dispone "(...) 5. Cuando lo considere indispensable, la Corte podrá fijar una audiencia especial para las excepciones preliminares, después de la cual decidirá sobre las mismas. 6. La Corte podrá resolver en una sola sentencia las excepciones preliminares y el fondo del caso, en función del principio de economía procesal".

²³ Cabe señalar, no obstante, que en algunas ocasiones, cuando el caso lo amerita, la Corte continúa expidiendo sentencias separadas. Así se puede constatar en el caso de *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador* en el que se dictó sentencia de excepción preliminar y fondo en mayo de 2008 de modo separado a la sentencia de reparaciones y costas.

IV. Criterios de reparación integral

A continuación se exponen algunos criterios relevantes respecto del concepto de *reparación integral* desarrollado por la Corte IDH, desarrollados a continuación.

1. Base normativa

El artículo 63.1o. de la CADH establece que cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana, la Corte Interamericana dispondrá que:

- Se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados;
- Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y
- El pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
(*El subrayado es agregado*)

Cada una de estas cláusulas es en sí misma una potestad para la Corte IDH para resarcir a las víctimas no solo en el goce de sus derechos sino también para modificar las consecuencias producidas por la violación, ya sea en la víctima o a través de cualquier medida o situación que provocó la afectación. Adicionalmente a lo anterior, se dispone la posibilidad de otorgar el pago de una justa indemnización. Por tanto, contrario a la práctica tradicional y general de la reparación de daños en el derecho interno, la compensación económica es solo un elemento de la *reparación integral*. Conforme al artículo 68.2o. de la CADH, "la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

Por su parte, en el sistema europeo, en el artículo 41o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante "Convenio Europeo", incorpora el concepto de *satisfacción equitativa*, el cual dispone que si el TEDH declara que ha habido violación del Convenio Europeo o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal Europeo concederá a la parte perjudicada, si así procede, una *satisfacción equitativa*. En este sentido, la práctica del TEDH en interpretación de este precepto, ha consistido en ordenar en la mayoría de los casos a los Estados el pago

de una justa indemnización en favor de las víctimas. En la mayoría de los casos el Tribunal Europeo ha remitido dicho pago a que se realice en el fuero interno. Diversos analistas se han replanteado si el TEDH podría interpretar dicho artículo de manera más integral.²⁴

Por su parte el Sistema Africano, en su artículo 27o. señala que si la Corte Africana de Derechos Humanos (en adelante "Corte Africana") encuentra que ha existido una violación a los derechos humanos o los derechos de los pueblos, deberá ordenar las medidas apropiadas para remediar la violación, incluyendo el pago de una justa compensación o reparación.²⁵ Dicho mandato deberá ser interpretado y desarrollado por la Corte Africana. Asimismo, la Corte Penal Internacional, dictó recientemente su primera Sentencia de Reparaciones en el *caso Lubanga*, mediante la cual recoge muchos de los estándares desarrollados en el sistema interamericano e internacional.²⁶

De lo anterior, se desprende que el mecanismo contemplado en sí en el artículo 63.1o. de la CADH brinda un mecanismo más amplio de reparación para la Corte IDH que el contemplado en el sistema europeo y africano o penal internacional.

Asimismo, como ya fue establecido en el apartado de antecedentes, la Corte IDH ha interpretado esta norma a la luz de dos fuentes principales del derecho internacional, reconociendo esta consecuencia jurídica derivada del ilícito internacional, como una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".²⁷

Finalmente, a la luz de los artículos 1.1o. y 2o. de la CADH podríamos considerar que a la norma del artículo 63.1o. también le atienden las obligaciones de respeto y garantía

²⁴ Cfr. Van Boven, Theo. *Reparations; a Requirement of Justice*. Ob. cit; Shelton Dinah, *Remedies In International Human Rights Law...*, op cit. nota 13; Manfred Nowak, *The Right of victims of gross human rights violations to reparations*, in *Rendering Justice to the Vulnerable*, Liber-Amicorum in honour of Theo van Boven (eds, F. Coomans, F. Grünfeld, I. Westendorp, J. Willems); Greer Steven, *International Human Rights Law*. Edited by Moeckli Daniel and others. OxfordUniversity Press, p. 471.

²⁵ Protocol to the African Charter on Human And Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (Sólo en inglés) "If the Court finds that there has been violation of a human or peoples' right, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation" (versión original).

²⁶ Cfr. ICC. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* [Situación en la República Democrática del Congo en el caso de la Fiscalía v Thomas Lubanga Dyilo]. *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations* [Decisión que establece los principios y procedimientos a ser aplicados a las reparaciones]. No. ICC-01/04-01/06. 7 de Agosto de 2012.

²⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala...*, supra nota 6, párr. 62; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, supra nota 5, párr. 227.

contempladas en el artículo 1.1o., y con el deber de adoptar medidas adecuadas en el derecho interno, según el artículo 2 de la misma.

2. Doble dimensión: deber-derecho

Resulta indispensable comprender la reparación del daño con una doble dimensión: 1) como obligación del Estado derivado de su responsabilidad internacional, y 2) como derecho fundamental de las víctimas.

Al respecto, dichas dimensiones se reflejan en el desarrollo del derecho internacional público. Así, podemos apreciar que siendo que los individuos no eran sujetos de derecho internacional, la exigencia en reparar las consecuencias del ilícito internacional recaía en los Estados, quienes en la mayoría de las veces debían compensar la violación. En el SIDH por muchos años, la CIDH determinó en su Informe de Fondo las violaciones acreditadas y emitió una serie de recomendaciones a los Estados para el caso concreto. No obstante, dichas recomendaciones, si bien tenían un alcance general de los puntos discutidos en el caso, no contaban con un análisis pormenorizado de los daños ocasionados y las medidas adecuadas para reparar dichos daños. Por lo que la disposición genérica recomendada por la CIDH recaía en que el Estado brindara una reparación a las víctimas.

Es con el desarrollo de participación de las víctimas en el proceso ante la Corte IDH, a partir de la reforma Reglamentaria de 1996, que se formaliza la oportunidad de los representantes de las víctimas de demostrar sus afectaciones y demandar las medidas más apropiadas para su reparación. Esto repercutió inevitablemente en el análisis y acreditación de los daños y el debate en cuanto a las mejores formas de reparar el mismo y sus consecuencias. Desde esta perspectiva podemos afirmar que, lo anterior configuró la consideración de la segunda dimensión en cuanto a derecho de las víctimas a recibir reparación.

En términos prácticos, frente a la acreditación de responsabilidad del Estado, ya no sólo se tiene el deber de reparar por parte del Estado, sino las víctimas cuentan con el derecho a exigir una *reparación integral*, misma que, de ser procedente, el Estado deberá cumplir a cabalidad. En este sentido, surge por ende del deber del Estado de contar con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el acceso a una *reparación integral* en derecho interno,

de conformidad con los artículos 1.1o. y 2o. de la Convención Americana, así como los principios del control de convencionalidad.²⁸

3. Víctimas (parte lesionada)

Otro elemento de la *reparación integral* consiste en reparar a las víctimas que sufrieron afectaciones y consecuencias derivadas de la violación a un derecho humano. En este sentido, la Corte IDH ha reparado en términos prácticos a víctimas directas del caso, como otras víctimas indirectas (familiares) e inclusive víctimas colectivas (pueblos indígenas) y "potenciales" (tejido social). Lo anterior, presenta en el sistema interamericano una discusión terminológica y conceptual que ha incidido en el reconocimiento de quién es beneficiario de la reparación como *parte lesionada*, y que no será materia del presente trabajo. No obstante, lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha comprendido que cuando se generan violaciones a derechos humanos de una víctima, su núcleo familiar e inclusive cercano, puede sufrir una vulneración respecto de la cual corresponde una reparación integral.

Como se ha dispuesto anteriormente, según el artículo 63.1o. de la CADH establece que se garantice *al lesionado* en el goce de su derecho o libertad conculcados y el pago de una justa indemnización a *la parte lesionada*".

La jurisprudencia actual de la Corte Interamericana entiende que la "parte lesionada" es aquella a quien se le viola un derecho consagrado en la Convención Americana y por ende a quien se le debe reparar. Acorde con este concepto, según el artículo 35.1o. del Reglamento de la Corte IDH,²⁹ la Comisión Interamericana en su informe de Fondo deberá señalar a las presuntas víctimas del caso. Según la jurisprudencia reciente de la Corte IDH, corresponde a la CIDH, y no a la Corte IDH, identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante la Corte Interamericana.³⁰ Dicha interpretación, ha implicado que muchas víctimas directas e indirectas (incluyendo madres, padres, hijos, hermanos), que no han sido identificadas por la CIDH no puedan ser consideradas como parte lesionada ante la Corte Interamericana y por ende no pueden ser parte de la reparación que

²⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

²⁹ *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Aprobado por la Corte IDH en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 20001 y reformado parcialmente por la Corte IDH en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

³⁰ Cfr. Corte IDH. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 98; Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 42, y Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 15.

otorga la Corte IDH.³¹ En algunos de estos casos se podría apreciar posible falencia de la CIDH o los representantes, no obstante en otros casos se desprende la dificultad en poder identificar a las víctimas en la etapa procesal ante la Comisión Interamericana, siendo que deriva de información que se ventila con posterioridad ante la Corte IDH. Sobre todo tratándose de víctimas indirectas del caso, tales como familiares cercanos de las víctimas directas.³²

Frente a ello, con la reforma reglamentaria de 2009, se incluyó la siguiente excepción en el artículo 35.2 del Reglamento vigente,³³ el cual establece que "[c]uando se justificare que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas".

Al menos dicho artículo abre la posibilidad de inclusión de otras víctimas cuando se justifique la falta de identificación frente a casos de violaciones masivas o colectivas. Dicho artículo fue recientemente aplicado por la Corte Interamericana y se presentan varios casos en trámite con esta problemática.³⁴

De acuerdo a la jurisprudencia actual, toda persona que sea susceptible a recibir reparación (como parte lesionada), debe ser primeramente identificada como víctima por la Comisión (con la excepción del artículo 35.2 del Reglamento) y declarada víctima del caso, sea esta directa, indirecta o persona que sufrió un daño como consecuencia de la violación principal. Sin embargo, la jurisprudencia de etapas anteriores de la Corte IDH tuvo otra interpretación, distinguiendo entre víctimas directas e indirectas, parte lesionada y beneficiario de la

³¹ Cfr. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Resolución de 19 de enero de 2009. Solicitud de Ampliación de Presuntas Víctimas y Negativa de Remisión de Prueba Documental. (Por medio de la cual se rechazaron otras 11 presuntas víctimas que no habían sido señaladas en el informe de fondo de la CIDH).

³² Ejemplo de ello se refleja en los siguientes casos: el caso *Escué Zapata Vs. Colombia* (2007) –respecto de la comunidad indígena Páez–, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (2006) –nuevas víctimas–, *Masacre de la Rochela Vs. Colombia* (2007) –dos familiares de una víctima fallecida–, *García Prieto y otros Vs. Salvador* (2007) –3 hermanas e hijo de la víctima–, *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador* (2007) –familiares de la víctima–, *Kimel Vs. Argentina* (2008) –familiares de la víctima–, *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela* (2008) –esposas de las víctimas–, *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (2008) –nietos de la víctima– y *Chitay Nech Vs. Guatemala* (2010) –cónyuge de la víctima de desaparición forzada. No obstante, en casos anteriores se declararon como víctimas a familiares que procesalmente no podrían serlo por falta de identificación como ocurrió en *Gutiérrez Soler Vs. Colombia* (2005) y *López Alvarez Vs. Honduras* (2006), entre otros.

³³ *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, supra nota 29.

³⁴ Ver casos Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, y Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241.

reparación,³⁵ que por cierto, permitieron en gran medida el mayor desarrollo jurisprudencial en materia de daños y otorgamiento de medidas de reparación a víctimas indirectas,³⁶ no obstante no será abundado en el presente artículo.³⁷

4. Daños

Una vez determinadas las víctimas del caso, y en su caso otros posibles beneficiarios que hayan sufrido una afectación con motivo de la violación incurrida por el Estado, como base fundamental del concepto de *reparación integral*, corresponde analizar e identificar los daños que estas han sufrido. Resulta de gran relevancia, que desde la perspectiva de los derechos humanos y en especial, a través de la práctica de la Corte IDH, se han reconocido daños más amplios que los que la perspectiva del derecho tradicional civil y de derecho común había desarrollado. En este sentido, la Corte Interamericana desde una perspectiva integral de la persona humana, ha reconocido que con motivo de una violación a derechos humanos se pueden generar afectaciones en dos categorías principales. "Material" e "Inmaterial". Dentro del carácter inmaterial, la Corte IDH ha reparado daños en la esfera *moral, psicológica, físicos, al proyecto de vida, y colectiva o social*. Mientras que el daño material incluye el *daño emergente, lucro cesante, daño al patrimonio familiar y reintegro de costas y gastos*.

a. Daño inmaterial

La Corte Interamericana ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y los supuestos en que corresponde indemnizarlo. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que el daño inmaterial comprende "tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la

³⁵ En ese sentido, en una *primera fase*, la Corte IDH dispuso que los familiares de la(s) víctima(s) pueden ser reparados, ya sea como a) causahabientes –por sucesión– o b) beneficiarios o personas afectadas por las violaciones sin ser víctimas directas de las mismas. Una segunda hipótesis es la de los familiares que reciben reparaciones sin ser declarados "víctimas" directas en el fondo del caso, es decir, los "beneficiarios". En una segunda fase que abrió la puerta a la etapa actual, corresponde a los familiares que se han identificado como "parte lesionada" en tanto víctimas directas de violaciones. Así, cuando han sido víctimas, por ejemplo, de su derecho a la integridad personal, protección judicial o garantías judiciales, entre otros derechos. En la actualidad, los familiares pueden ser considerados víctimas por su propio derecho y serán incorporados como "parte lesionada" y objeto de reparaciones.

³⁶ En lo que respecta a la identificación de las víctimas, la Corte IDH ha dispuesto criterios para la identificación de los familiares. Así, en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003), señaló que las aflicciones sufridas por la víctima se extienden a los familiares más cercanos "particularmente a aquellos que tenían un contacto afectivo estrecho [con la víctima]" e indicó que para ello no se requería prueba. Se presumió incluso que una hermana de la víctima "ha[bía] sido víctima de los mismos sufrimientos que han afectado al resto de la familia por lo que también deb[ía] ser beneficiaria de las reparaciones" a pesar de no haber sido declarada víctima ni haber participado en el proceso. Tal presunción se aplicó asimismo respecto de los familiares que estuvieron en contacto afectivo con la víctima en el caso de *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*.

³⁷ Al respecto ver: Calderón Gamboa, Jorge, *La evolución de la "reparación integral" en la jurisprudencia de la Corte IDH...*, *op. cit.*

víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia".³⁸

La jurisprudencia internacional y en particular de la Corte IDH, ha establecido reiteradamente que "la sentencia constituye *per se* una forma de reparación".³⁹ No obstante, considerando las circunstancias de cada caso y viendo que "los sufrimientos que las violaciones cometidas caus[an] a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial o no pecuniario que éstos últimos sufr[en] como consecuencia de la violaciones declaradas [por el Tribunal] de [...] la Convención Americana, en perjuicio de [la(s) víctimas(s)]", la Corte Interamericana suele estimar pertinente fijar una cantidad, en equidad, como compensación por concepto de daños inmateriales.⁴⁰

En ese sentido, la Corte IDH ha considerado que "el daño inmaterial infligido a [la(s) víctima(s)] resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a [agresiones y vejámenes/ tortura/desaparición forzada/etc], experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas".⁴¹

Por su parte, en cuanto a los familiares, la Corte IDH ha reiterado que el sufrimiento ocasionado a la víctima "se extiende a los miembros más íntimos de la familia, en especial aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima".⁴² Además, la Corte Interamericana ha establecido que los sufrimientos o muerte de una persona [ya sea por tortura, desaparición forzada u otro delito] acarrear a sus hijas, hijos, cónyuge o compañera y compañero, madre y padre un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo.⁴³

³⁸ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala...*, *supra* nota 6, párr. 84; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...* *supra* nota 5, párr. 275.

³⁹ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 56; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

⁴⁰ *Cfr. Ibidem*, Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 275.

⁴¹ En casos de desapariciones forzadas: *Cfr.* Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 248; Respecto de agresiones y vejámenes véase: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 138.

⁴² *Cfr.* Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C. No. 96, párr. 55; Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 159, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 276.

⁴³ Este criterio ha sido sostenido en otros casos, igualmente respecto de hijas, hijos, cónyuge o compañera y compañero, madre y padre, entre otros. *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo,

La Corte Interamericana ha conocido muchos casos de graves violaciones a derechos humanos en los que se presenta una denegación de justicia prolongada en perjuicio de los familiares que sufrieron la grave violación. Frente a estos casos, la Corte IDH ha señalado que la denegación de justicia ha afectado la integridad psíquica y moral de las víctimas, sufriendo daños inmateriales, que se evidencian con frustraciones y otros daños psicológicos y emocionales derivados de la falta de justicia e impunidad persistente en el caso.⁴⁴

En atención a las indemnizaciones ordenadas por la Corte IDH en casos referentes a torturas, desapariciones forzadas de personas u otras como la denegación de justicia, "las circunstancias del [...] caso, la entidad, carácter y gravedad de las violaciones cometidas, así como los sufrimientos ocasionados a [la(s) víctima(s)] en su esfera física, moral y psicológica",⁴⁵ han permitido a la Corte Interamericana estimar pertinente fijar en equidad indemnizaciones en dinero como compensación por concepto de daño inmaterial. Sin embargo, si bien la compensación pecuniaria suele ser frecuente, el daño inmaterial, en la mayoría de los casos puede ser reparado adicionalmente con las demás medidas de *reparación integral*⁴⁶ (infra).

b. Daño moral y psicológico

El *daño moral*, como una categoría más genérica, incluye perjuicios en la honra, el sufrimiento y el dolor derivados de la violación. Es el resultado de la humillación a que se somete la víctima, del desconocimiento de su dignidad humana, del sufrimiento y dolor que se le causa como consecuencia de una violación de sus derechos humanos.⁴⁷

Representa uno de los tipos de daños a los cuales la Corte Interamericana se ha referido de manera más explícita y precisa en su jurisprudencia. La Corte IDH ha referido que "resulta evidente cuando la víctima es sometida a agresiones y vejámenes de magnitud considerable lo que conlleva un sufrimiento moral". La Corte Interamericana estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión, puesto que basta probar las agresiones y vejámenes padecidos por víctima alguna.⁴⁸

Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C. No. 140, párr. 257; y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 276.

⁴⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 286.

⁴⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 109, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 278.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 99, y Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 156.

⁴⁷ Cfr. Faundez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Edit. IIDH, 2000. pp. 516 y 833.

⁴⁸ Véase Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú...*, *supra* nota 41, párr. 138.

El *daño psicológico* se configura por la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica.⁴⁹ La Corte IDH ha reconocido dichas afectaciones, en ocasiones sin individualizarlo en un título específico, sino que, en ocasiones, conjuntamente con el daño moral y otras con carácter autónomo.

Frente al daño moral y psicológico, en la mayoría de los casos la Corte Interamericana suele otorgar montos indemnizatorios (*infra*), así como medidas de satisfacción (disculpas públicas, creación de monumentos, actos en memoria de la víctima). Otra modalidad para reparar este daño es a través de medidas de rehabilitación (atención psicológica, médica, etc.), o través de medidas restitutorias (anulación de antecedentes penales). El deber de investigar y sancionar, en cierta forma, también se ha caracterizado por tener un componente reparador al daño moral⁵⁰ (acceso a la verdad).

c. Daño físico

La Corte IDH también ha atendido *daños de carácter físico*, los cuales derivan en cualquier modificación del estado normal del cuerpo humano, ya sea por entes físicos, químicos o biológicos.⁵¹ En la mayoría de los casos otorgando medidas de rehabilitación (atención médica, fisioterapia), indemnización y satisfacción. En otros casos las obligaciones derivadas del deber de investigar y sancionar (casos de torturas), así como el deber de actuar en el derecho interno (tipificación de la tortura ó la implementación del Protocolo de Estambul) han correspondido a la reparación por daños físicos.⁵²

d. Daño al proyecto de vida

Una categoría de daño en la cual la jurisprudencia de la Corte IDH demuestra un avance pionero frente al derecho internacional de los derechos humanos, corresponde al "*daño al proyecto de vida*", el cual se desarrolló por primera ocasión en el Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*,

⁴⁹ Véase Ghersi, Carlos A. *Los nuevos daños, soluciones modernas de reparación*, 2a. ed., Buenos Aires, Hamurabi, 2000, p. 68.

⁵⁰ Ejemplos: Casos *Molina Theissen*, *Caballero Delgado y Santana*, *Benavides Cevallos*, *Castillo Páez*, *Ivcher Bronstein*, *Villagrán Morales* y otros, *Juan Humberto Sánchez*, *Comunidad Moiwana*, *Blanco Romero* y otros, *Masacres de Ituango*, *Masacre de Las dos Erres*, entre otros.

⁵¹ Cfr. Ghersi, Carlos A. *Los nuevos daños, soluciones modernas de reparación...*, *supra* nota 49.

⁵² Véanse los casos *Garrido* y *Baigorria*, *Paniagua Morales* y otros, *Bámaca Velásquez*, *Caracazo*, *Bulacio*, *Molina Theissen*, *Comunidad Indígena Yakye Axa*, *Fermin Ramírez*, *Raxcacó Reyes*, *Masacre de Mapiripán*, *Masacre de Pueblo Bello*, *Masacre de Ituango*, *Montero Aranguren* y otros (*Retén de Catia*).

y consolidándose posteriormente en el *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Posteriormente, la Corte Interamericana lo ha valorado en otros casos más.⁵³

La Corte IDH ha especificado que corresponde a una noción distinta del *lucro cesante* y el *daño emergente*. La Corte Interamericana se refirió sobre el particular en el caso *Loayza Tamayo Vs. Perú* estableciendo que atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas".⁵⁴ Así, esta noción se relaciona con la realización personal y "se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone [que son] la expresión y garantía de la libertad".⁵⁵ En ese orden de ideas, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad. Se trata entonces de una situación probable, no meramente posible, dentro del desarrollo de la persona que implica "la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable".⁵⁶ Al respecto, en el caso *Loayza Tamayo* la Corte Interamericana dispuso que la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta ese momento no permitían traducir tal reconocimiento en términos económicos y se abstuvo entonces de cuantificarlo señalando que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia implican un principio de satisfacción.⁵⁷

Posteriormente, en el caso *Cantoral Benavides Vs. Perú* (2001) la Corte IDH consideró que los hechos ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Cantoral Benavides, impidiendo la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, especialmente respecto de su formación y de su trabajo como profesional, lo que representó un menoscabo para su "*proyecto de vida*".⁵⁸ Visto lo anterior, la Corte IDH dispuso que se le proporcione una beca estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija —así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios— en un centro de reconocida

⁵³ Véanse los casos *Villagrán Morales, Maritza Urrutia, Gutiérrez Soler, Tibi, Gómez Palomino, Baldeón García, Masacre La Rochela, Masacre de Las Dos Erres, Mejía Idrovo, Furlán*.

⁵⁴ Por el contrario "no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el "daño emergente" [y] que mientras [el lucro cesante] se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos". Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. . . , *supra* nota 41, párr. 147.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 148.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. . . , *supra* nota 41, párr. 150.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 153.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párrs. 60 y 80.

calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado, para restablecer su *proyecto de vida*.

Cabe señalar que en su momento se desató una relevante discusión entre los jueces que habían fallado ambas sentencias peruanas, respecto a la forma de reparar este daño, considerando algunos la necesidad de indemnizarlo,⁵⁹ mientras que otros, resaltando la relevancia en otorgar medidas distintas a las pecuniarias las cuales lograran en realidad ayudar a recuperar el proyecto de vida de la víctima.⁶⁰ Mediante Resolución de Cumplimiento de la Sentencia en el caso Cantoral Benavides (2010), la Corte IDH declaró el cumplimiento parcial del punto referente al otorgamiento de la beca integral en favor de Luis Alberto Cantoral.⁶¹

Cabe compartir que en el 2003, tuve la oportunidad de realizarle una entrevista a Luis Alberto sobre lo que él consideraba era el daño al *proyecto de vida*. Al respecto, refirió que "era como matar al cerebro de la persona, amarrarla, como poner una enorme piedra a una plantita que está creciendo y sofocarla. Es una gran frustración; si le robas la ilusión a una persona, le robas las ganas de vivir y hasta el sentido de la vida".⁶² En ese entonces me pareció que Luis Alberto estaba desilusionado y no con grandes expectativas frente a esta medida que le había sido otorgada. No obstante, años más tarde tuve la fortuna de volverlo a ver y presenciar la gran noticia que había concluido sus estudios en Derecho en Brasil, donde seguía su proceso personal y le cubrió sus estudios la beca integral otorgada por la Corte IDH; posteriormente realizó una visita profesional en la CIDH, y se encontraba tomando diversos cursos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su proyecto se ha orientado también a la defensa de los derechos humanos. Este relevante caso sintetiza y refleja, en mi parecer, la efectividad del sistema de *reparación integral* del daño desarrollado en el sistema interamericano.

Posteriormente, pareciera que la Corte IDH archivó por un periodo la referencia a este daño. No obstante, en una gran mayoría de casos las víctimas siguieron solicitándolo en su pliego

⁵⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*..., *supra* nota 41. Voto Razonado Concurrente de Carlos Vicente de Roux Rengifo.

⁶⁰ Ver Votos de los jueces Carlos Vicente de Roux Rengifo, Cancado Trindade, A. Abreu Burelli, Jackman, García Ramírez del Caso *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*..., *supra* nota 41, y Voto del Juez Cancado Trindade en el Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*..., *supra* nota 58.

⁶¹ La Corte IDH dispuso que: "el Estado ha cumplido parcialmente con el otorgamiento a Luis Alberto Cantoral Benavides de una beca de estudios superiores o universitarios en un centro de reconocida calidad académica, elegido de común acuerdo entre el Estado y la víctima, y de los costos de la carrera profesional que éste último eligió, así como los gastos de manutención generados durante el periodo de tales estudios (punto resolutivo sexto de la Sentencia de reparaciones), quedando únicamente pendiente el pago de ajustes a los gastos realizados, según lo dispuesto en el párrafo considerativo 12". Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de noviembre de 2010.

⁶² Calderón Gamboa, Jorge Francisco. "El Daño al Proyecto de Vida por violación a derechos humanos", *Breviarios*, Porrúa, México, 2005.

de reparaciones; muchas veces cuando no correspondía o no había un nexo causal bien argumentado y probado. Asimismo, muchos de los peritajes psicológicos presentados ante la Corte Interamericana siguieron refiriéndose a esta afectación. En otros casos, la Corte IDH especificó porqué para el caso concreto no aplicaba esta categoría.⁶³ Por ejemplo, en el caso *Campo Algodonero Vs. México* (2009), la Corte IDH reiteró que éste no procede cuando la víctima falleció "al ser imposible reponer las expectativas de realización que razonablemente toda persona tiene".⁶⁴ En el caso de La Masacre de Las Dos Erres (2009), la Corte IDH volvió a reconocer una afectación específica al *proyecto de vida* de una víctima sobreviviente quien al momento de la masacre era niño y fue raptado por *kaibiles* y privado de vivir en su esfera familiar y cambio de nombre, lo cual derivó en un monto adicional en la indemnización en su favor.⁶⁵ En el caso *Mejía Idrovo* (2011), la Corte Interamericana también reconoció la existencia de afectaciones en el *proyecto de vida* de la víctima por la falta de ejecución de una sentencia en la que se reincorporaba en sus labores a un coronel supuestamente despedido infundadamente.⁶⁶ Recientemente, en el caso *Furlán Vs. Argentina* (2012), la Corte IDH de nuevo abrió un aparatado especial para reconocer que las afectaciones en la discapacidad de la víctima por negligencia del Estado, habría provocado una afectación en su proyecto de vida y por ende se requirió la creación de un grupo interdisciplinario para implementar medidas de protección y asistencia para su inclusión integral.⁶⁷

e. Daño colectivos y sociales

Los *daños de carácter colectivo y social*, atienden a vulneraciones derivadas de la violación que repercuten en un grupo de personas o población determinada; principalmente en su calidad de grupo, más allá de las afectaciones de carácter individual. Estos daños han sido reparados principalmente en casos de masacres o de derechos de pueblos indígenas y tribales, u otras colectividades, principalmente cuando se afecta el tejido social. En la mayoría de estos casos dicho daño ha sido resarcido a través de medidas restitutorias⁶⁸ (derechos sobre

⁶³ Véanse los casos: Villagrán Morales y otros, Maritza Urrutia, Gutiérrez Soler, Tibi, Gómez Palomino, Baldeón García, Masacre La Rochela, Castañeda.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 589.

⁶⁵ Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 226, 284 y 293.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 37 y 134.

⁶⁷ Corte IDH. *Cfr. Caso Furlán y familia Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

⁶⁸ Véanse los casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Comunidad Sawhoyamaxa, Comunidad Yakye Axa*.

territorio) e indemnizatorias.⁶⁹ Asimismo, mediante medidas de satisfacción (creación de centros de educación, salud, caminos, recuperación de la cultura indígena); garantías de no repetición (base de datos genéticos,⁷⁰ campañas de concientización para la población),⁷¹ y otras, a través de la creación de fondos de desarrollo o socio-educativas (fideicomisos, fondos acciones en beneficio de la comunidad, etc.).⁷²

5. Daño material

La Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo. Al respecto, la Corte Interamericana ha dispuesto que éste daño supone "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso".⁷³ Este daño comprende: i) el daño emergente, ii) la pérdida de ingresos o el lucro cesante y daño al patrimonio familiar.

a. Daño emergente

El daño emergente es equivalente a los gastos directos e inmediatos que ha debido cubrir la víctima o sus representantes con ocasión del ilícito. Básicamente representa todos aquellos gastos que hayan incurrido las víctimas con el objeto de reparar el ilícito o anular sus efectos.⁷⁴ Ello, en forma razonable y demostrable. Observando la jurisprudencia de la Corte IDH al respecto, se puede apreciar diversidad de criterios en cuanto a la exigencia de la base probatoria. En muchos momentos requiriendo prueba específica de cada uno de los gastos y su vinculación con el caso,⁷⁵ y en otros asuntos, sobre todo derivado de casos de largos periodos

⁶⁹ Véanse los casos *Aloeboetoe y otros, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Comunidad Yakye Axa, Comunidad Sawhoyamaya, Comunidad Yatama*.

⁷⁰ Véanse casos *Molina Theissen, Hermanas Serrano Cruz, Masacre de Mapiripán*.

⁷¹ Véanse casos *Servellón y Campo Algodonero*.

⁷² Véanse casos *Aloeboetoe y otros, Plan de Sánchez, Comunidad Indígena Yakye Axa, Comunidad Moiwana, Comunidad Sawhoyamaya*.

⁷³ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 275, y Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 242.

⁷⁴ Nash Rojas, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2a. ed., Santiago, Universidad de Chile, 2009, p. 43.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas..., *supra* nota 5, párr. 42; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 203; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México...*, *supra* nota 28, párr. 369. Por ejemplo, el caso *de Radilla Pacheco Vs. México* (2009) pareciera demostrar una posición más estricta respecto de la prueba sobre el nexo causal al establecer que: "en relación con los alegados gastos de atención médica y psiquiátrica en que incurrieron las víctimas en el presente caso (...) Si bien la Corte ha establecido que por la naturaleza y gravedad de los hechos constitutivos de desaparición forzada, las víctimas en el presente caso han padecido graves afectaciones psicológicas que resultan

de impunidad o contextos de graves violaciones a derecho humanos, un criterio mayormente flexible para acreditar los gastos y por ende recurriendo la Corte Interamericana a ordenar montos en equidad.⁷⁶ Por lo tanto, se ha venido fijando en equidad una compensación en dinero como indemnización por concepto de daño emergente. Lo que se exige es acreditar el vínculo entre el daño reclamado y la violación sufrida.⁷⁷

En referencia al *daño emergente*, la Corte IDH toma en consideración una diversidad de variantes entre ellas, las siguientes: a) los gastos incurridos por la muerte de una persona;⁷⁸ b) los gastos funerarios;⁷⁹ c) los gastos relacionados con los trámites que se realicen para esclarecer las causas de los hechos; d) los gastos por las gestiones realizadas por los familiares de la víctima en diferentes dependencias para localizarle (acciones de búsqueda);⁸⁰ e) alimentación y hospedaje;⁸¹ f) los gastos de traslado incurridos por los familiares para visitar a la víctima durante su privación de la libertad;⁸² y g) los gastos médicos y psicológicos cuantificables, siempre que exista nexo causal entre las lesiones y los hechos denunciados.

Respecto de los gastos médicos, destacan situaciones en que se han reparado tanto los gastos médicos incurridos durante la violación, como los gastos médicos futuros tanto de la víctima como de sus familiares,⁸³ afectaciones a familiares de la víctima directa.⁸⁴

evidentes, para que la Corte pueda ordenar el reintegro de gastos por daño emergente, éstos deben ser acreditados. Debido a lo anterior, en el presente caso no corresponde fijar un monto al respecto"

⁷⁶ Nash Rojas, Claudio, *Las Reparaciones...*, op. cit., p. 44. Véase asimismo: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala...*, supra nota 73, párr. 54; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 177.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay...*, supra nota 75, párr. 203.

⁷⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 226; Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 251, y Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 138.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala...*, supra nota 6, párr. 80; Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 85 y Corte IDH. *Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 174.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala...*, supra nota 6, párr. 80. Asimismo en Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 76; Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México...*, supra nota 64, párr. 565, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, supra nota 5, párrs. 265-266.

⁸¹ Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 69, y Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 153.

⁸² Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú...*, supra nota 58, párr. 51.

⁸³ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú...*, supra nota 41, párr. 129. b y d. y Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 51; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México...*, supra nota 28, párr. 375.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala...*, supra nota 6, párr. 80, se reparó al familiar de una de las víctimas quien sufrió una parálisis facial en razón de los hechos y a otro por la agravación de una diabetes.

En la mayoría de los casos, la medida por excelencia para reparar este daño ha consistido en la indemnización compensatoria, y en este sentido la Corte IDH ha establecido asimismo cómo dicho monto debe ser distribuido y el plazo para su cumplimiento. Cabe señalar que frente a gastos médicos otra medida frecuentemente otorgada por la Corte Interamericana es la rehabilitación y suministro de medicamentos (infra-indemnizaciones).

b. Lucro Cesante o Pérdida de ingresos

Estas indemnizaciones se relacionan con las pérdidas patrimoniales ocasionadas por una merma de ingresos, con ocasión de una violación de derechos humanos.⁸⁵

La pérdida de ingresos ha sido definida por la Corte IDH aplicando un criterio de compensación que comprende los ingresos que habría percibido la persona durante su vida probable. Se trata de un criterio que le ha permitido entonces establecer la pérdida de ingresos en casos en los que la persona ha sido ejecutada extrajudicialmente o desaparecida forzosamente.⁸⁶ En ese sentido, la Corte IDH considera que "a falta de información precisa sobre los ingresos reales de [la(s) víctima(s)], tal como lo ha hecho en otras oportunidades,⁸⁷ debe tomar como base el salario mínimo para [la actividad correspondiente en el país]". En caso de víctimas sobrevivientes, el cálculo se hace sobre el tiempo que la víctima permaneció sin laborar como consecuencia de la violación.⁸⁸

Sobre el particular, debe anotarse que para el cálculo, la Corte IDH ha tomado en consideración si la víctima estaba realizando estudios calificados al momento de los hechos y si su graduación era previsible. De ser así, ha tomado en cuenta para su cálculo el salario de un profesional en el área estudiada. Así en el caso *Cantoral Benavides Vs. Perú* (2001) la Corte Interamericana consideró "que está probado que Luis Alberto Cantoral Benavides realizaba, cuando fue detenido, estudios de biología; que era previsible que su graduación como biólogo se efectuara en 1996 y que al momento de los hechos no tenía un trabajo estable pero realizaba labores pedagógicas informales, que le permitían obtener algunos ingresos ocasionales".

⁸⁵ Nash Rojas, Claudio, *Las Reparaciones...*, op. cit., p. 47.

⁸⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras...*, supra nota 5, párrs. 46 y 47; y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 213.

⁸⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú...*, supra nota 39, párr. 49.

⁸⁸ Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 28; *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 205.

Por lo mismo tomó como base el salario que le correspondía a un biólogo en sus primeros años de labor profesional.⁸⁹

La Corte Interamericana suele fijar en equidad dicha indemnización estableciendo a quién o quienes debe ser pagada la cantidad atribuida por concepto de pérdida de ingresos y el plazo para ello que viene a ser de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia.

c. Daño al patrimonio familiar

La Corte IDH ha incorporado un elemento adicional denominado el *daño al patrimonio familiar*. Este se relaciona con los perjuicios económicos o gastos en que incurre la víctima y sus familiares con ocasión de la violación a sus derechos.⁹⁰ Este tipo de daño se presenta cuando a raíz de los hechos, se generan para la víctima y sus familiares gastos relacionados, por ejemplo, con su exilio o la reubicación del hogar o residencia familiar, la obtención de empleo –perdido a en consecuencia de los hechos–, de reincorporación social o relacionados con la pérdida de posesiones.⁹¹

Sobre el particular, en el *caso Baldeón García Vs. Perú* (2006) la Corte IDH especificó los criterios que deben tenerse en cuenta estableciendo los siguientes:

...[U]n cambio sustancial en las condiciones y calidad de vida que se deriven como consecuencia directa de hechos imputables al Estado; la realización de gastos relacionados con el exilio o con la reubicación del hogar; gastos de reincorporación social; gastos realizados para obtener empleos que fueran perdidos a raíz de las violaciones cometidas por el Estado; gastos relacionados a la pérdida de estudios; pérdida de posesiones, así como el detrimento de la salud física, psíquica y emocional de la familia afectada.⁹²

⁸⁹ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. ..., *supra* nota 58, párr. 48.

⁹⁰ Ventura Robles, Manuel E., "La Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Por Parte de los Tribunales Nacionales", p. 9. Disponible en: <<http://www.yumpu.com/es/document/view/15013161/el-sistema-interamericano-de-proteccion-de-los-poder-judicial>> (19 de junio de 2013).

⁹¹ Al respecto, Claudio Nash señala que el desarrollo del concepto resulta interesante en la medida que "desvincula la afectación de los gastos en que pueda haber incurrido cada uno de los miembros del núcleo familiar y se amplía la idea a un nuevo sujeto "la familia" en una de sus claras cualidades particulares, cual es, la patrimonial". Nash Rojas, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Universidad de Chile, Segunda Edición, junio de 2009, p. 46.

⁹² Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 186.

Dicha indemnización se distribuye entonces entre los miembros de la familia. Así, en el caso *Molina Theissen Vs. Guatemala* (2004) la Comisión Interamericana alegó que la familia contaba con una situación económica estable y que a raíz de la desaparición forzada de la víctima el patrimonio familiar se vio considerablemente afectado. Al respecto la Corte IDH tomó en consideración las tareas de búsqueda efectuada por los familiares y las diligencias para identificar e investigar a los responsables (que suelen ubicarse bajo daño emergente), el abandono del trabajo al que se vieron obligados los padres y hermanas de la víctima y el exilio de la familia que les ocasionó una serie de gastos como de avión y de instalación.⁹³ Bajo esa lógica, se han ordenado otras indemnizaciones por las pérdidas patrimoniales de los familiares por motivos imputables al Estado, vinculados directamente con la violación de los derechos de la víctima.⁹⁴

V. Medidas de reparación integral

Una vez identificados los daños específicos que recaen en las víctimas, el siguiente paso consiste en identificar los remedios adecuados para reparar de manera integral los daños en el caso concreto. En específico, cabe hacer la analogía con el trabajo que realiza el médico frente a un herido múltiple. El médico deberá encontrar cada padecimiento de manera particular e identificar el remedio preciso para cada uno de estos, así como remedios que lo ayuden en general a recobrar su salud. Para ello, un mismo remedio puede aplicar para varios daños, mientras que otros requerirán de medidas adicionales y específicas.

En este entendido es que la Corte IDH generalmente otorgará una diversidad de medidas para cada caso, conocidas como medidas de *reparación integral*, a saber: 1) restitución, 2) rehabilitación, 3) satisfacción, 4) garantías de no repetición, 5) obligación de investigar los hechos, determinar los responsables y, en su caso, sancionar, y 6) indemnización compensatoria. A continuación, se clasifican y exponen las principales medidas otorgadas por la Corte Interamericana, con base en la clasificación integrada por los principios y directrices de reparación de la Organización de las Naciones Unidas.

⁹³ Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 52, 59-61.

⁹⁴ Así en Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú...*, *supra* nota 58, párr. 76; Corte IDH. *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala...*, *supra* nota 73, párr. 54. a.; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 427.

1. Restitución

La restitución pretende devolver a la víctima a la situación anterior de la violación. Esta incluye tanto la restitución material, como la restitución de derechos.⁹⁵ A continuación se desarrollan las principales medidas de restitución.

a. Restablecimiento de la libertad

La primera medida reparatoria de esta índole fue ordenada en la sentencia de reparaciones en el caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*⁹⁶ en que la Corte IDH ordenó, entre otras medidas, el restablecimiento de la libertad de la víctima en un plazo razonable, su reincorporación a las actividades docentes que venía desarrollando en instituciones públicas al momento de su detención arbitraria, en el entendido de que el monto de sus salarios y otras prestaciones debían ser equivalentes a la suma de sus remuneraciones por estas actividades en los sectores público y privado al momento de su detención.⁹⁷ Asimismo, la Corte IDH ha ordenado medidas similares con posterioridad.⁹⁸

b. Restitución de bienes y valores

Con el mismo objetivo se ha ordenado la restitución de bienes y/o valores como se ha visto en el caso *Tibi Vs. Ecuador* (2004) en el que se ordenó la restitución de los bienes y valores que le fueron incautados al Sr. Tibi por la policía al momento de su detención (piedras preciosas

⁹⁵ Principio 19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes. Cfr. ONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147. 16 de diciembre de 2005.

⁹⁶ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*..., *supra* nota 41, punto resolutivo tercero.

⁹⁷ *Ibid.*, párrs. 113 y 122.

⁹⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, punto resolutivo primero; Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, punto resolutivo décimo tercero; Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado Vs. Perú*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, punto resolutivo octavo; Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*..., *supra* nota 58, puntos resolutivos cuarto y quinto; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, punto resolutivo cuarto; Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, punto resolutivo séptimo y noveno; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, punto resolutivo séptimo (La Corte IDH la llama medida de satisfacción); Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, punto resolutivo octavo.

y un vehículo) que no le fueron devueltos o, en caso de no ser posible, el valor de los mismos.⁹⁹ Por su parte, en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile* (2005) se ordenó al Estado restituir todo el material que le fue privado a la víctima como los ejemplares de su libro "Ética y Servicios de Inteligencia" (que abordaba aspectos relacionados con "la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos") y el material relacionado que le fueron incautados en su domicilio y una imprenta.¹⁰⁰ En la jurisprudencia más reciente, se ordenó la devolución de bienes en el caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú* (2007) respecto del dinero que se encontraba en posesión del señor *Cantoral Huamaní* momentos previos a ser ejecutado extrajudicialmente, que le fue incautado por las autoridades estatales y que no había sido restituído,¹⁰¹ entre otras.

c. Reincorporación de la víctima a su cargo y pago de los salarios dejados de percibir

En los casos *Apitz Barbera*¹⁰² y *Reverón Trujillo*¹⁰³ Vs. *Venezuela* (2008 y 2009) las víctimas fueron destituidas arbitrariamente de un cargo judicial, por tanto el Estado debía reincorporarlas, si éstas así lo deseaban, a un cargo similar al que desempeñaba, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparables a los que le correspondería si hubiera sido reincorporada, so pena de verse obligado a pagar una indemnización.¹⁰⁴

⁹⁹ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 237e. Nótese sin embargo que esta medida fue ordenada bajo el subtítulo de indemnización por concepto de daño emergente, sin que por ello deje de considerarse una medida restitutiva.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 250.

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*..., *supra* nota 79, párr. 187. Según la Corte IDH, "La pérdida de esta suma de dinero bajo la custodia del Estado tiene un nexo causal directo con los hechos del caso y, consecuentemente, debe ser reparada".

¹⁰² En el caso *Apitz*, por ejemplo, la Corte Interamericana determinó que "la destitución de las víctimas fue el resultado de un proceso lesivo de garantías judiciales y de la protección judicial. En consecuencia, teniendo en cuenta que la garantía de permanencia o estabilidad en el cargo de todo juez, titular o provisional, debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella". Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, p. 246.

¹⁰³ La señora *Reverón Trujillo* fue destituida mediante un acto que fue decretado nulo, sin embargo, no se ordenó, en el derecho interno, su restitución ni se le otorgó un recurso efectivo capaz de remediar la violación. Al respecto, la Corte IDH observó que no habiendo motivos justificados para eximir al Estado de reincorporar a la víctima, y ante la violación de los artículos 25.1 (protección judicial) y 23.1.c (derechos políticos) de la Convención Americana

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 162-165. Ver también Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*..., *supra* nota 66.

d. Adopción de medidas necesarias para la eliminación de oficio de antecedentes penales

La anulación de los antecedentes penales constituye otra de las medidas de *restitución* usualmente ordenada por la Corte IDH. Así, por ejemplo, en el caso *Cantoral Benavides Vs. Perú* (2001), la Corte Interamericana ordenó al Estado anular los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales que existían en contra de Cantoral Benavides, en relación con los hechos del caso y a cancelar los registros correspondientes.¹⁰⁵ Sobre el particular, la Corte Interamericana dispuso, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, que el "Estado debe adoptar inmediatamente todas las medidas administrativas o de otro carácter que sean necesarias para eliminar de oficio los antecedentes penales de las personas absueltas o sobreseídas definitivamente, teniendo en cuenta que el proceso no puede suponer un perjuicio ni carga adicional para una persona inocente".¹⁰⁶

e. Recuperación de la identidad y restitución del vínculo familiar

La Corte IDH ha ordenado también que el Estado adopte todas las medidas adecuadas y necesarias para la restitución de la identidad de víctimas que fueron sustraídas por autoridades, incluyendo el nombre y apellido que sus padres biológicos le dieron, así como demás datos personales, lo cual debe abarcar la corrección de todos los registros estatales en los cuales aparezca con el apellido.¹⁰⁷

En el caso *Fornerón e hijas Vs. Argentina*, la Corte Interamericana ordenó que el Estado debe establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija. Ello implica un proceso de acercamiento progresivo de manera de comenzar a construir un vínculo entre padre e hija quienes, en casi doce años, solo se encontraron una vez por aproximadamente cuarenta y cinco minutos. Dicho proceso debe ser una instancia para que M y su padre puedan relacionarse mediante encuentros periódicos, y debe estar orientado a que, en el futuro, ambos puedan desarrollar y ejercer sus derechos de familia, como por ejemplo el derecho a vivir juntos, sin que ello suponga un conflicto con la familia adoptante de M.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*..., *supra* nota 58, párr. 78. Medidas similares se han ordenado en los casos *Loayza Tamayo Vs. Perú* (1998), *Acosta Calderón Vs. Ecuador* (2005), *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador* (2007) *Caso Kimel Vs. Argentina* (2008) y *Caso Bayarri Vs. Argentina* (2008).

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 270.

¹⁰⁷ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 195.

¹⁰⁸ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*..., *supra* nota 30, párr. 160.

f. *Devolución de tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Indígena*

Otra medida que responde al objetivo en cuestión es la *restitución* o devolución de tierras tradicionales a los miembros de las comunidades indígenas. En los casos paraguayos *Comunidad Indígena Sawhoyamaxe* (2006)¹⁰⁹ y *Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005),¹¹⁰ ambos contra *Paraguay* (*supra*) la Corte IDH ordenó al Estado la devolución del territorio tradicional de la comunidad y en su caso otorgar tierras alternativas dentro del territorio tradicional de sus ancestros.¹¹¹ En el caso *Xákmok Kásek* la Corte Interamericana por primera ocasión otorgó una especie de sanción punitiva en caso de incumplimiento de los plazos ordenados para garantizar el territorio a la comunidad. La Corte IDH dispuso que si el plazo fijado en la Sentencia venciera, o en su caso, si la prórroga otorgada venciera o fuera denegada por la Corte IDH, sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, o en su caso las tierras alternativas, deberá pagar a los líderes de la Comunidad un monto determinado por cada mes de retraso.¹¹² La Corte IDH ha ordenado también velar que el territorio reclamado por la Comunidad no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares.¹¹³ En el caso *Mayagna Vs. Nicaragua* (*supra*), la Corte Interamericana ordenó la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional.

g. *Extracción segura de explosivos enterrados en el territorio indígena y reforestación de las áreas afectadas*

En el caso del Pueblo *Sarayaku*, la Corte Interamericana ordenó neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo *Sarayaku*, con base en un proceso de consulta con el Pueblo y reforestar el área afectada.¹¹⁴

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxe Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 210, y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 210.

¹¹⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y costas (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, párr. 26, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. . . , *supra* nota 109, párrs. 144 a 154 y 217.

¹¹¹ La elección de estas tierras deberá ser consensuada con los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus propias formas de toma de decisiones.

¹¹² Ver: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

¹¹³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 211.

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 295.

2. Rehabilitación (tratamiento o asistencia médica y psicológica)

La *rehabilitación* pretende reparar lo que concierne a las afectaciones físicas, psíquicas o morales que puedan ser objeto de atención médica o psicológica.¹¹⁵ La rehabilitación fue ordenada por primera vez en los casos *Barrios Altos*, *Cantoral Benavides y Durand y Ugarte Vs. Perú*,¹¹⁶ a través del acuerdo llevado a cabo entre las partes y que fuera homologado por la Corte IDH. Posteriormente, fue incluida dentro del catálogo de medidas de satisfacción y recientemente alcanzó su autonomía como medida de rehabilitación, siendo ordenada en la mayoría de los casos.¹¹⁷

Así, en reiteradas ocasiones ha establecido que con el fin de contribuir a la reparación de daños, dispone la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente y de forma inmediata, el tratamiento médico y psicológico que requiera(n) la(s) víctima(s), previo consentimiento informado, y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de medicamentos. El tratamiento médico y psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales.¹¹⁸ Si el Estado careciera de ellas deberá recurrir a instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas.¹¹⁹ Finalmente, dicho tratamiento se deberá otorgar, en la medida de las posibilidades, en los centros más cercanos a su lugar de residencia.¹²⁰ Además, "al proveer dicho tratamiento se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas y después de una evaluación individual".¹²¹

¹¹⁵ No obstante en casos de comunidades indígenas, exclusivamente, se ha considerado la prestación de bienes y servicios. Cfr. Caso *Xákmok Kásek* y el Principio 21 de los Principios de Reparación de las Naciones Unidas. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales. Cfr. *Principios de Reparación de la ONU*..., *supra* nota 95.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87, punto resolutivo tercero, y Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*..., *supra* nota 58, punto resolutivo octavo; Corte IDH. *Caso Durand Ugarte Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89, párr. 37 y punto resolutivo tercero.

¹¹⁷ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*..., *supra* nota 78, párr. 302; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*..., *supra* nota 39, párr. 268-270; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párr. 255-256.

¹¹⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*..., *supra* nota 116, párr. 42 (de conformidad al acuerdo realizado con el Estado y que es homologado por la Corte como consta en el párrafo 45); Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párrs. 255-256.

¹¹⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*..., *supra* nota 73, párr. 235, y Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*..., *supra* nota 107, párr. 200.

¹²⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*..., *supra* nota 73, párr. 235; Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No 237, párr. 330.

¹²¹ Cfr. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*..., *supra* nota 41, párr. 278; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párrs. 255-256.

Por otro lado, en casos de víctimas colectivas de graves violaciones a derechos humanos, la Corte IDH ha requerido la creación de un comité que evalúe la condición física y psíquica de las víctimas, así como las medidas que respecto de cada una habría que tomar.¹²² Adicionalmente, en casos de pueblos indígenas, la Corte Interamericana ha dispuesto que el Estado adopte, de manera inmediata, periódica y permanente, la dotación de suministros y servicios, entre ellos, agua potable, atención médica especializada a mujeres y niños, alimentos de calidad, servicios sanitarios, e infraestructura a escuelas.¹²³

La Corte Interamericana también ha considerado que cuando las víctimas que se encuentran fuera del país, por razones justificadas, no deseen regresar, se deberá proporcionar una suma destinada a sufragar los gastos de tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico, así como otros gastos conexos, en el lugar en que resida.¹²⁴ El pago de una indemnización por gastos médicos pasados y futuros ha sido también contemplado por la Corte IDH.¹²⁵

Respecto de casos colectivos y, en el marco de una solución amistosa, donde las víctimas no pudieron ser identificadas previamente, la Corte Interamericana ha dispuesto la creación de un mecanismo de identificación y en su caso, que garantice en iguales condiciones el acceso a tratamientos de las nuevas víctimas identificadas.¹²⁶

3. Satisfacción

Las medidas de *satisfacción* tienen el objetivo de reintegrar la dignidad de las víctimas y ayudar a reorientar su vida o memoria.¹²⁷ Así la Corte IDH ha establecido que estas medidas buscan, *inter alia*, el reconocimiento de la dignidad de las víctimas o transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones como las del presente caso.¹²⁸ Si bien algunas medidas también tienen un efecto de no repetición, éstas se caracterizan principalmente por su efecto satisfactorio, lo cual no excluye otros alcances.

¹²² Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 108.

¹²³ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. ..., *supra* nota 112, párr. 301.

¹²⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas..., *supra* nota 107, párr. 201.

¹²⁵ Ver: *Caso Tibi Vs. Ecuador*..., *supra* nota 94; Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 13.

¹²⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras*..., *supra* nota 34, párr. 118.

¹²⁷ Principio 22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de un catálogo de medidas. Ver *Principios de Reparación de la ONU*, *supra* nota 95.

¹²⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas..., *supra* nota 81, párr. 164.

La Corte Interamericana dispuso en el caso de *Neira Alegría y otros Vs. Perú* (1991), que "*una sentencia condenatoria puede constituir en sí misma una forma de reparación y satisfacción moral*",¹²⁹ sin embargo ante la gravedad de las violaciones dadas y al sufrimiento moral causado a las víctimas, la Corte IDH suele disponer otras medidas de satisfacción.

En el caso de *los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* (2001), la Corte IDH dispuso que no siendo posible únicamente indemnizar el daño moral, "para los fines de la *reparación integral* a las víctimas", se puede reparar "mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir".¹³⁰

En adelante, la Corte Interamericana en la mayoría de los casos ha desarrollado un amplio catálogo de medidas de satisfacción, las cuales se exponen a continuación.

a. *Publicación o difusión de la sentencia*

Las sentencias de reparaciones emitidas en los casos *Barrios Altos*, *Cantoral Benavides y Durand y Ugarte* la Corte IDH ordenó por primera vez la publicación de su sentencia en un diario oficial del Estado, así como en otros medios de comunicación¹³¹ como parte del acuerdo celebrado entre la partes y que fuera homologado por la Corte IDH. A partir de ese momento, la publicación de su sentencia, no sólo en medios impresos sino incluso a través de la radio y la Internet, se ha constituido en una medida de satisfacción constante en las decisiones de la Corte Interamericana.¹³²

Algunas variaciones han incluido la traducción y difusión de partes pertinentes de la sentencia en otros idiomas, cuando se trató de pueblos indígenas, como es el caso, por ejemplo, la lengua nasa yute (*Caso Escué Zapata Vs. Colombia*), *Saramaka (Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam)*, maya k'iche' (*Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*) o maya kaqchikel (*Caso Chitay Nech y*

¹²⁹ Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú...*, *supra* nota 39, párr. 56.

¹³⁰ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala...*, *supra* nota 6, párr. 84.

¹³¹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú...*, *supra* nota 166, punto resolutive 5 d); Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú...*, *supra* nota 58, punto resolutive séptimo; Corte IDH. *Caso Durand Ugarte Vs. Perú...*, *supra* nota 116, punto resolutive cuarto a).

¹³² Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala...*, *supra* nota 73, punto resolutive tercero; y Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia...*, *supra* nota 30.

otros Vs. Guatemala).¹³³ Asimismo, en casos de víctimas cuyo idioma de origen no es el mismo del Estado hallado responsable¹³⁴ (*Nadege Dorzema Vs. República Dominicana*).

Cabe señalar que en muchos casos, la Corte Interamericana solía especificar los párrafos que se debían publicar. No obstante, a partir del caso *Chitay Nech Vs. Guatemala* (2010), la Corte IDH implementó la práctica de emitir un Resumen Oficial de la Sentencia, mediante el cual, la Corte Interamericana, en adelante, ha ordenado que sea éste el que se publique en *Diario Oficial*, un diario de amplia circulación nacional,¹³⁵ en un sitio web oficial.¹³⁶ Para estas publicaciones se fija el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia".¹³⁷

Lo anterior, ha contribuido a reducir costos excesivos del Estado derivados de las publicaciones¹³⁸ y ampliado el acceso del conocimiento de las Sentencias de la Corte IDH, a partir de una versión más comprensible para todo público.

b. Acto público de reconocimiento de responsabilidad

El acto público de reconocimiento de responsabilidad constituye una medida de *satisfacción*. Tales actos están orientados a dar satisfacción y dignificar a las víctimas promoviendo un reconocimiento público de responsabilidad, ya sea por haber ocasionado directamente las violaciones, o por no haber protegido a las víctimas. Con ese fin, deben incluir, asimismo, una petición de disculpas a las víctimas, un reconocimiento de su dignidad como personas y una crítica a las violaciones.¹³⁹

En las sentencias en los casos *Barrios Altos* y *Durand y Ugarte*, en las que se homologó un acuerdo entre las partes, la Corte IDH ordenó que mediante Resolución el Estado realizará

¹³³ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*..., *supra* nota 122, punto resolutivo quinto; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*..., *supra* nota 109, párr. 227; Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, puntos resolutivos sexto, séptimo y octavo; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*..., *supra* nota 109, párr. 236 y punto resolutivo décimo tercero. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párr. 245.

¹³⁴ Ver: Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*..., *supra* nota 99.

¹³⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párr. 244, y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*..., *supra* nota 112, párr. 298.

¹³⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 158; Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 222, y Corte IDH. *Caso Lysias Fleury Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 123.

¹³⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*..., *supra* nota 116, Punto Resolutivo 5 d); Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*..., *supra* nota 73, párr. 220.

¹³⁸ Véase: Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*..., *supra* nota 99.

¹³⁹ Beristain, Carlos, *Diálogos sobre la reparación, experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos. Tomo II*, San José, IIDH, 2008, p. 57.

"una expresión pública de solicitud de perdón a las víctimas por los graves daños causados" y una ratificación de la voluntad de que no vuelvan a ocurrir este tipo de hechos.¹⁴⁰ En el caso *Bámaca Velásquez*¹⁴¹ la Corte Interamericana ordenó por primera vez al Estado, realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y de desagravio, lo que ha sido incorporada con posterioridad.¹⁴²

Así, la Corte IDH ordena reiteradamente que:

El Estado realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso en desagravio a la memoria de [...], el cual deberá efectuarse en español [y en la lengua ***]. En dicho acto se deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. Asimismo, deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública en presencia de altos funcionarios del Estado, ***, los familiares [de la(s) víctima(s)] y ***. El Estado y los familiares de [la(s) víctima(s)] y/o su(s) representantes, deberán acordar la modalidad de cumplimiento del acto público de reconocimiento, así como las particularidades que se requieran, tales como el lugar y la fecha para su realización.¹⁴³

La Corte Interamericana ha restringido el otorgamiento de esta medida, señalando que la misma se otorga, "generalmente, aunque no exclusivamente, con el objeto de reparar violaciones a los derechos a la vida, a la integridad y libertad personales".¹⁴⁴ En ese sentido, cuando considera que "no se aprecia una relación directa entre el acto público de reconocimiento de responsabilidad como medida de reparación y la violación declarada", la Corte IDH ha subrayado que "la Sentencia, *per se*, así como otras medidas de reparación constituyen

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú, *supra* nota 116, punto resolutivo quinto e). Corte IDH. Caso Durand Ugarte Vs. Perú..., *supra* nota 116, puntos resolutivos.

¹⁴¹ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala..., *supra* nota 73, punto resolutivo tercero.

¹⁴² Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 188; Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia..., *supra* nota 30.

¹⁴³ Cfr. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México..., *supra* nota 28, párr. 353; Corte IDH. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala..., *supra* nota 39, párrs. 261-262; Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela..., *supra* nota 120, párr. 334.

¹⁴⁴ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 239; Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 243, y Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 161.

importantes y suficientes medidas para reparar las violaciones".¹⁴⁵ En otros casos, la Corte Interamericana ha respetado la voluntad de las víctimas o familiares para no aceptar una medida de este tipo.¹⁴⁶

c. Medidas en conmemoración de las víctimas, o hechos y derechos

Los homenajes o actos conmemorativos constituyen medidas de *satisfacción* de las víctimas mediante actos que rescatan el recuerdo y la memoria de las víctimas, sobretodo en casos de graves violaciones de derechos humanos. La Corte Interamericana ha valorado los actos conmemorativos señalando que se trata de "medidas de satisfacción [...] adecuadas para reparar el daño sufrido por los familiares".¹⁴⁷ Cabe señalar que, si bien se trata de una medida que por naturaleza busca la satisfacción, puede tener a su vez carácter de garantía de no repetición.

A través de la homologación del acuerdo de reparaciones en el caso *Benavides Cevallos Vs. Ecuador*, el Estado ecuatoriano se comprometió a preservar el nombre de Consuelo Benavides Cevallos "en calles, plazas o escuelas, acogiendo el pedido de sus padres".¹⁴⁸ En el caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y otros*) Vs. *Guatemala*¹⁴⁹ la Corte IDH ordenó al Estado designar un centro educativo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa en su memoria. En esa oportunidad la Corte Interamericana consideró que ello "contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas".¹⁵⁰

La Corte Interamericana continuó ordenando dichas medidas, a manera de ejemplo destacan las siguientes: en el caso *Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia* (2008) se ordenó el nombramiento de una plaza bajo el nombre de la víctima (como la publicación oficial de un libro sobre su

¹⁴⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 110.

¹⁴⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 172.

¹⁴⁷ Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. . . , *supra* nota 45, párr. 165.

¹⁴⁸ Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38, párr. 48 5).

¹⁴⁹ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. . . , *supra* nota 6, punto resolutorio séptimo y párr. 103.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

historia y vida)¹⁵¹ y en *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (2008) se ordenó la designación de una calle con el nombre de la víctima.¹⁵²

Por su parte, en el caso de *Masacre de Plan de Sánchez Vs. Guatemala* (2004),¹⁵³ la Corte IDH fijó una cantidad en dinero para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a quienes fueron ejecutados en la Masacre. Ello, según la Corte IDH, "contribuirá a despertar la conciencia pública, para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso, y para conservar viva la memoria de las personas fallecidas".¹⁵⁴

En el caso *Valle Jaramillo Vs. Colombia* (2008) la Corte Interamericana tomó nota de diversos "actos de recuperación de la memoria histórica" implementados por el Estado como la elaboración de una placa en memoria de la víctima para "mantener viva su memoria y prevenir hechos violatorios" como los del caso en cuestión.¹⁵⁵

En el caso *González y otras "Campo Algodonero" Vs. México* (2009), la Corte Interamericana ordenó el levantamiento de un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género "como forma de dignificarlas y como recuerdo del contexto de violencia que padecieron y que el Estado se compromete a evitar en el futuro".¹⁵⁶ En el mismo sentido, en el caso de *La Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala* (2009), la Corte IDH ordenó levantar un monumento en memoria de quienes fallecieron en la masacre en donde ocurrieron los hechos, con una placa alusiva a lo ocurrido y el nombre de las víctimas. Ello, "con el propósito de mantener viva su memoria y como garantía de no repetición".¹⁵⁷

En el caso *Radilla Pacheco Vs. México* (2009), la Corte Interamericana aceptó la propuesta del Estado de realizar una semblanza de la vida de la víctima señalando que "estas iniciativas son significativas tanto para la preservación de la memoria y satisfacción de las víctimas, y la

¹⁵¹ Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia...*, *supra* nota 45, párrs. 164/165.

¹⁵² Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 253.

¹⁵³ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala...*, *supra* nota 122, párr. 104.

¹⁵⁴ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 236; Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia...*, *supra* nota 41, párr. 273, y Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala...*, *supra* nota 93, párr. 88.

¹⁵⁵ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 229.

¹⁵⁶ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, *supra* nota 64, párrs. 271 y 272.

¹⁵⁷ Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra* nota 39, párr. 265.

recuperación y restablecimiento de la memoria histórica de una sociedad democrática".¹⁵⁸ Bajo la misma lógica, en el caso *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia* (2010), se ordenó "como medida de satisfacción, y dada la importancia de la reivindicación de la memoria y dignidad del Senador Cepeda Vargas", la realización de una publicación y un documental audiovisual sobre la vida política y periodística del mismo y señaló que "estas iniciativas son significativas tanto para la preservación de la memoria y satisfacción de las víctimas, como para la recuperación y restablecimiento de la memoria histórica en una sociedad democrática".¹⁵⁹

d. Becas de estudio y becas conmemorativas

La creación y donación de becas de estudio constituye una medida de *satisfacción* que se buscan principalmente promover un sentido de reparación transformadora, es decir, que ayude a cambiar las circunstancias que dieron origen a las violaciones o que, al menos, generen nuevas oportunidades para contribuir al cambio y facilitar la promoción social de víctima o familiares.¹⁶⁰

Esta medida fue ordenada por primera vez en el caso *Barrios Altos Vs. Perú* (2001),¹⁶¹ en el que la Corte Interamericana homologó el compromiso del Estado en proporcionar a los beneficiarios prestaciones educativas entre las que se encontraban becas con el fin de estudiar en Academias, Institutos y Centros de Ocupación, y apoyar a los beneficiarios interesados en continuar sus estudios. Ello, disponiendo asimismo los correspondientes materiales educativos, textos oficiales, uniformes y útiles escolares entre otros.

Posteriormente, en el caso *Cantoral Benavides Vs. Perú* (2001), con motivo de la acreditación del daño al proyecto de vida de la víctima directa (*supra*), se ordenó proporcionar una beca a Luis Alberto Cantoral que cubra los costos de la carrera profesional que la víctima eligiera en un centro de reconocida calidad académica elegido entre la víctima y el Estado así como los gastos de manutención durante el período de los estudios.¹⁶² Posteriormente, en el caso del Instituto de Reeducción del Menor la Corte IDH ordenó al Estado brindar asistencia

¹⁵⁸ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 28, párr. 355 y 356.

¹⁵⁹ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, *supra* nota 73, párrs. 228-230.

¹⁶⁰ Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación, experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo II, San José, 2008, p. 344.

¹⁶¹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, *supra* nota 116, párr. 43.

¹⁶² Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, *supra* nota 58, párr. 80.

vocacional, así como un programa de educación especial destinado a determinado número de ex internos del Instituto.¹⁶³

Asimismo, dicha medida se ha ordenado en otros casos en donde se acredita una afectación relacionada con la pérdida de oportunidades inclusive de familiares de las víctimas directas.¹⁶⁴

e. Medidas socioeconómicas de reparación colectiva

En casos de víctimas colectivas, en los que se han acreditado violaciones que repercutieron en patrones estructurales, la Corte IDH ha otorgado medidas de amplio alcance para la colectividad, principalmente medidas socioeconómicas como proyectos de infraestructura o de educación a través de la implementación de fondos de desarrollo.

Así, en el caso *Aloeboetoe y otros Vs. Suriname*,¹⁶⁵ la Corte Interamericana ordenó por primera ocasión al Estado, reabrir una escuela en el poblado donde los hijos de las víctimas viven y dotarla de personal docente y administrativo para que funcionara permanentemente a partir de 1994, así como poner en operación en el curso de ese año el dispensario de salud existente en ese lugar. En esa oportunidad la Corte IDH tomó en cuenta que en dicho poblado la escuela y el dispensario estaban cerrados, por lo que consideró que los objetivos de la reparación no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que era preciso también que se ofreciera a los niños una escuela donde pudieran recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica.

En el caso *Masacre Plan de Sánchez* la Corte IDH dispuso el deber de desarrollar en las comunidades donde habitan las víctimas, programas de estudio y difusión de la cultura maya achí en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; de mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal y del sistema de alcantarillado y suministro de agua potable, entre otras.¹⁶⁶

¹⁶³ Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, punto resolutivo décimo tercero.

¹⁶⁴ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 170; *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*, *supra* nota 79, párr. 194, y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, *supra* nota 155, p. 227.

¹⁶⁵ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, punto resolutivo quinto.

¹⁶⁶ Ver. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, *supra* nota 122.

Así, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (2001), la Corte IDH consideró que "debido a la situación en la cual se encuentran los miembros de la Comunidad por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el Estado debía invertir en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo [con ésta]".

Por su parte, en los casos de la *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (2005) y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (2006), considerando la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de las Comunidades y las graves condiciones de vida a las que se vieron sometidos por los hechos del caso, la Corte Interamericana estimó pertinente que el Estado creara un fondo de desarrollo comunitario a ser implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad para el que debía entregar cantidades en dinero. El fondo, en ambos casos, consistiría en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud. En el primer caso, se ordenó asimismo la creación de un programa comunitario para el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria, programa que, en el segundo caso, se incluyó en el fondo.¹⁶⁷

Bajo el mismo principio, en casos referentes a masacres, la Corte IDH ha ordenado la implementación de programas de acceso a vivienda para los integrantes de la población afectada. Así por ejemplo, en los casos de *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala* (2005) y *Masacres de Ituango Vs. Colombia* (2006) se ordenó al Estado "implementar un programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes".¹⁶⁸

En el caso de la *Comunidad Moiwana Vs. Surinam* (2005) se ordenó la creación de un Fondo de desarrollo financiado por el Estado de Surinam, Tal fondo sería destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad.¹⁶⁹

Cabe señalar que respecto de la supervisión de los fondos de desarrollo, en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, la medida ordenada quedó "bajo la supervisión de la Comisión Interamericana". Al respecto cabe señalar que esta fórmula no pareciera muy acorde con

¹⁶⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 109, párr. 189 y 205, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 109, párr. 224.

¹⁶⁸ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, *supra* nota 30, párr. 407, y *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, *supra* nota 122, párr. 105.

¹⁶⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 213-215.

la visión de las comunidades como titulares plenos de derechos.¹⁷⁰ Sin embargo, en los casos posteriores, los elementos específicos de dichos proyectos quedaron bajo la determinación de un comité de implementación conformado por tres miembros: un representante designado por las víctimas, otro por el Estado y un tercero designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado. No obstante, de conformidad con el principio de autodeterminación de los pueblos, tales programas deberían quedar bajo la organización, administración y supervisión de la Comunidad misma y no con la intervención de terceros.

f. Otras medidas de satisfacción

La Corte Interamericana ha otorgado otras medidas de satisfacción en casos específicos, entre ellas, en los casos de pena de muerte la Corte IDH ordenó al Estado abstenerse de condenar a la pena de muerte a una persona¹⁷¹ o la conmutación de la misma,¹⁷² y en otro caso de rapto de niños ordenó la búsqueda de niños desaparecidos en el Salvador.¹⁷³

4. Garantías de no repetición

Estas medidas tienen como principal objetivo la no repetición de los hechos que ocasionaron la violación,¹⁷⁴ las cuales pueden incluir capacitaciones, reformas legislativas, adopción de medidas de derecho interno, etc. Atienden el espíritu establecido en el artículo 63.1o., el sentido de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos. Resulta importante señalar, que dichas medidas también deben tener un *nexo causal* (aunque éste sea amplio o como víctima potencial) con la violación encontrada en el fondo.

La Corte IDH ha señalado que en casos en los que se configura un patrón recurrente, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia como medida de reparación, a fin

¹⁷⁰ Nash Rojas, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Universidad de Chile, Segunda Edición, junio de 2009, p. 55.

¹⁷¹ Cfr. Corte IDH. *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 215, y *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 109-110.

¹⁷² Cfr. Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 127.

¹⁷³ Cfr. Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 180.

¹⁷⁴ Principio 23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención de hechos similares a los que ocasionaron la violación". Ver *Principios de Reparación de la ONU*, *supra* nota 95.

de que hechos similares no se vuelvan a repetir y contribuyan a la prevención.¹⁷⁵ En este sentido, el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por ello, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos,¹⁷⁶ de conformidad con las obligaciones de respeto y garantía dispuestas en los artículos 1.1o. y 2o. de la Convención Americana.¹⁷⁷

En este sentido, en la mayoría de los casos éstas se derivan de la violación del artículo 2 de la Convención Americana, en el sentido del incumplimiento de adoptar medidas de derecho interno, tanto legislativas como prácticas, para cumplir con los estándares de la Convención Americana.

Ejemplo de una garantía de no repetición por excelencia corresponde a la construcción y mejoras de centros penitenciarios donde se acreditaron violaciones a los derechos humanos.¹⁷⁸ Fue en el caso *Hilaire y otros Vs. Trinidad y Tobago* cuando la Corte Interamericana ordenó por primera vez, como una forma de reparación, la adopción de medidas para adecuar las condiciones de su sistema carcelario a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia. En el caso *Pacheco Teruel Vs. Honduras (2012)*, con motivo de un incendio en el que murieron muchas personas, la Corte IDH ordenó al Estado reformar nueve centros penitenciarios que se encuentran en estado de emergencia, a fin de prevenir principalmente incendios y otras situaciones críticas, así como evitar la sobrepoblación y el hacinamiento, los cuales obstaculizan el normal desempeño de funciones esenciales en los centros como la salud, el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, la educación, el trabajo, la recreación, rehabilitación y el régimen de visitas de los reclusos; ocasionan el deterioro generalizado de las instalaciones físicas; provocan serios problemas de convivencia, y favorecen la violencia intra-carcelaria.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras...*, *supra* nota 34, párr. 96.

¹⁷⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez...*, *supra* nota 5, párr. 166, y Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 240.

¹⁷⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras...*, *supra* nota 34, párr. 92.

¹⁷⁸ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago...*, *supra* nota 171, punto resolutivo décimo cuarto. Ver otros casos: Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador...*, *supra* nota 99, punto resolutivo décimo tercero; Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; Corte IDH. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123; Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala...*, *supra* nota 98; *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala...*, *supra* nota 98; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150. Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela...*, *supra* nota 79, punto resolutivo cuarto a).

¹⁷⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras...*, *supra* nota 34, párr. 96.

Al respecto, la Corte Interamericana ha ordenado una vasta diversidad de medidas con este carácter, que para efectos didácticos podemos dividir en dos grandes grupos: a) medidas de capacitación, formación o educación en materia de derechos humanos para funcionarios públicos y otros grupos, y b) adopción de medidas en derecho interno.

a. Capacitaciones en materia de derechos humanos para los funcionarios públicos

En su sentencia de reparaciones en el caso *Del Caracazo Vs. Venezuela* (2002), la Corte IDH ordenó por primera vez a un Estado la adopción de medidas tendientes a formar y capacitar a miembros de cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de derechos humanos.¹⁸⁰ Asimismo, en el caso *Trujillo Oroza Vs. Bolivia* (2002) ordenó impartir la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada a funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley,¹⁸¹ lo cual ha sido práctica reiterada en diversos casos ordenando medidas de educación, formación o capacitación.¹⁸²

El criterio actual corresponde a que la función de la capacitación es "brindar al funcionario público nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades, permitir su especialización en determinadas áreas novedosas, prepararlo para desempeñar posiciones distintas y adaptar sus capacidades para desempeñar mejor las tareas asignadas".¹⁸³ Sobre el particular la Corte Interamericana ha estimado pertinente recordar que "la eficacia e impacto de la implementación de los programas de educación en derechos humanos [...] es crucial para generar garantías de no repetición de hechos como los del [...] caso. Tales programas deben reflejarse en resultados de acción y prevención que acrediten su eficacia, más allá de que su evaluación deba realizarse a través de indicadores adecuados".¹⁸⁴ Adicionalmente, para cumplir tales objetivos y tratándose de un "sistema de formación continua, se debe extender durante un lapso importante".¹⁸⁵

¹⁸⁰ Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela*..., *supra* nota 79, punto resolutivo cuarto a).

¹⁸¹ Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.

¹⁸² Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*..., *supra* nota 78, párr. 157-158; Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*..., *supra* nota 64, párr. 543; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*..., *supra* nota 28, párr. 346-348; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*..., *supra* nota 39, párr. 229-236.

¹⁸³ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008, Considerando décimo noveno; Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*..., *supra* nota 144, párr. 251, y Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*..., *supra* nota 28, párr. 346.

¹⁸⁴ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*..., *supra* nota 42, párr. 252.

¹⁸⁵ Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*..., *supra* nota 144, párr. 251, y Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*..., *supra* nota 64, párr. 540.

Los programas ordenados por la Corte IDH, en su mayoría dirigidos a autoridades competentes, incorporan el estudio de su jurisprudencia¹⁸⁶ y la capacitación sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos y planes de emergencia,¹⁸⁷ sobre los principios que deben regir el trato a ser ofrecido a las personas que padecen de discapacidad mental,¹⁸⁸ sobre los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul,¹⁸⁹ y normas del Derecho Internacional Humanitario;¹⁹⁰ sobre los instrumentos relativos a violencia por razones de género;¹⁹¹ sobre los límites de la jurisdicción penal militar, así como los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial;¹⁹² sobre el uso de la fuerza;¹⁹³ análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con los límites de la jurisdicción penal militar y los derechos a las garantías judiciales y protección judicial con el objetivo de prevenir que casos de violación a los derechos humanos sean investigados y juzgados por dicha jurisdicción;¹⁹⁴ sobre la difusión de los derechos de los pacientes (aplicando la legislación existente y los estándares internacionales sobre la materia) y la sanción por su incumplimiento.¹⁹⁵

La Corte Interamericana ha ordenado que estos programas sean dirigidos, según corresponda, a cuerpos armados y organismos de seguridad, personal judicial, del ministerio público, personal médico, psiquiátrico y psicológico, personal y auxiliares de enfermería, personas vinculadas con la atención de Salud Mental, así como a funcionarios que trabajan en medicina legal y ciencias forenses, funcionarios penitenciarios, entre otros.

Asimismo, resulta relevante destacar medidas que la Corte IDH ha ordenado al Estado y no están dirigidas exclusivamente a autoridades sino que a una población específica. En este sentido, en el caso *Servellón García y otros Vs. Honduras (2006)*, se ordenó por primera ocasión

¹⁸⁶ Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia...*, *supra* nota 125, párrs. 106-108.

¹⁸⁷ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador...*, *supra* nota 99, punto resolutivo décimo tercero, y Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras...*, *supra* nota 34, párrs. 113-114.

¹⁸⁸ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil...*, *supra* nota 78, punto resolutivo octavo.

¹⁸⁹ Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia...*, *supra* nota 125, párr. 110.

¹⁹⁰ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia...*, *supra* nota 142, punto resolutivo décimo tercero, y Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 251.

¹⁹¹ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México...*, *supra* nota 64, entre ellos la Convención Belém do Pará y la CEDAW, el Protocolo de Estambul y el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas).

¹⁹² Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia...*, *supra* nota 78, párr. 303; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México...*, *supra* nota 28, párr. 347, y Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 251.

¹⁹³ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia...*, *supra* nota 78, párr. 303, y Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador...*, *supra* nota 78, párrs. 157-158.

¹⁹⁴ Corte IDH. *Radilla Pacheco Vs. México...*, *supra* nota 28, párr. 346-348.

¹⁹⁵ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.*

"una campaña con la finalidad de sensibilizar a la sociedad hondureña respecto de la importancia de la protección a los niños y jóvenes, informarla sobre los deberes específicos para su protección que corresponden a la familia, a la sociedad y al Estado y hacer ver a la población que los niños y jóvenes en situación de riesgo social no están identificados con la delincuencia".¹⁹⁶ Posteriormente, en el caso, *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador* (2007), se ordena la implementación de una campaña sobre los derechos de los pacientes que incluye a los profesionales de la salud.¹⁹⁷ En el caso *González y otras Vs. México* (2009) se dispuso que

... teniendo en cuenta la situación de discriminación en contra de la mujer reconocida por el Estado, es necesario que éste realice un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación. A tal efecto, el Estado deberá presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado con tal fin.¹⁹⁸

En el caso *Kawas Fernández Vs. Honduras* (2009) se ordenó la realización de una campaña nacional de concientización y sensibilización sobre la importancia de la labor que realizan los defensores del medio ambiente y de sus aportes en la defensa de los derechos humanos, dirigida no solamente a funcionarios de seguridad y operadores de justicia sino a la población general.¹⁹⁹ En el caso *Nadege Dorzema* (2012) la Corte Interamericana ordenó que el Estado realice una campaña en medios públicos sobre los derechos de las personas migrantes regulares e irregulares en el territorio dominicano en los términos de lo dispuesto en el Fallo.²⁰⁰

b. Medidas de derecho interno²⁰¹ (legislativas, administrativas o de otra índole)

El artículo 2 de la Convención Americana complementa las obligaciones de respeto y garantía consagradas en el artículo 1.1, con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos de la CADH.²⁰² Así, en el caso *Castillo Petruzzi Vs. Perú* (1999), la Corte IDH estableció que

¹⁹⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 76, párr. 201.

¹⁹⁷ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador...*, *supra* nota 195, párr. 164.

¹⁹⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México...*, *supra* nota, 64, párr. 543.

¹⁹⁹ Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 214.

²⁰⁰ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana...*, *supra* nota 34, párr. 272.

²⁰¹ Se trata de una medida que se adapta al principio 23h) de los principios y directrices en materia de reparación Naciones Unidas que, en materia de *garantías de no repetición* dispone "La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan".

²⁰² Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 240.

[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención Americana. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²⁰³

En el caso de *Suárez Rosero Vs. Ecuador* (1999), la Corte Interamericana manifestó que

el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana.²⁰⁴

Por tanto, en este caso se ordenó al Estado la adopción de las medidas necesarias para respetar las garantías judiciales de las detenciones.²⁰⁵

Por tanto, cuando se ha acreditado una situación incompatible con la Convención Americana, que por ende ha derivado en una violación, la Corte IDH ha ordenado la adecuación de medidas tendientes a garantizar los derechos de la Convención Americana. A continuación se enlistan algunas de las más significativas:

- Mejoras en las condiciones de detención.²⁰⁶
- Creación de una garantía constitucional del hábeas corpus o recurso de amparo.²⁰⁷
- Garantizar a los pueblos indígenas al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial.²⁰⁸
- Ejercicio de la libertad de expresión y adecuación de los delitos de injuria y calumnia.²⁰⁹

²⁰³ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú...*, *supra* nota 98, párr. 207. En tal caso se ordenó adoptar las medidas apropiadas para reformar los decretos leyes sobre terrorismo y traición a la patria que fueron declarados violatorios de la Convención Americana.

²⁰⁴ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador...*, *supra* nota 98, párr. 87.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados...*, *supra* nota 172, párr. 127, y Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 183.

²⁰⁷ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 106, párr. 269.

²⁰⁸ *Cfr.* Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname...*, *supra* nota 113, párr. 194. En lo que concierne la restitución de propiedades comunales véase lo dispuesto respecto de las medidas de *restitución*. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador...*, *supra* nota 114, párr. 299.

²⁰⁹ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 128, y Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 208.

- Adopción de disposiciones respecto a la ética y disciplina del Poder Judicial.²¹⁰
- Garantía de inamovilidad de los jueces.²¹¹
- Regulación legal del derecho a ser elegido.²¹²
- Regulación del desacato y la jurisdicción penal militar.²¹³
- Regulación del recurso de amparo.²¹⁴
- Libertad de buscar, recibir y difundir información de las presuntas víctimas.²¹⁵
- Derecho a recurrir los fallos condenatorios.²¹⁶
- Reposición de un procedimiento penal inicialmente seguido ante tribunales incompetentes.²¹⁷
- Celebración de un nuevo juicio en el que se respeten las reglas del debido proceso.²¹⁸
- Dejar sin efecto una resolución emitida con base en una legislación incompatible con la CADH.²¹⁹
- Modificar ordenamiento interno o reformas constitucionales.²²⁰
- Aplicación de control de convencionalidad.²²¹
- Sobre la normativa referente a la inscripción tardía de nacimiento de una persona en el registro civil.²²²
- Tipificación adecuada del delito de desaparición forzada de personas.²²³

²¹⁰ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela...*, *supra* nota 102, párr. 253.

²¹¹ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela...*, *supra* nota 104, párrs. 192-193.

²¹² Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México...*, *supra* nota 144, párr. 231.

²¹³ Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 173-174.

²¹⁴ Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 242.

²¹⁵ Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 406, y Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 416.

²¹⁶ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 133-135.

²¹⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú...*, *supra* nota 98, Punto resolutive 13.

²¹⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala...*, *supra* nota 98, párr. 130. a) y b). Cfr. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay...*, *supra* nota 30, párr. 248.

²¹⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú...*, *supra* nota 58, párr. 77.

²²⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo..., *supra* nota 46, párr. 97, punto resolutive cuarto. Cfr. Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados...*, *supra* nota 172, párr. 127.b), y Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados...*, *supra* nota 171, párr. 104.

²²¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México...*, *supra* nota 28, párr. 339, véase también Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela...*, *supra* nota 136, párr. 226.

²²² Cfr. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2006. Serie C No. 130, párr. 239.

²²³ Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México...*, *supra* nota 28, párr. 344, y Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador...*, *supra* nota 107, párr. 219.

- Estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia para combatir desapariciones, homicidios y los distintos tipos de violencia contra las mujeres.²²⁴
- Implementación de un programa de búsqueda y localización de mujeres desaparecidas.²²⁵
- Revisión y fortalecimiento de mecanismos de rendición de cuentas de las fuerzas policiales.²²⁶
- Acceso público a los archivos estatales.²²⁷
- Realizar reformas legislativas en el Sistema Penitenciario.²²⁸
- Adopción de medidas para prevenir y sancionar la venta de niñas y niños.²²⁹
- Tomar las medidas apropiadas para que dejar sin efecto la prohibición de practicar la fecundación in vitro y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto.²³⁰

Asimismo, en diversos casos, la Corte IDH ha evaluado la falta de necesidad de modificar el derecho interno,²³¹ y en otros ha afirmado que la medida solicitada no tiene un nexo de causalidad con la violación, por lo tanto no ha ordenado la medida.²³² Como parte de la obligación, la Corte Interamericana ha establecido en algunos casos plazos específicos para el cumplimiento y en otros casos ha indicado que se deberá realizar, dentro de un plazo razonable. De acuerdo a la práctica reciente de la Corte IDH, en la mayoría de los casos se establecen plazos perentorios.

5. Obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar

Esta medida ha sido ampliamente analizada por la Corte Interamericana desde la perspectiva de la obligación de garantía que surge del derecho sustantivo, así como el acceso a la justicia

²²⁴ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México...*, *supra* nota 64, párr. 494-496; Cfr. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia...*, *supra* nota 125, párrs. 109-110.

²²⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México...*, *supra* nota 64, párr. 508.

²²⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Lysias Fleury Vs. Haití...*, *supra* nota 136, párr. 130.

²²⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador...*, *supra* nota 107, párr. 212.

²²⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras...*, *supra* nota 34, párr. 103.

²²⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina...*, *supra* nota 30, párr. 177.

²³⁰ Además, el Estado deberá, a la brevedad, regular los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, y La Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir gradualmente la disponibilidad de la Fecundación in Vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. Cfr. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párrs. 334-338.

²³¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela...*, *supra* nota 120, párr. 346.

²³² Cfr. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 260; Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico...*, *supra* nota 145, párr. 113. Cfr. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador...*, *supra* nota 107, párr. 217.

para las víctimas y familiares de una violación con impunidad prolongada, lo cual se analiza en el fondo de la sentencia. Dado a ello, en este apartado solamente se enunciará lo que la Corte IDH ha dispuesto en el capítulo de reparaciones como obligación concreta que deben realizar los Estados para los casos específicos.

Cabe señalar que el Principio 22 de los Principios y Directrices en materia de Reparaciones incluyen ésta dentro de las *medidas de satisfacción*, entre las que se incluyen: "f) la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones". No obstante, dado la relevancia para los casos que se conocen ante el Sistema Interamericano, la Corte IDH ha dado a esta un carácter independiente, que se analiza de manera autónoma²³³ y en muchos casos como primera media a realizar para el Estado.

Asimismo, se trata de una de las medidas más complejas y quizá por ello, es una de las de menor nivel de cumplimiento por parte de los Estados, ya que presenta una gran complejidad respecto de las realidades de los casos, donde las investigaciones iniciales carecieron de una buena documentación, o existen impedimentos estructurales para que se realice ésta con imparcialidad, entre otros factores.

La Corte IDH ha hecho referencia al deber estatal de investigar desde el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* en 1989, disponiendo que tal existe "mientras se mantenga la incertidumbre" (en tal caso sobre la suerte final de la persona desaparecida).²³⁴ Al respecto, la Corte Interamericana ha exigido muy puntualmente la obligación de investigar en casos como *Garrido y Baigorria Vs. Argentina* (1998) y *Bulacio Vs. Argentina* (2003).²³⁵ El *deber de investigar, perseguir y enjuiciar a quienes cometen violaciones de derechos humanos* es una medida que se mantiene mientras no se obtenga pleno conocimiento de los hechos, la identificación de los autores y hasta tanto no se imponga la sanción correspondiente. Al respecto, la Corte IDH, en el caso *El Amparo Vs. Venezuela* (1995), que se trata de "una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y [la cual] debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad".²³⁶

²³³ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia...*, *supra* nota 78, párr. 287-289; Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 211; Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 72-73; Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia...*, *supra* nota 45, párr. 151 y 255-257; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México...*, *supra* nota 28, párr. 333-334; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 229-236.

²³⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras...*, *supra* nota 5, párr. 34.

²³⁵ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párrs. 72-74, y Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina...*, *supra* nota 178, párrs. 110-121.

²³⁶ Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela...*, *supra* nota 88, párr. 61.

En la jurisprudencia actual de la Corte IDH, se agrupa esta medida, dependiendo el caso en tres tipos de investigaciones: a) investigación penal; b) investigación administrativa o disciplinaria, y c) determinación del paradero de la víctima.

a. Investigación, determinación, enjuiciamiento y, en su caso, sanción de todos los responsables materiales e intelectuales

La Corte IDH ha establecido que esta se ordena cuando el Estado no ha cumplido con su obligación de investigar de forma efectiva y completa las violaciones a derechos humanos.²³⁷ Asimismo, con motivo de la violación por la impunidad en los casos,

no [se] ha permitido garantizar ni un recurso efectivo, ni un verdadero acceso a la justicia a las víctimas, dentro de un plazo razonable, que abarque el esclarecimiento de los hechos, la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y eventual sanción de todos los presuntos responsables [...], de modo que se examinen de forma completa y exhaustiva las afectaciones ocasionadas por los hechos.²³⁸

La Corte Interamericana ha señalado que con motivo de la denegación de justicia en casos de graves violaciones a derechos humanos se pueden generar diversas afectaciones tanto en la esfera individual como colectiva.²³⁹ La Corte IDH ha dispuesto de manera reiterada que

en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la garantía y protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida.²⁴⁰

En esos casos "las autoridades estatales deben realizar esa investigación como un deber jurídico propio, más allá de la actividad procesal de las partes interesadas, por todos los medios legales disponibles, y orientada a la determinación de la verdad".²⁴¹

²³⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*..., *supra* nota 73, párr. 214.

²³⁸ Véase redacción en: Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*..., *supra* nota 39, párr. 231; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párr. 232, y Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*..., *supra* nota 107, párr. 183.

²³⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*..., *supra* nota 44, párr. 256, y Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*..., *supra* nota 30, párr. 385.

²⁴⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*..., *supra* nota 44, párr. 145; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párr. 92; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*..., *supra* nota 73, párr. 117.

²⁴¹ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*..., *supra* nota 73, párr. 117.

Asimismo, "los Estados deben utilizar los medios que sean necesarios, de acuerdo con su legislación interna, para continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones abiertas, así como abrir las que sean necesarias, con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a todos los responsables de [las violaciones cometidas en perjuicio de la(s) víctima(s)]".²⁴²

Con ese objetivo, los Estados deben "remover todos los obstáculos, *de facto y de jure*, que pueden mantener la impunidad",²⁴³ que ha sido definida por la Corte IDH como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos",²⁴⁴ ya que ésta "propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares".²⁴⁵

La investigación y proceso abarca no sólo a los autores materiales e intelectuales sino también a cómplices, encubridores y a todos aquellos que hubieren tenido participación en los hechos que generaron la violación a los derechos.²⁴⁶

La Corte Interamericana ha dispuesto asimismo que "durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de los familiares de la víctima en todas las etapas de esta investigación, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana"²⁴⁷ y que "los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad [en cuestión] conozca los hechos objeto del [caso], así como a sus responsables".²⁴⁸ Asimismo, debe asegurar que los distintos órganos del sistema de justicia involucrados en el caso cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar sus tareas de manera adecuada, independiente e imparcial y que las

²⁴² Cfr. Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú...*, *supra* nota 92, párr. 199; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...* *supra* nota 5, párr. 235, y Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia...*, *supra* nota 73, párr. 216.

²⁴³ Cfr. Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú...*, *supra* nota 92, párr. 199; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 235.

²⁴⁴ Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 234.

²⁴⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala...*, *supra* nota 244, párr. 173; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 201, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 236.

²⁴⁶ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina...*, *supra* nota 235, párr. 74.

²⁴⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso del Caracazo Vs. Venezuela...*, *supra* nota 79, párr. 118, y Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México...*, *supra* nota 28, párrs. 247 y 334.

²⁴⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso del Caracazo Vs. Venezuela...*, *supra* nota 79, párr. 118; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 236, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 237.

personas que participen en la investigación, entre ellas víctimas, testigos y operadores de justicia, cuenten con las debidas garantías de seguridad.²⁴⁹

Además, los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno para incumplir con sus obligaciones internacionales. Así, en un grupo particular de casos, la Corte IDH señaló que en consideración de la gravedad de los hechos, el Estado no podrá aplicar leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem*, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación.²⁵⁰

En casos en los que se han creado comisiones de investigación, adicionales a las judiciales, la Corte Interamericana ha especificado que:

...en un caso de denegación de justicia [...], la obligación estatal de garantizar el acceso a la justicia no debe entenderse condicionada únicamente a la eventual conformación y resultados de la Comisión de investigación. Así, la Corte considera pertinente reiterar, como lo ha hecho en otros casos, que la "verdad histórica" documentada en los informes de comisión especiales no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad legal a través de procesos judiciales.²⁵¹ Por tanto, sin perjuicio de lo que dicha Comisión pueda aportar para el conocimiento de los hechos, el Estado debe cumplir la obligación de investigar y, en su caso, sancionar, por los medios judiciales pertinentes, los hechos constitutivos de las violaciones a los derechos humanos declaradas en esta Sentencia.²⁵²

Además, en las circunstancias de casos particulares, la Corte Interamericana ha estimado pertinente que el Estado adopte otras medidas, tales como: elaborar protocolos de actuación en la materia bajo un enfoque interdisciplinario y capacitar a los funcionarios involucrados en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, para que dichos

²⁴⁹ Corte IDH. *Caso Masacre Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 233.

²⁵⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo..., *supra* nota 116, párrs. 41-44; Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia...*, *supra* nota 45, párr. 147, y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú...*, *supra* nota 86, párr. 182; Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú...*, *supra* nota 41, párr. 168 y 171; Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 105; Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela...*, *supra* nota 79, párr. 119; Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala...*, *supra* nota 93, Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia...*, *supra* nota 41, 263.

²⁵¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile...*, *supra* nota 221, párr. 135.

²⁵² Cfr. Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras...*, *supra* nota 34, párr. 127.

funcionarios hagan uso de los elementos legales, técnicos y científicos disponibles.²⁵³ Asimismo, el Estado debe adoptar otras medidas, tales como: promover acciones pertinentes de cooperación internacional con otros Estados, a fin de facilitar la recopilación y el intercambio de información, así como otras acciones legales que correspondan.²⁵⁴ Incluso, en circunstancias específicas, la Corte IDH ha ordenado al Estado que adopte medidas, incluyendo de carácter diplomático, para facilitar la extradición de los responsables.²⁵⁵ En otros contextos, ha especificado la materia a que deben referirse tales investigaciones dependiendo de los hechos del caso y de las violaciones declaradas.²⁵⁶

b. Investigación Administrativa

El deber de sanción no se limita solamente a la sanción de funcionarios públicos sino también de cualquier particular que entorpezca, desvíe o dilate indebidamente las investigaciones tendientes a aclarar la verdad de los hechos.²⁵⁷

En el caso de la *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala* (2009), la Corte Interamericana dispuso que el Estado deberá velar porque la investigación abarque los siguientes criterios:

c) [...] La debida diligencia en la investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba, por lo que deberán brindar al juez de la causa toda la información que requiera y abstenerse de actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo [...] d) iniciar las acciones disciplinarias, administrativas o penales, de acuerdo con su legislación interna, de las posibles autoridades del Estado que han obstaculizado e impedido la investigación debida de los hechos, así como los responsables de las distintas irregularidades procesales y hechos de hostigamiento que han contribuido a prolongar la impunidad de la masacre.²⁵⁸

En este mismo sentido, ha ordenado que el Estado deberá, dentro de un plazo razonable, "investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicará las sanciones administra-

²⁵³ Cfr. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, *supra* nota 107, párr. 186.b).

²⁵⁴ *Ibidem*, párr. 186.c).

²⁵⁵ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, *supra* nota 42, 166.

²⁵⁶ Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela*, *supra* nota 79, párr. 118.

²⁵⁷ *Ibidem*, párr. 119.

²⁵⁸ Corte IDH. *De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra* nota 39, párr. 133.

tivas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables".²⁵⁹ La Corte IDH ha ordenado la investigación y sanción de los responsables, incluso, de desacato de sentencias judiciales internas.²⁶⁰

c. Determinación del paradero de la víctima

Este deber incluye determinar el paradero de la víctima o localizarla, así como identificarla y entregar y trasladar los restos mortales.²⁶¹ Esta medida se ordenó por primera ocasión en el caso *Neira Alegría y otros Vs. Perú* (1996) estableciendo la obligación de hacer todo lo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares.²⁶²

Sobre el particular, la Corte IDH ha dispuesto que "como parte del deber de investigar el Estado debe realizar una búsqueda efectiva del paradero de la víctima, ya que el derecho de los familiares de conocer el paradero de la misma²⁶³ constituye una medida de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a éstos.²⁶⁴ A su vez, esto permite a los familiares aliviar la angustia y sufrimiento causados por dicha incertidumbre".²⁶⁵

En lo referente a los restos, la Corte IDH ha dispuso que "en caso de encontrarse los restos mortales, deben ser entregados a sus familiares, previa comprobación genética de filiación, a la mayor brevedad posible y sin costo alguno. Además, el Estado deberá cubrir los gastos fúnebres, de común acuerdo con sus familiares".²⁶⁶

Finalmente, la Corte Interamericana afirmó en el caso *Contreras Vs. el Salvador* (2011), que "luego de las diligencias realizadas por el Estado las víctimas o alguna de ellas se encuentre

²⁵⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*..., *supra* nota 64, párr. 460. Véase también Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*..., *supra* nota 120, párr. 325.

²⁶⁰ Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 179.

²⁶¹ Al respecto debe observarse que el Principio 22 de los Principios y Directrices de las Naciones Unidas en materia de reparación estableció que las medidas de *satisfacción* han de incluir "c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad".

²⁶² Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*..., *supra* nota 39.

²⁶³ Cfr. Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*..., *supra* nota 42, párr. 171; Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*..., *supra* nota 45, párr. 105, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párr. 240.

²⁶⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*..., *supra* nota 39, párr. 69; Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*..., *supra* nota 45, párr. 105, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párr. 240.

²⁶⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*..., *supra* nota 45, párr. 105, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párr. 240.

²⁶⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*..., *supra* nota 86, párr. 185, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*..., *supra* nota 5, párr. 241.

con vida, los gastos de su identificación bajo métodos fehacientes, del reencuentro y de la atención psicosocial necesaria, disponer las medidas para el restablecimiento de su identidad y realizar los esfuerzos necesarios para facilitar la reunificación familiar, en caso que así lo deseen".²⁶⁷ En el caso *Nadege Dorzema Vs. República Dominicana* (2012), la Corte IDH ordenó la identificación de los restos de los migrantes asesinados y sepultados en una fosa común y su repatriación a Haití.²⁶⁸

6. Indemnización compensatoria

La indemnización compensatoria encuentra fundamento en diversos instrumentos internacionales de carácter regional y universal,²⁶⁹ es referida de manera textual en el artículo 63.1 de la Convención Americana. Constituye la medida más frecuente de las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte IDH.²⁷⁰ Asimismo, esta medida es la que reporta el más alto nivel de cumplimiento por parte de los Estados.

El concepto de indemnización compensatoria incluye la valoración de daños materiales, así como daños inmateriales (*supra*). Dentro de este concepto se integra toda orden de la Corte Interamericana respecto a un monto determinado que atiende a un daño específico, incluyendo el caso de los gastos médicos incurridos (por concepto de daño emergente), los gastos futuros, o los fondos de desarrollo a comunidades, respecto de los cuales se tasa un monto.²⁷¹

Cabe señalar que en sus primeras sentencias, la Corte IDH solamente otorgó a las víctimas el pago de una justa indemnización (*Velásquez Rodríguez en adelante*). Fue posteriormente, que comenzó a desarrollar las medidas que han sido analizadas anteriormente, en muchos casos, a partir de la celebración de acuerdos de reparaciones entre las partes (*supra*).

²⁶⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*..., *supra* nota 107, párr. 192.

²⁶⁸ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana*..., *supra* nota 34, párr. 253.

²⁶⁹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*..., *supra* nota 5, párr. 28, y Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, párr. 25.

²⁷⁰ Principio 20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales, y e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

²⁷¹ Cabe señalar que los programas sociales que no se especifique un monto determinado por la Corte no son incluidos en este rubro, tampoco las multas por incumplimiento Cfr. *Caso Comunidad Xákmok Kásek*, ya que serían erogaciones eventuales).

Al respecto, en sus primeras sentencias la Corte Interamericana dispuso que

...[l]a regla de la *restitutio in integrum* se refiere a una de las formas de reparación de un acto ilícito internacional (...), pero no es la única modalidad de reparación, porque puede haber casos en que la *restitutio* no sea posible, suficiente o adecuada. La indemnización corresponde en primer término a los perjuicios sufridos por la parte lesionada, y comprende, como esta Corte ha expresado anteriormente, tanto el daño material como el moral [o inmaterial]...²⁷²

Tal indemnización tiene carácter compensatorio.²⁷³ Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial por lo que "[n]o pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la Sentencia".²⁷⁴ Adicionalmente, una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación,²⁷⁵ por tanto la indemnización compensa daños que inclusive han sido reparados ya con otras medidas.

A continuación, se enlistan de manera resumida los principales criterios desarrollados por la Corte IDH para valorar la *determinación del monto, pruebas y criterios de compensación*:

- La Corte Interamericana ha fijado, en la mayoría de los casos contenciosos que ha conocido, el pago de una justa compensación para reparar las consecuencias del daño o pérdida sufrida con ocasión de la violación de un derecho o libertad protegidos en dicho tratado.²⁷⁶
- La indemnización busca compensar el daño y debe estar vinculada a los hechos constitutivos de violación según la Sentencia de la Corte.²⁷⁷
- Para la estimación de la indemnización por daño material la Corte Interamericana se ha referido a "una apreciación prudente de los daños".²⁷⁸

²⁷² Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*..., *supra* nota 81, párr. 42.

²⁷³ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*..., *supra* nota 235, párrs. 43 y 47.

²⁷⁴ *Ibidem*, Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*..., *supra* nota 64, párr. 450.

²⁷⁵ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*..., *supra* nota 64, párr. 450.

²⁷⁶ *Cfr.* Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131, párr. 22.

²⁷⁷ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*..., *supra* nota 81, párr. 34; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*..., *supra* nota 94, párr. 416, y Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C no. 162, párr. 202.

²⁷⁸ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*..., *supra* nota 5, párr. 49; Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*..., *supra* nota 78, párr. 246; Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*..., *supra* nota 164, párr. 141.

- El monto de las indemnizaciones que fija la Corte IDH, tanto en el plano material como en el inmaterial, depende esencialmente de las circunstancias particulares de cada caso, así como de los criterios establecidos para valorar los daños y de la prueba requerida.²⁷⁹
- Para la determinación de las indemnizaciones por concepto de daño inmaterial la Corte Interamericana ha recurrido a "los principios de equidad".²⁸⁰
- Por lo tanto, el monto indemnizatorio dependerá de la gravedad de los hechos; la situación de impunidad, en su caso; la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas y/o sus familiares; las alteraciones de condiciones de existencia producidas y que sean imputables al Estado.²⁸¹
- La Corte Interamericana ha remitido al ámbito interno la determinación y liquidación de la indemnización por daño material.²⁸² Conforme al artículo 68.2 de la misma, "la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".²⁸³
- La Corte Interamericana ha valorado aquellas indemnizaciones ya adelantadas por los Estados en el Derecho Interno, de considerarlas adecuadas.²⁸⁴

²⁷⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C No. 102, párr. 88.

²⁸⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina...*, *supra* nota 233, párr. 172; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador...*, *supra* nota 99, párr. 236, y Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay...*, *supra* nota 75, párr. 202.

²⁸¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 87; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia...*, *supra* nota 44, párr. 258, y Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia...*, *supra* nota 30, párr. 160.

²⁸² Cfr. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 121. Cfr. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá...*, *supra* nota 88, párr. 205. Cfr. Sergio García Ramírez, "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Reparaciones". En: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo 1979-2004*. San José, Costa Rica, 2005, págs. 48-50. Cfr. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 181.

²⁸³ Cfr. En cuanto a remisión al derecho interno. Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado Vs. Perú...*, *supra* nota 98, párr. 46; Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá...*, *supra* nota 88, párrs. 203 y 205; Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú...*, *supra* nota 260, párr. 178; Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú...*, *supra* nota 282, párr. 121; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú...*, *supra* nota 282, párr. 181, y Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párrs. 304-307.

²⁸⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile...*, *supra* nota 221, párr. 161; Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia...*, *supra* nota 142, párr. 287. En este último, la Corte IDH además determinó la indemnización por daño inmaterial sólo respecto de algunas personas pues otras ya habían recibido una indemnización del Estado previamente a la sentencia de la Corte IDH. Cfr. Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú...*, *supra*

- El monto de las indemnizaciones puede ser acordado por las partes en el caso.²⁸⁵
- De considerarlo necesario, la modalidad del pago de la justa indemnización es valorada en el contexto socio-económico del país de que se trate.²⁸⁶
- La utilización del dólar de los Estados Unidos de América como divisa "dura" para el cálculo de la indemnización compensatoria.²⁸⁷
- Dentro de las modalidades de cumplimiento, la Corte IDH en la mayoría de sus sentencias señala que a) los montos deben ser pagados dentro de un año generalmente; b) el pago de intereses moratorios sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en el Estado en cuestión; c) la prohibición de aplicación de cargas fiscales sobre los pagos por concepto de daño material, inmaterial y costas y gastos establecidos en la sentencia; d) en caso de muerte de las víctimas los pagos de la indemnización serán distribuidos en partes iguales entre sus derechohabientes; e) en caso de no poder ser recibidos por los beneficiarios, el Estado consignará el monto en una cuenta o certificado de depósito en dólares, ante la falta de reclamo luego de 10 años, las cantidades podrán ser devueltas al Estado con los intereses; f) en caso de incumplimiento en la entrega del territorio indígena correrán intereses.²⁸⁸

Cabe señalar que, en términos generales, la Corte Interamericana ha fijado sumas superiores por daño inmaterial que por daño material, lo cual podría atribuirse a que este concepto abarca un mayor número de beneficiario. Los montos mayores de indemnización se registran en casos de masacres, debido a que se presentan multiplicidad de víctimas y graves violaciones a derechos humanos, en la cuales la Corte IDH suele reparar tanto a las víctimas directas, así como a los sobrevivientes y familiares de las víctimas directas.

nota 277, párr. 210; Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia...*, *supra* nota 78, párr. 248. Cfr. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia...*, *supra* nota 30, párr. 376.

²⁸⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador...*, *supra* nota 148, párr. 55; Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú...*, *supra* nota 148, párr. 23; Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89, párr. 23; Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párrs. 95 y 100. cada rubro.

²⁸⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 161 f), y Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala...*, *supra* nota 98, párr. 127. Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2007, punto resolutivo segundo.

²⁸⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras...*, *supra* nota 5. Por el contrario en el caso *Tibi Vs. Ecuador*, dado la nacionalidad de la víctima se otorgó la suma en Euros.

²⁸⁸ Cfr. Corte IDH. *Xákmok Kásek Vs. Paraguay...*, *supra* nota 112, párr. 288.

Una de las indemnizaciones más altas determinadas por la Corte Interamericana se presenta en el caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador* (2011), en la cual la Corte IDH fijó la cantidad de US\$18, 705,000.00 (dieciocho millones setecientos cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de justa indemnización en sede internacional, la cual incluye el valor del inmueble expropiado y sus accesorios. Adicionalmente, el Estado debe pagar a la víctima los intereses simples devengados de acuerdo a la tasa Libor sobre el monto de la justa indemnización a partir de julio de 1997 hasta febrero de 2011, cuyo monto asciende a US\$9, 435,757.80 (nueve millones cuatrocientos treinta y cinco mil setecientos cincuenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con ochenta centavos). Cabe señalar, que en este caso, las partes solicitaron que la Corte Interamericana fijara el monto del valor comercial del bien objeto de la expropiación, por lo que técnicamente la indemnización correspondería al pago de los intereses, mientras que la justa indemnización corresponde al valor del terreno.²⁸⁹

7. Costas y Gastos

Conforme a lo señalado por la Corte IDH, "las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana".²⁹⁰ La Corte suele analizar éstas en apartado separado al de las indemnizaciones.²⁹¹

Como lo ha señalado la Corte Interamericana:

... las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto a su reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante este Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos

²⁸⁹ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222, párrs. 88-102.

²⁹⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina...*, *supra* nota 235, párr. 79; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia...*, *supra* nota 73, párr. 254.

²⁹¹ Lo anterior concuerda con los principios y directrices de Naciones Unidas en materia de reparación que, como señalamos anteriormente, incluye en las *indemnizaciones* los "gastos de asistencia jurídica o de expertos" entre otros. (Principio 20e)

humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable".²⁹²

Sobre el momento procesal en el que las partes deben presentar las pruebas, la Corte Interamericana ha señalado que:

...las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte".²⁹³ Al respecto, la Corte ha reiterado que "no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezca con claridad los rubros y la justificación de los mismos."²⁹⁴

El reembolso por concepto de costas y gastos, comprende entonces tanto honorarios como gastos de tramitación del caso que pueden ser relativos a: transporte, mensajería, servicios de comunicación y servicios de notariado, entre otros. El inconveniente que debe señalarse sobre los honorarios es la falta de existencia de cuadros de pago de honorarios internacionales. Si bien existen cuadros de honorarios a nivel nacional, estos sólo indican un mínimo que por lo general no corresponde a los honorarios que cobran los abogados y mucho menos respecto de casos tramitados ante un tribunal internacional. Por lo tanto, y considerando que no existen parámetros internacionales y considerando la disparidad existentes en los costos de honorarios de un país a otro, resulta muy complejo para la Corte IDH establecer un monto uniforme.

Sobre el particular, de no contarse con elementos suficientes, la Corte IDH suele fijar en equidad una cantidad en dinero por concepto de costas y gastos en el litigio del caso, que deben

²⁹² Cfr. Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina...*, *supra* nota 235, párr. 82; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 285, y Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia...*, *supra* nota 73, párr. 258.

²⁹³ Cfr. Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala...*, *supra* nota, párr. 122; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 302, y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 284.

²⁹⁴ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 106, párr. 277; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 284.

incluir "los gastos futuros en que pueda incurrir a nivel interno o durante la supervisión de cumplimiento de [la] Sentencia los miembros de la familia [...] y sus representantes". Recientemente se ha dispuesto asimismo que "en el procedimiento de supervisión de cumplimiento de la presente Sentencia, la Corte IDH podrá disponer el reembolso por parte del Estado a las víctimas o sus representantes de los gastos razonables debidamente comprobados".²⁹⁵

Finalmente, en el 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos creó el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual fue creado con el "objeto [de] facilitar acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema". En el presente caso se otorgó a las víctimas la ayuda económica necesaria para la presentación con cargo al Fondo de cierto número de declaraciones ante la Corte IDH.²⁹⁶ En aplicación del artículo 5 del Reglamento del Fondo, evaluar la procedencia de ordenar al Estado demandado el reintegro al Fondo de Asistencia Legal correspondiente a la Corte Interamericana, las erogaciones en que se hubiese incurrido.²⁹⁷

8. Nexo causal

La Corte Interamericana ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte IDH deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.²⁹⁸

El nexo de causalidad por tanto, representa un elemento fundamental para el litigio de las partes, ya sea en probar la necesidad de la medida o, en su caso, desvirtuar la causalidad de la misma. En la actualidad, la Corte Interamericana observa a detalle dicha concurrencia y de no considerarla acreditada las medidas han sido desestimadas.²⁹⁹

²⁹⁵ Ver: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay...*, *supra* nota 112.

²⁹⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 201; Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador...*, *supra* nota 107, párr. 240, y Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela...*, *supra* nota 120, párr. 384.

²⁹⁷ Cfr. *Ibid.*, párr. 202, Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela...*, *supra* nota 120, párr. 385.

²⁹⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia...*, *supra* nota 45, párr. 110; Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 39, párr. 227; Corte IDH. *Caso Lysias Fleury Vs. Haití...*, *supra* nota 136, párr. 114, y Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina...*, *supra* nota, 145, párr. 99.

²⁹⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 5, párr. 260. Cfr. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico...*, *supra* nota 145, párr. 113; Cfr. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador...*, *supra* nota 107, párr. 216.

VI. Conclusiones

La evolución del concepto de *reparación integral* se debe en gran medida al desarrollo elaborado por la Corte IDH a través de su jurisprudencia en la materia. Al respecto, se pueden destacar al menos tres aspectos fundamentales: 1) El reconocimiento de afectaciones en perjuicio de víctimas directas e indirectas; 2) La visión multidimensional de los daños que repercuten en la persona humana o colectivos, y 3) La integralidad de las medidas de reparación que buscan restablecer la situación jurídica infringida y en especial garantizar la no repetición de los hechos. Estos factores han sido determinantes para atender casos de violaciones a derechos humanos y hacer efectivo el ejercicio del derecho que tienen las víctimas a demandar una *reparación integral*. Este es, en mi parecer, el complemento trascendente que agrega la Corte IDH al conocer de un caso, ya que la reparación recaerá en un beneficio concreto y específico en favor de las víctimas del caso y otras víctimas potenciales de situaciones similares.

Estas reparaciones por tanto, han contribuido de manera significativa y relevante en cambios estructurales en el continente americano. En la actualidad, todos los países que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana han recibido una orden de la Corte IDH con el fin de respetar y garantizar los derechos humanos establecidos en la CADH, a través de medidas de *reparación integral*. México no ha sido la excepción y hoy en día, las reformas legislativas y judiciales más importantes en materia de derechos humanos, se deben en gran medida a las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en su jurisprudencia al respecto.

Adicionalmente, miles de víctimas de graves violaciones han encontrado finalmente justicia a través de dichas sentencias y recibido alguna forma de compensación acompañada de otras medidas de restitución, rehabilitación o satisfacción. Diversos procesos judiciales de estas graves violaciones se han reabierto para investigar y juzgar a perpetradores de las mismas y varios de ellos han sido condenados en fuero interno.

No cabe duda que las reparaciones de la Corte Interamericana han representado un catalizador de procesos internos impensables sin la intervención de un ente ajeno al proceso interno, como es la Corte IDH.

En algunas situaciones un sólo caso, ha bastado para corregir situaciones predominantes de vulneración de derechos humanos de distintos tipos. En ello radica la eficacia de la Corte Interamericana. Asimismo, los estándares dispuestos en un caso específico, son recogidos también en otras latitudes para resolver situaciones análogas.

Hoy en día diversos países han adoptado el sistema de *reparación integral* de la Corte Interamericana en su legislación interna y mediante mecanismos competentes para aplicarlo. México a través de la reforma constitucional del 6 de junio de 2011 incorporó la noción de la reparación a víctimas de violaciones a derechos humanos y dispuso la creación de una Ley en la materia. Lo anterior deriva en garantizar los derechos humanos en sede interna y multiplica el efecto reparador al que las víctimas tienen derecho. Con el impulso del Estado al ejercicio del control de convencionalidad, se tiene la posibilidad que sean las autoridades internas las que remedien las situaciones de miles de personas que puedan ser afectadas en sus derechos, sin tener que esperar necesariamente acudir a la vía internacional, salvo casos excepcionales. Ese es, a fin de cuentas, el objetivo y fin del sistema interamericano de derechos humanos, concebido en el principio de subsidiariedad.

La vigencia del sistema de *reparación integral* depende, fundamentalmente, del cumplimiento efectivo de las medidas dispuestas por la Corte IDH u órgano interno y su debida implementación. Por consiguiente, es el Estado el que, de acuerdo con los compromisos asumidos en materia internacional, deben garantizar su cumplimiento. Asimismo, la sociedad civil, organismos públicos, ombudsman, medios de comunicación, etc., tienen la tarea de velar que dicho cumplimiento se lleve a cabo en tiempo y forma, por ser esta materia de interés público y en beneficio, no sólo del país que atiende las medidas, sino de todos los países del sistema interamericano, y en general, de toda la sociedad humana en su conjunto.

En este sentido, en los casos ya fallados contra México por el Sistema Interamericano aún subsisten puntos parcialmente cumplidos o pendientes de cumplimiento. Será indispensable también el establecimiento de mecanismos interinstitucionales de coordinación que faculten el cumplimiento expedito de las sentencias de la Corte IDH por parte del Estado mexicano.

Así, México ha tomado la acertada decisión de fortalecer el estado de derecho y sistema democrático a través de reformas fundamentales y vanguardistas en materia de derechos humanos, en una nueva etapa del desarrollo de los derechos humanos, en la que los Estados democráticos apuestan por un diálogo jurisprudencial, incorporando el derecho internacional en el derecho interno y asumiendo la responsabilidad de dar respuestas efectivas a las víctimas en sede interna. Los estándares sobre reparaciones desarrollados principalmente por la Corte IDH son lineamientos esenciales para el debido resarcimiento de las víctimas en el nuevo paradigma mexicano.

En conclusión, *la reparación integral*, es y debe ser, una contribución para el desarrollo integral del individuo o grupo afectado y un mecanismo constructivo para la sociedad.

Criterios jurisprudenciales

1. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.
- Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.
- Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.
- Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.
- Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.
- Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.
- Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241.
- Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29.
- Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

- Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.
- Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C. No. 96.
- Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C. No. 140.
- Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.
- Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.
- Corte IDH. *Caso Furlan y familia Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.
- Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
- Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.
- Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43.
- Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48.
- Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.

- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.
- Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.
- Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108.
- Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44.
- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado Vs. Perú*. Sentencia de Reparaciones y Costas de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 5.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

- Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.
- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y costas (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

- Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87.
- Corte IDH. *Caso Durand Ugarte Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89.
- Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No 237.
- Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.
- Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 13.
- Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de Julio de 2011. Serie C No. 227.
- Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.
- Corte IDH. *Caso Lysias Fleury Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.
- Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.
- Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

- Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203.
- Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.
- Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38.
- Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.
- Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.
- Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- Corte IDH. *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

- Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.
- Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- Corte IDH. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008.
- Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
- Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.
- Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- Corte IDH. *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2006. Serie C No. 130.
- Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.
- Corte IDH. *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.
- Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.
- Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

- Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8.
- Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131.
- Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C No. 102.
- Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157.
- Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89.
- Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222.
- Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.
- PCIJ. *Factory at Chorzów*. Competencia. Sentencia No. 8, 26 de julio de 1927, Series A, No. 9.

- PCIJ. *Factory at Chorzów*. Fondo. Sentencia No. 13, 13 de septiembre de 1928, Series A, No. 17.
- ICJ. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* [Reparaciones por lesiones sufridas al servicio de la Organización de las Naciones Unidas]. Opinión Consultiva. 7 de diciembre de 1948.
- ICC. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* [Situación en la República Democrática del Congo en el caso de la Fiscalía v Thomas Lubanga Dyilo]. *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations* [Decisión que establece los principios y procedimientos a ser aplicados a las reparaciones]. No. ICC-01/04-01/06. 7 de Agosto de 2012.
- TEDH. *Neumeister vs. Austria*. (App. No.1936/63). 7 de mayo de 1974.
- TEDH. *Ringeisen vs, Austria*. (App. No. 2614/65). 16 de Julio de 1971.
- TEDH. *De Wilde, Ooms y Versijp v. Bélgica*. (App. No. 2832/66, 2835/66, 2899/66). 10 de marzo de 1972.
- TEDH. *Guzzardi v. Italia*. (App. No. 7367/76). 6 de noviembre de 1980.
- TEDH. *De Becker v. Bélgica*. (App. No. 214/56). 27 de marzo de 1962.
- ACDH. The Constitutional Rights Project (in respect of Zamani Lakwot and 6 others) v. Nigeria. Comunicación 87/93.
- ACDH. Association Mauritanienne des Doits de l'Homme v. Mauritania, Comunicación. No. 210/98.

El Artículo 15 Constitucional y los Tratados Internacionales

Gabriela RODRÍGUEZ HUERTA*

* Directora del Programa de la Licenciatura de Derecho del ITAM y Profesora de Tiempo Completo del Departamento de Derecho del ITAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Prohibición de celebración de tratados para la extradición de reos políticos*. III. *Prohibición de celebración de tratados para la extradición de delincuentes comunes que hayan tenido la condición de esclavos*. IV. *Prohibición de celebración de tratados o convenios que alteren los derechos humanos*.

PALABRAS CLAVE: Tratados internacionales; Extradición; Reos políticos; Esclavos; Convenios; Alterar.

I. Introducción

Esta disposición establece ciertas limitantes materiales a la facultad del Presidente de la República de celebración de tratados internacionales, de acuerdo con lo establecido por los artículos 133 y 89 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución"). Este artículo prohíbe, en primer lugar, la celebración de tratados internacionales para la extradición de reos políticos; segundo, prohíbe la celebración de dichos tratados de extradición en el caso de personas que hayan tenido la condición de esclavos en el Estado requirente y, tercero, prohíbe la celebración de tratados o convenios en los que se alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Así, la norma en comento establece la prohibición de celebrar determinados tipos de acuerdo, y en caso de que los mismos se celebraran dicha celebración constituye, no sólo una violación a varias disposiciones constitucionales, sino podría hacerse valer una causa de nulidad del tratado según lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.¹

¹ AGNU, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Resolución U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 de mayo de 1969: Artículo 46. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por

Asimismo, dicha disposición debe de interpretarse conjuntamente con lo establecido en los artículos 133 y 1o. de la Constitución.

II. Prohibición de celebración de tratados para la extradición de reos políticos

El artículo 15 constitucional recoge la práctica internacional en materia de extradición, ya que el principio de no extradición de reos políticos permite la existencia de las figuras internacionales del asilo² y el refugio, reconocidas ambas en el artículo 11 constitucional, dicha consagración constitucional es un reflejo de la solidaridad internacional que históricamente ha tenido México con las personas que sufren violaciones de sus derechos en sus países de origen o de residencia.³ Sin embargo presenta el problema de la definición de lo que es un reo político, ¿es aquél que comete un delito político según el derecho interno de cada Estado?⁴ A nivel internacional no existe un acuerdo sobre cuáles son los delitos políticos, por lo que dicha determinación corresponde a cada Estado y lo que éstos determinen en sus leyes y en los tratados de extradición⁵ que celebren según los principios de doble incriminación y reciprocidad.

III. Prohibición de celebración de tratados para la extradición de delincuentes comunes que hayan tenido la condición de esclavos

Dicha prohibición debe de ser interpretada conjuntamente con lo establecido por el artículo 2o. constitucional y es congruente con la normativa internacional que condena y proscribe

un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que dicha violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y la buena fe.

² El derecho a solicitar asilo obliga a los Estados a respetar el principio de *No Devolución*, establecido en la AGNU, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950, en su artículo 33 y reconocido como norma de *jus cogens*.

³ La Ley de Extradición Internacional Recoge dicha prohibición constitucional en su artículo 8: "En ningún caso se concederá la extradición de personas que puedan ser objeto de persecución política del Estado solicitante, o cuando el reclamado haya tenido la condición de esclavo en el país donde se cometió el delito". Esta ley determina los casos y condiciones de procedencia de la extradición cuando no exista tratado internacional con el Estado requirente. *Diario Oficial de la Federación* de 29 de diciembre de 1975. Reformas: de 4 de diciembre de 1984, 10 de enero de 1994 y 18 de mayo de 1999.

⁴ Cfr. ICJ, *Asylum Case* (Colombia/Peru), Jugment of November 20 th, 1950.

⁵ Cossío, José Ramón y Rodríguez Huerta, Gabriela, *El Senado de la República y las Relaciones Exteriores*, México, Senado, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2003, p. 40.

la esclavitud.⁶ Hidalgo abolió formalmente la esclavitud, el esclavo perseguido al entrar en la República se convierte en hombre libre y recibe la protección constitucional, que lo ampara para no ser devuelto al país que solicita su extradición. Nos parece que la interpretación adecuada de dicho precepto, a la luz de la protección progresiva de los derechos humanos, debería de ser entender a la esclavitud en su connotación más amplia y entonces interpretar que la norma incluye las formas contemporáneas de esclavitud.

La prohibición de la esclavitud constituye una norma de *jus cogens*,⁷ lo que establece una obligación *erga omnes* para la comunidad internacional de desconocer y condenar cualquier tipo de esclavitud.

IV. Prohibición de celebración de tratados o convenios que alteren los derechos humanos

La última parte del artículo 15 se refiere a la prohibición de celebrar tratados o convenios que alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Esta disposición requiere de un primer análisis para precisar por que hace una distinción entre tratados y convenios, y un segundo análisis de cómo se debe interpretar la palabra "alteren".

Respecto del primer problema, el antecedente de la distinción entre tratado y convenio lo encontramos en la Constitución de 1857, pues al discutirse el correspondiente artículo (el 11 en la Constitución de 1857) en la sesión del 8 de octubre de 1856, Francisco Zarco propuso la inserción del término convenciones, ya que en el pasado, "con el nombre de convenciones, los gobiernos constitucionales han celebrado pactos que son verdaderos tratados... y estos pactos se han escapado de la revisión del Congreso de una manera abusiva y sólo porque la Constitución no empleaba la palabra convenciones".⁸ De lo anterior podemos deducir que el Constituyente del 57 no hizo una distinción material entre tratado y convenio (al final se utilizó dicho término), sino más bien buscó que todo compromiso internacional, indepen-

⁶ La *Convención contra la Esclavitud* firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 define a ésta "como el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos." (Artículo 1.1)

⁷ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, párr. 57.

⁸ Zarco, Francisco, *Congreso Extraordinario Constituyente 1856-1857*, México, FCE, 1957, Tomo II, p. 663. Es interesante la participación del diputado Ruiz en dicho debate, él consideraba que la única forma de evitar los abusos del Ejecutivo era que el Congreso no sólo tuviera la facultad de revisar y aprobar, sino dar bases para los tratados, convenios y convenciones que celebre el Ejecutivo, su propuesta no tuvo eco una vez que fueron expuestas las dificultades prácticas de la misma.

dientemente de su denominación particular, fuera sujeto a la revisión del Congreso (hoy el Senado). A la luz del derecho internacional y, en particular, a la de la definición de tratado establecida por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de la cual nuestro país es parte, la distinción establecida en el artículo 15 constitucional no tiene ninguna trascendencia en el ámbito internacional. Sin embargo, la misma debería de ser eliminada ya que, por un lado, respondía a un momento histórico determinado y, por otro, tal distinción no existe en los artículos 133 ni 1o. de la Constitución, lo cual crea confusión en cuanto a la interpretación constitucional.⁹

En lo tocante al sentido de la palabra "alteren," hay que darle la interpretación adecuada dentro del contexto de los artículos 15 y el nuevo artículo 1o. de la Constitución. Lo que aquí se prohíbe es la celebración de tratados que disminuyan los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; una interpretación distinta implicaría la prohibición de tratados que amplían dichos derechos y garantías, como sería el caso de nuevos tratados que celebrara México en materia de protección de los derechos humanos, por ejemplo. Esta prohibición general de celebrar tratados que violen los derechos humanos consagrados en tratados, debe de interpretarse a la luz del actual artículo 1 de la constitución y los principios *pro persona* y progresividad de los derechos humanos. En éste sentido, el control de constitucionalidad del tratado, en principio quedaría en manos del Senado quien no debería aprobar un tratado en contra de los artículos 15 y 1o. constitucionales. En un caso concreto, correspondería al Poder Judicial verificar la constitucionalidad de un tratado de extradición y su concordancia con dichos artículos –o de cualquier tratado internacional independientemente de la materia– e interpretar los mismos a la luz de lo que establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido que ninguna de sus disposiciones debe de ser interpretada en modo que permita limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas de acuerdo a las leyes de los Estados parte de acuerdo a otras convenciones en materia de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29, párrafo b)¹⁰ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5o.).¹¹

⁹ Lo mismo podría decirse del artículo 76 fracción I que habla de "convenciones diplomáticas".

¹⁰ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹¹ AGNU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Criterios jurisprudenciales

1. Internacionales

- Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción

Pedro SALAZAR UGARTE

SUMARIO: I. *Apunte introductorio*. II. *El artículo 29 en su versión original*. III. *La reglamentación internacional*. IV. *El derecho internacional y las opiniones consultivas*. V. *Algunos casos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. VI. *Evolución de la Constitución mexicana*. VII. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana y el estado de excepción*. IX. *La Corte, las fuerzas armadas y los derechos*.

PALABRAS CLAVE: Suspensión; Restricción; Fuerzas armadas; Estado de excepción; Suspensión de garantías; Estado de emergencia; Uso de fuerza; Legalidad; Racionalidad; Proclamación; Publicidad; No discriminación; Seguridad interior; Seguridad pública.

I. Apunte introductorio

En esta ocasión no escribo directamente sobre los derechos humanos sino sobre su suspensión. Lo cual no deja de ser paradójico en una obra dedicada a comentar una constitución precisamente sobre derechos. Lo que sucede es que la figura de la suspensión se encuentra constitucionalizada y fue objeto de una profunda transformación en el marco de las modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") de junio de 2011. De hecho, la institución de la suspensión o restricción de derechos –íntimamente asociada con la figura del estado de excepción– encarna uno de los supuestos más paradójicos y controvertidos en el constitucionalismo contemporáneo. La idea de fondo es que los estados deben contar con mecanismos especiales para la adopción de medidas urgentes en situaciones de crisis.

Se trata de una figura que evoca la tesis de los "poderes extraordinarios" ante situaciones excepcionales que, en la práctica, suponen una suspensión de la vigencia del derecho –en principio– para salvar al derecho mismo. En los hechos, si nos atenemos a la experiencia comparada, por lo general, el poder ejecutivo adquiere un predominio temporal sobre los otros poderes y obtiene potestades especiales con las que no cuenta en los periodos de normalidad constitucional. Sin embargo, teóricamente, aunque la figura contempla la parálisis temporal de algunas instituciones fundamentales del modelo constitucional, la suspensión

o restricción de derechos no conlleva la instauración de un nuevo orden constitucional. Por eso, para Giorgio Agamben, el estado de excepción es el vacío de derecho que, sin embargo, lo funda.¹ Una paradoja muy estudiada en el campo de la teoría jurídica y política que es foco de profundas controversias porque suele cuestionarse la compatibilidad que esta figura tiene con esquemas autoritarios que socavan a los presupuestos del constitucionalismo democrático.

Desde una perspectiva histórica esta institución –que en México está contenida en el artículo 29 de la Constitución– evoca la figura de la dictadura romana en su versión clásica. Como es ampliamente conocido, en la República romana el dictador era un magistrado monocrático, legítimo y con un mandato constitucional temporal investido de autoridad para hacer frente a una situación de emergencia. Tradicionalmente la emergencia estaba relacionada con una amenaza externa que justificaba la investidura del dictador para hacer la guerra (*dictadura rei gerendae*) o con una amenaza a la estabilidad interna que lo facultaba para enfrentar una rebelión en el interior de la República (*dictadura seditionis sedandae*). Así las cosas, si observamos a la institución de la dictadura clásica desde la concepción moderna del Estado, aquella era un instrumento legal y legítimo para proteger la soberanía estatal.²

Algunos autores, como Héctor Fix-Fierro, han comparado esta medida extraordinaria con la "legítima defensa" en derecho penal. En ambos casos –nos dice Fix-Fierro– la ley vigente permite su violación parcial en aras de proteger algunos bienes jurídicos considerados de igual o mayor valor a los que son conculcados.³ La comparación es sugerente pero no es exacta porque la figura de la legítima defensa se activa en contextos de igualdad entre las partes mientras que los estados de excepción alteran las reglas de una relación desigual como la que existe entre el estado y las personas o ciudadanos. Pero lo cierto –en favor de la tesis de Fix Fierro–, es que en ambos supuestos debe regir un principio de proporcionalidad que otorgue racionalidad a la aplicación de la medida excepcional. Esta exigencia tiene enorme relevancia cuando lo que está en juego es la suspensión o restricción –aunque sea temporal– de los derechos humanos o fundamentales de las personas.⁴

¹ Agamben, G., *Estado de excepción*, Argentina, Adriana Hidalgo Editora, 2003.

² Ferrajoli, L., *La sovranità nel mondo moderno*, Milán, ANABASI, 1995.

³ Fix-Fierro, H., "Comentario al artículo 29 constitucional", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Editorial Porrúa, 2004, Tomo I, pp. 498-508.

⁴ Recordemos que, al menos desde el pensamiento de John Locke, los derechos se consideran la fuente de legitimidad del estado constitucional. Cfr., Locke, L., *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1998; Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1965. Sobre el argumento, en clave moderna, cfr., Bobbio, N., *Teoria Generale della Politica*, Torino, Einaudi, 1999, pp. 67-68.

Así las cosas lo que en México se ha conocido como "la suspensión de garantías" es una figura jurídica emparentada con otras figuras clásicas como la 'dictadura romana' y, en clave moderna, como el 'estado de excepción', la 'dictadura constitucional' o el 'estado de sitio'. Estas figuras han sido objeto de estudio de teóricos de la constitución, como Carl Schmitt, que han sostenido que el bien mayor a proteger en las situaciones de emergencia no son los derechos de las personas sino la supervivencia del estado y de sus instituciones. Schmitt, pensaba que el estado de excepción podía ser el medio más eficaz para salvaguardar la constitución "positiva y sustancial" del Estado, aunque ello implicara ignorar ciertas prescripciones "formales" o "legales" de rango constitucional. Desde la perspectiva de este autor –que ha tenido mucha influencia en la evolución y conceptualización de la figura– el estado constituye un bien extranormativo que amerita protección incluso cuando ello suponga ignorar algunos de los límites sustantivos y formales que las normas constitucionales imponen al poder político. Dentro de estos límites se cuentan, en primerísimo lugar, los derechos de las personas y, en paralelo, instituciones de protección como la separación de los poderes. Así las cosas, el "estado de excepción", emerge como un instrumento excepcional para salvar al estado *a pesar de la constitución*⁵ y lo hace en clave potencialmente autoritaria. En esa medida, como puede suponerse, tiende a entrar en conflicto con las instituciones y principios del constitucionalismo democrático.

Por eso un autor con fuertes convicciones democráticas como Hans Kelsen, en abierta disputa con las tesis schmittianas, advertía lo siguiente: "tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que 'vivir' suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el estado viva en la forma que estiman correcta aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del 'estado de necesidad política'".⁶ La advertencia y la preocupación kelsenianas no eran meramente académicas porque, como es sabido, el régimen nazi que se implantó en Alemania en buena medida a través de la institución del "estado de excepción" que se encontraba contemplada en el artículo 48 de la Constitución alemana de la República de Weimar.⁷ De hecho, después de esa experiencia histórica y cada vez con

⁵ Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982. También puede consultarse: Hauriou, M., *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923. Sobre la obra de Schmitt y su discusión sobre éste y otros temas con Hans Kelsen, *cfr.*, Córdova, L., *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, FCE, 2009.

⁶ Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, *op. cit.*, pp. 206-207.

⁷ Dicho artículo, en la parte que nos interesa, establecía lo siguiente: "... cuando en el Reich alemán se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos, el Presidente del Reich puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con ayuda de la fuerza armada en caso necesario. Al efecto puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153". Dentro de esos derechos susceptibles de suspensión se encontraban la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de la correspondencia, la libertad de expresión, la libertad de reunión, la libertad de asociación y el derecho de propiedad. En pocas palabras, se trataba de los derechos que dan sustento al constitucionalismo democrático y que en la Alemania de Hitler fueron suspendidos con fundamento constitucional y con las consecuencias que todos conocemos.

mayor frecuencia la figura del estado de excepción se fue conociendo como la "dictadura constitucional". Esta última, en palabras de Karl Lowenstein es "la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder en la manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interórganos de la asamblea frente al ejecutivo durante la duración del período de excepción".⁸

La otra figura afín que ya ha sido mencionada es el llamado "estado de sitio" que fue introducida por el derecho público francés y tiene sus orígenes en la Asamblea de 1791. Fue entonces cuando, por primera vez, se utilizó la expresión "*état de siège*" para referirse a la situación constitucional en la que las autoridades y la población civiles quedaban subordinadas a las autoridades y a la jurisdicción militar. En la práctica, el "estado de sitio" evoca una especie de suspensión del 'hábeas corpus' que es la figura correspondiente en el ámbito del *common law* mediante el cual se suspenden los mecanismos que ofrecen protección sobre todo a la libertad personal. De hecho, la finalidad primigenia del "estado de sitio" era suspender esa libertad y sus garantías para facilitar la detención y traslado forzoso de las personas durante los conflictos bélicos.⁹

La clasificación que –si bien de manera somera– se ha propuesto es relevante para los fines de este ensayo porque permite demostrar que la figura de la suspensión o restricción de derechos establecida en el artículo 29 de la Constitución se aparta del "estado de sitio" porque no contempla bajo ninguna circunstancia que las autoridades civiles se subordinen a las autoridades militares. Además, aunque constituye una especie de "estado de excepción" tampoco es equiparable a la figura de la "dictadura constitucional" porque está diseñada para operar en contextos democráticos. De hecho, esta particularidad de la figura que analizamos ha cobrado relevancia en el contexto de la llamada "lucha (y, originalmente, guerra) contra el crimen organizado" que declaró el gobierno del Presidente Calderón (2006-2012). Esto es así porque la estrategia adoptada por esa administración se centró en la militarización y condujo hacia derroteros jurídicos distintos a los contemplados por la Constitución en el artículo mencionado. Algunas de las tesis de jurisprudencia que analizaremos más adelante están motivadas por esta situación inusual y –a juicio del autor de este texto– de dudosa constitucionalidad. Lo cierto, de hecho, es que esas acciones se han llevado a cabo sin recurrir a la suspensión de derechos constitucionalmente establecida y regulada.

⁸ Lowenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 285.

⁹ Napoleón Bonaparte alteró dicha figura jurídica que había sido imaginada sólo para las situaciones de guerra y la aplicó primero en las ciudades de Brest y de Arras que se encontraban bajo una invasión militar y, posteriormente, en 1811, en otras ciudades en las que sólo existía una revuelta interna. Con esta decisión, Napoleón, aplicó a figura en un contexto en el que tradicionalmente sólo podía declararse el estado de excepción –en el que el mando se mantiene invariablemente en las manos de las autoridades civiles– y que también se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico francés.

II. El artículo 29 en su versión original

Desde un punto de vista analítico, en abstracto, podemos sostener que los efectos de la declaratoria del Estado de excepción son principalmente los siguientes: a) la disolución o limitación del principio de división de poderes; b) con una consecuente atribución de facultades especiales al titular del poder ejecutivo; c) dentro de esas facultades destaca la atribución de expedir normas generales (una suerte de facultad legislativa); d) la limitación o suspensión de determinados derechos humanos o de su ejercicio; e) la limitación o suspensión de las garantías de determinados derechos humanos.

Un buen ejemplo de norma constitucional abierta que permitía la materialización de todos estos supuestos era la que estuvo vigente en México desde 1917 (con un antecedente directo desde 1857) y hasta junio de 2011:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquiera otro que ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado, 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 suspensión pueda contraerse a determinado individuo.

Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificare en tiempos de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

Se trata de una disposición ejemplar para mostrar la tendencia de la figura a potenciar los poderes del Poder Ejecutivo –Presidente de los Estados Unidos Mexicanos– y para evidenciar los efectos potenciales de la misma: la limitación del principio de separación de poderes; la suspensión de derechos (en aquel texto denominadas, como del resto lo hacía el artículo 1o. de la Constitución y las disposiciones complementarias) "garantías individuales"; el otorgamiento de facultades legislativas (emisión de prevenciones generales) al propio presidente. Además, si nos atenemos a una lectura textual de la misma, las restricciones eran

posibles tanto a la titularidad como al ejercicio de cualquier derecho (o "garantía individual") y a cualquiera de las garantías de los mismos (entendidas como mecanismos de protección).

Esa configuración normativa del estado de excepción en México nunca fue reglamentada. El artículo 29 adoleció de una norma secundaria durante 95 años (de hecho no todavía existe cuando escribo estas líneas) y, por lo mismo, no se cuenta con mayores desarrollos doctrinales sobre el particular. Desde el punto de vista histórico, en la práctica, la figura de la suspensión en la formulación antes transcrita solamente se aplicó en 1942 con motivo de la declaración de guerra a las potencias del eje en el contexto de la Segunda Guerra Mundial. En ese entonces, mediante Decreto de Suspensión de Garantías aprobado el 1o. de junio de 1942, el Congreso decretó la suspensión de varias garantías individuales (art. primero.); autorizó al Ejecutivo de la Unión para imponer en los distintos ramos de la Administración Pública todas las modificaciones indispensables para "la eficaz defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de nuestras instituciones fundamentales" (Art. cuarto) y; facultó "al Ejecutivo de la Unión para legislar en los distintos ramos de la Administración Pública con sujeción a lo preceptuado en el artículo precedente" (Art. quinto). La suspensión, tal como quedó establecido en el artículo 2o. de la Ley de Prevenciones Generales publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de junio de 1942 duraría "todo el tiempo que México permanezca en estado de guerra con Alemania, Italia y el Japón" o con cualquiera de estos países y "será susceptible de prorrogarse a juicio del Ejecutivo, hasta 30 días después de la fecha de cesación de las hostilidades".¹⁰

III. La reglamentación internacional

En realidad el artículo 29 de la Constitución –en ausencia de una ley secundaria– fue reglamentado a través del derecho internacional. Desde que México se adhirió a la Convención

¹⁰ Han existido otras coyunturas en las que el tema de una eventual suspensión de garantías ha cobrado fuerza en el debate público, político y jurídico pero sin llegar a materializarse. Una de ellas fue en las semanas y meses posteriores al sismo que afectó gravemente a la Ciudad de México en 1985, otra en el contexto del levantamiento armado en Chiapas en 1994 y también, en el Siglo XXI, en el marco de los lamentables hechos de violencia derivados del combate a la criminalidad organizada. Como recuerda Héctor Fix-Fierro al comentar este mismo Artículo Constitucional, a raíz de los sismos de 1985 se creó un Sistema Nacional de Protección (*Diario Oficial de la Federación* del 6 de mayo de 1986) y, posteriormente, una Ley General de Protección Civil (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 2000) para coordinar las actividades de las diferentes autoridades ante situaciones de emergencia (alto riesgo, siniestro o desastre) sin necesidad de recurrir a la suspensión de garantías. Cfr., Fix-Fierro, H., "Comentario al artículo 29 constitucional", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, op. cit.*, nota 2; el comentario también puede consultarse en Fix-Fierro, H., "Comentario al artículo 29 constitucional", *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Miguel Ángel Editorial Porrúa-Cámara de Diputados (LVIII Legislatura), 2003, Tomo V, pp. 595-657.

Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), en 1981, adoptó como parte de su derecho interno a la siguiente disposición establecida en el artículo 27 de ese documento internacional:

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.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".¹¹

De esta manera, si nos atenemos a la jerarquía que correspondía a los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano –un segundo nivel, por debajo de la constitución, según una interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) del artículo 133 del propio texto constitucional–, el artículo 27 de la CADH se convirtió en la norma reglamentaria del artículo 29 constitucional. Con ello se establecieron un conjunto de límites formales –adicionales a los que ya contemplaba el texto constitucional– pero, sobre todo, se agregaron limitaciones sustantivas a la figura de la suspensión de derechos.

¹¹ Para una interesante reconstrucción del proceso político que condujo a la aprobación de diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cfr.: Saltalamacchia, N., A. Covarrubias, *Derechos Humanos en Política Exterior. Seis casos latinoamericanos*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2011.

IV. El derecho internacional y las opiniones consultivas

México reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH "la Corte") en 1998. Con ello ratificó su determinación de avanzar por la senda del constitucionalismo democrático pero también adquirió obligaciones de índole jurídica. En concreto abrió su ordenamiento jurídico a las interpretaciones y decisiones de una entidad jurisdiccional de carácter internacional. Los alcances de esa apertura y sus implicaciones normativas siguen siendo objeto de deliberación entre los estudiosos y operadores del derecho –y previsiblemente lo serán todavía más con la reforma a la constitución en materia de derechos humanos de junio de 2011– pero, por lo pronto, al reconocer la jurisdicción de la Corte se dotó de relevancia jurídica y ya no solamente académica a las interpretaciones y decisiones –incluso en los casos en los que México no es parte– del tribunal radicado en San José, Costa Rica. Por eso es relevante reconstruir el sentido de las principales argumentaciones de ese tribunal cuando ha debido analizar casos relacionados con el estado de excepción y la suspensión de derechos.

En particular la Corte ha emitido dos Opiniones Consultivas –OC-8/87 del 30 de enero de 1987, "EL HABEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" y OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, "GARANTÍAS JUDICIALES EN ESTADOS DE EMERGENCIA (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)"– cuyo núcleo puede sintetizarse en la siguiente transcripción de la primera de ellas:

20. La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del 'ejercicio efectivo de la democracia representativa' a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de 'consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre'. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando

se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.¹²

24. La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos (...) Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una <suspensión de garantías> en sentido absoluto, ni de la <suspensión de derechos>, ya que siendo éstos consustanciales a la persona, lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.¹³

Conviene rescatar tres tesis nucleares de esta opinión: a) si bien la suspensión de garantías puede ser una medida necesaria; b) debe operar en el marco del paradigma democrático y; c) no puede traducirse en la suspensión de la titularidad de los derechos sino, en todo caso, de su ejercicio. Este último criterio alcanza a ciertos mecanismos de garantía específicos como es el caso del *hábeas corpus*. Esta interpretación tiene su origen en la petición que sustenta a la opinión consultiva y que provenía de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "la Comisión") y en la que puede leerse que, a juicio de los comisionados, "ni aún bajo una situación de emergencia el *hábeas corpus* puede suspenderse o dejarse sin efecto".¹⁴ En consonancia con esta interpretación la Corte reiteró que está prohibido "suspender las garantías judiciales indispensables"¹⁵ incluso en situaciones excepcionales. Con ello la Corte dejó sentada una distinción fundamental que ha sido desarrollada por la teoría constitucional: una cosa son los derechos y otra las garantías que "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho".¹⁶ En esta dirección, además, la propia Corte precisó que, así como no es posible suspender la titularidad de los derechos, tampoco es lícito suspender algunas de las garantías que los protegen (en concreto las jurisdiccionales que la Corte considera "indispensables"). Dentro de estas garantías destaca el amparo y el *hábeas corpus* que, para la Corte, son el género (amparo) y una de sus especies (*habeas corpus*).

¹² Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. párr. 20.

¹³ *Ibidem*, párr. 24.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 12.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 24.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 25. La cita es de la opinión consultiva pero bien podría haber sido redactada por un autor como Luigi Ferrajoli. Cfr., Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

La tesis de la Corte es perfectamente compatible con la teoría democrático constitucional¹⁷ y se basa en una premisa puntual: "en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes define, completa y adquiere sentido en función de los otros".¹⁸ La sentencia tiene sustento teórico pero también práctico porque, como la propia Corte advierte, no debemos olvidar "la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio (...), particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos".¹⁹ De hecho nos recuerda que la CADH –precisamente por esas experiencias– es el "primer documento internacional de derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos".²⁰

El alcance de estas opiniones consultivas y, en general, de las decisiones de la Corte se desprende del texto de las mismas: "aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la convención".²¹ Se trata de una premisa contundente que anuncia los alcances de control de convencionalidad que, con el paso de los años, iría desarrollando la propia Corte.

De hecho todas estas tesis –sobre todo por lo que hace al sentido y significado de las garantías procesales indispensables que no pueden ser objeto de suspensión– fueron reiteradas en la segunda Opinión Consultiva (O. P. 9/87). Para concluir este apartado vale la pena una breve cita de este documento: "...deben considerarse como garantías judiciales indispensables (...) el habeas corpus, el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes; (así como) aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (...) idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos...".²² De esta manera, de nueva cuenta, la Corte reiteró que –al menos en el contexto interamericano– la figura de la suspensión de derechos debe quedar circunscrita y estar vinculada por los principios e instituciones que dan forma al constitucionalismo democrático.

¹⁷ Sobre la democracia constitucional, *cfr.*, entre otros, Salazar, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2011.

¹⁸ Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías*, *supra* nota 12, párr. 26.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 36.

²⁰ *Ibem*.

²¹ *Ibidem*, párr. 43.

²² Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. párr. 1 y 2 de los puntos resolutivos.

V. Algunos casos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sobre la base de las interpretaciones y argumentos emitidos en las dos Opiniones Consultivas, la propia Corte IDH resolvió tres casos relevantes: *Neira Alegría vs. Perú*,²³ *Loayza Tamayo vs Perú*,²⁴ y; *Zambrano Vélez y otros vs Ecuador*.²⁵ Conviene realizar una breve síntesis de los mismos deteniéndonos sobre todo en el tercero de ellos por tratarse de un caso relacionado con el combate a la delincuencia organizada:

1. El primer caso está relacionado con un supuesto motín en un penal –en "El Frontón"– en el que murieron 111 internos en junio de 1986 pero que en realidad resultó ser un caso de abuso estatal. De hecho en el evento muchos presos murieron aplastados porque el pabellón carcelario en el que se encontraban fue demolido por las fuerzas de la marina peruana con ellos dentro. Tres de los fallecidos –en realidad desaparecieron a manos del ejército y la marina peruanos– fueron los señores Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar cuyos familiares elevaron la demanda que llegó a la Corte Interamericana. El caso tiene relación con nuestro tema porque los hechos sucedieron al amparo de dos Decretos Supremos (012-IN y 006-86 JUS) mediante los cuales se había declarado el estado de excepción en dos provincias y Zona Militar Restringida en tres penales. Por lo mismo, al estudiar el asunto, la Corte valoró si habían sido violadas las restricciones sustantivas contempladas en el artículo 27 de la CADH para los casos de suspensión de derechos. Al final, a la luz de los hechos y de las pruebas presentadas por todas las partes, la Corte concluyó que, en efecto, el estado peruano, violó "en perjuicio de las tres personas indicadas, el derecho de habeas corpus establecido por el artículo 7.6 en conexión con la prohibición del artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".²⁶
2. El segundo caso también tuvo lugar en Perú algunos años después, en 1993. Además de ser un caso relacionado con la suspensión de garantías, por el contexto en el que tiene lugar, es particularmente interesante para el México de nuestros días. Se trata de la condena impuesta en segunda instancia por un Consejo de Guerra Especial de Marina a la señora María Elena Loayza Tamayo acusada de terrorismo. Es un triste

²³ Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.

²⁴ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

²⁵ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

²⁶ Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*, *supra* nota 23, resolutivo 2.

caso de torturas y abusos que iniciaron con la detención de la inculpada y duraron durante su reclusión. También en este caso detrás de la detención existía un Decreto Ley (no. 25.744 del 27 de septiembre de 1992) que autorizaba a la policía nacional a detener de manera preventiva –una suerte de arraigo– a un presunto terrorista hasta por un periodo de 30 días.

Además, en el momento en el que la Sra. Loayza fue detenida (el 6 de febrero de 1993), el departamento de Lima y la Provincia de Callao habían sido declarados en estado de Excepción mediante un Decreto Supremo (006-93-DE-CCFFAA del 19 de enero de ese mismo año). Para completar el cuadro, dado que la señora Loayza fue acusada, además de terrorismo, también de traición a la patria fue juzgada, tanto por un Juez Civil como por un Tribunal Militar. Ello implicó la violación en su perjuicio de garantías como el hábeas corpus y principios elementales como la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo –de hecho, según concluyó la Corte, técnicamente se le juzgó dos veces por el mismo hecho con lo que se violó el principio *non bis in idem*– por lo que en la sentencia, los jueces de San José, ordenaron decretar "su inmediata libertad". Ello después de declarar culpable al estado peruano de violaciones de derechos humanos como la libertad personal, la integridad personal y múltiples garantías procesales.

3. El tercer caso también tiene su origen en 1993 (aunque fue resuelto hasta 2007) e involucra al Estado ecuatoriano. Es un caso de ejecuciones extrajudiciales en las que perdieron la vida los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña. Ello en el marco de un operativo militar y policiaco al amparo de un decreto de suspensión de garantías emitido el 3 de septiembre de 1992. Un dato interesante es que, durante el proceso ante la Corte, el Estado de Ecuador se allanó parcialmente a la demanda reconociendo excesos de su parte. Este hecho fue valorado de manera positiva por la Corte pero, dado que se trataba de un allanamiento parcial –negándose la violación del derecho a la vida– y dada la gravedad de los hechos, se procedió a estudiar el fondo del asunto. Ello como una forma de reparación para los familiares de los desaparecidos y como "una contribución a la preservación de la memoria histórica y [par]a evitar que se repitan hechos similares".²⁷

El caso es particularmente interesante porque el decreto de suspensión de garantías tuvo lugar en un contexto en el que las principales ciudades del Ecuador "se vieron afectadas por

²⁷ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. . . , *supra* nota 25 párr. 31.

hechos graves de delincuencia, que conllevaron a un clima de inseguridad y conmoción interna".²⁸ Por ello el Presidente de la República ecuatoriano dispuso "la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional, como medio de precautelar la seguridad de las personas y de los bienes públicos y privados".²⁹ Así las cosas, desde la perspectiva del estado ecuatoriano la declaratoria del estado de excepción –decreto de emergencia– había sido absolutamente necesario por la alarmante inseguridad, incremento de la violencia y alarma ciudadana.³⁰ En concreto, según se argumentó ante la Corte, el operativo en el que murieron las tres personas en cuestión tuvo "el propósito principal de capturar delincuentes, narcotraficantes y terroristas".³¹

A respecto, la Corte, recordó en su sentencia que la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que para que se justifique un estado de excepción es necesario: a) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; b) que ésta afecte a toda la población y; c) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad.³² Además, la Corte también recordó que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha puntualizado que es necesario precisar la duración, el ámbito geográfico y el alcance material de la suspensión. Adicionalmente, la Corte reiteró una preocupación que este mismo tribunal había sostenido anteriormente: "los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales".³³ De hecho, aprovechó para reiterar que "el uso de la fuerza debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad".³⁴

Con base en estas consideraciones la Corte Interamericana determinó que el estado ecuatoriano violó el derecho a la vida de las tres personas en cuestión, incumplió sus obligaciones relacionadas con la suspensión de garantías así como los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. Por lo mismo, dispuso identificar, juzgar y sancionar a los responsables del asesinato de los señores Wilmer Zambrano, José Miguel Caicedo y Segundo

²⁸ *Ibidem*, párr. 44.

²⁹ Decreto No. 86 del 3 de septiembre de 1992. *cfr.*, Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador...*, *supra* nota 25, párr. 44.

³⁰ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador...*, *supra* nota 25 párr. 49.

³¹ *Ibidem*, párr. 74.

³² *Ibidem*, párr. 46. En el texto se hace referencia a la decisión ECHR, *Lawless v. Ireland* (no. 3), judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 14. párr. 28.

³³ *Ibidem*, párr. 51. La Corte hace referencia a su decisión en el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C. No. 150, párr. 78.

³⁴ *Ibidem*, párr. 85.

Olmedo Caicedo así como un conjunto de obligaciones administrativas, simbólicas y económicas, que debieron ser enfrentadas por el estado ecuatoriano.

Me parece importante subrayar que en los tres casos existe una constante y es el exceso en el uso de la fuerza por parte de las autoridades estatales en contextos de presunta emergencia causada por supuestas o reales amenazas graves a la seguridad interior o a la seguridad pública. Además, en todos los casos está presente la intervención de las fuerzas armadas –ejército o marina– actuando por sí solas o en conjunción con los cuerpos policíacos. Por eso, aunque había tenido lugar una declaratoria de emergencia –estado de excepción o suspensión de garantías–, a juicio de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, los estados involucrados (Perú y Ecuador, respectivamente) incurrieron en responsabilidad internacional. En el fondo de las tres sentencias gravitaba la misma tesis fundamental:

La Corte advierte (...) que no se pueden invocar circunstancias excepcionales en menoscabo de los Derechos Humanos. Ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir, sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos, en mayor medida que la prevista en ella.³⁵

VI. Evolución de la Constitución mexicana

Con la reforma de junio de 2011, el texto del artículo 29 de la Constitución se actualizó para entrar en franca sintonía con el derecho internacional en esta delicada materia (tanto con el artículo 27 de la CADH como con las Opiniones Consultivas correspondientes). El nuevo texto del artículo 29 constitucional vigente en la actualidad establece lo siguiente:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquél no estuviere reunido, podrá 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

³⁵ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú...*, *supra* nota 24, párr. 44.

contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos 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.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Quando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Los cambios con relación al texto constitucional anterior son muchos y muy significativos. Sin embargo en este ensayo me limito a señalar aquellos que provienen directamente del derecho internacional –convencional y jurisdiccional– que acabamos de analizar:

a) Lo primero que conviene advertir es el cambio terminológico: ahora la constitución habla de "los derechos" y de "las garantías" con lo que se incorpora la distinción analítica que ya hemos referido entre el derecho (bien jurídico que se protege) y la garantía (el mecanismo de protección).

b) Por otra parte se distingue entre la posibilidad de "suspender" y la de "restringir" el ejercicio de los derechos y las garantías que fueren obstáculo para hacer frente a la situación de peligro para la sociedad. De esta manera se abre la puerta a supuestos normativos con efectos prácticos distintos: por un lado es posible restringir el ejercicio de determinado derecho o de sus garantías y, por el otro, es posible operar su suspensión.

c) La tercera aportación que proviene directamente del ámbito internacional reside en que a partir de ahora se contempla la suspensión o restricción "del ejercicio" del derecho y no del derecho mismo. Este fraseo implica que la titularidad de los derechos humanos fundamentales no puede suspenderse en ninguna circunstancia.

d) La siguiente importación normativa desde el derecho internacional es aún más relevante que las anteriores y se ubica en el nuevo párrafo segundo del artículo. Por primera vez se señala con claridad que existen derechos y garantías cuyo ejercicio no puede ser objeto de restricciones o de suspensión.

e) La quinta aportación del derecho internacional a la reforma del artículo 29 mexicano es la incorporación de los principios de "legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y No discriminación" que están desarrollados en diferentes documentos, tratados, opiniones y sentencias internacionales.

f) Finalmente, con la reforma se puntualizó que las garantías judiciales no pueden ser objeto de suspensión. Esa limitación se encuentra tanto en el párrafo segundo recién comentado –no podrán suspenderse "las garantías judiciales indispensables para la protección" de los derechos– como en el párrafo final que señala expresamente que "los decretos expedidos por el ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación."

Como puede observarse en estos seis incisos, el derecho internacional de los derechos humanos se incorporó en el artículo 29 de la Constitución mexicana y con ello la figura de la suspensión de derechos –el estado de emergencia– quedó circunscrita a los límites y vínculos que impone el constitucionalismo democrático. Ello anuncia cambios en la doctrina sobre la materia y eventualmente ajustes a las interpretaciones judiciales relacionadas de manera directa o indirecta con este delicado tema pero lo cierto es que, hasta ahora, la aproximación de los jueces mexicanos –en concreto de los ministros de la SCJN – al tema del estado de excepción ha sido tangencial. Ello se explica en parte porque, como ya se ha visto, la figura sólo ha sido utilizada en una ocasión pero también porque la corte ha optado por no pronunciarse sobre el tema. Sin embargo, como veremos en el apartado final de este

ensayo, en el contexto de la lucha contra el crimen organizado las cosas podrían estar cambiando y con ello también podrían modificarse las definiciones jurisdiccionales en la materia.

VII. La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana y el estado de excepción

Existen algunas decisiones de la Quinta Época de la SCJN relacionadas con el decreto de 1942 y que son interesantes porque giran en torno a la vigencia de las garantías judiciales durante la vigencia de la suspensión de derechos.³⁶ Sin embargo, a continuación centraré mi atención solamente en algunas decisiones de la Novena Época que tienen alguna relación con el tema. De esta manera me concentraré las decisiones que permiten vislumbrar el sentido de las interpretaciones jurisdiccionales relacionadas con el artículo 29 constitucional en el contexto de la crisis de seguridad pública y seguridad nacional que aqueja al México el Siglo XXI.

Lo primero que hay que decir es que la SCJN –salvo en el contexto de la Segunda Guerra mundial que motivó las interpretaciones de la Quinta Época referidas– ha tenido pocas oportunidades para pronunciarse sobre el tema específico del estado de excepción. De hecho prácticamente no existen interpretaciones sobre el tema en más de sesenta años. A lo sumo, si revisamos con atención la jurisprudencia y algunos casos relevantes, podremos identificar algún momento en el que la SCJN tuvo la oportunidad de entrarle al tema y, sin embargo, decidió no hacerlo. Pienso, por ejemplo, en una reforma constitucional en el estado de Veracruz (del 3 de febrero del año 2000; Ley número 53) mediante la cual se transformó de manera casi integral a la constitución de dicho estado y, entre otros cambios, se otorgó la siguiente facultad al Congreso del Estado:

Conceder al Ejecutivo, por un tiempo limitado y con la aprobación de dos terceras partes de sus integrantes, las facultades extraordinarias que necesite para salvar la situación en casos de alteración del orden o peligro público (Art. 33, fracción XXXIII).

Los ayuntamientos de Córdoba (y su presidente municipal), de Tomatlán y de Juan Rodríguez Clara, todos del estado de Veracruz, presentaron controversias constitucionales en contra de

³⁶ [TA] DETENCIÓN Y CONCENTRACIÓN, ES LA FACULTAD EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (LEY DE SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES) (Amparo penal en revisión 6167/44), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, 12 de enero 1945 T. LXXXIII, p. 698 Registro IUS 305 459; [TA]. LEYES DE EMERGENCIA (Incidente de suspensión 4212/44), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, México, 18 de abril de 1945, T. LXXXIV, p. 111, Registro IUS 322 529. Tomo las referencias de Fix-Fierro, *op. cit.*, nota 3, pp. 602-603.

aquella reforma constitucional alegando, entre otros argumentos, que el artículo mencionado violentaba a la constitución federal al transgredir el marco establecido por el artículo 29 para enfrentar situaciones excepcionales.³⁷ El argumento era interesante y pudo abrir las puertas para que los ministros y ministras del Pleno la SCJN abordaran el tema del estado de excepción y de sus reglas. Sobre todo si tomamos en cuenta que los municipios quejosos alegaban que "el orden federal es el único facultado para afrontar situaciones que pongan a la sociedad en grave peligro o conflicto, y no los Gobiernos Locales". En respuesta, tanto por el Congreso estatal como por el Poder Ejecutivo local, argumentaron que la nueva facultad otorgaba al gobernador "eminentemente de carácter administrativo y se constriñen a las que fueran obstáculo para hacer frente a una emergencia (sobre todo de carácter natural)" por lo que la reforma no constituía una violación al principio de la división de los poderes.

Así las cosas, el Pleno de la SCJN tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un par de cuestiones muy relevantes: ¿cuál o cuáles son las esferas de gobierno facultadas para declarar el estado de excepción? y, de paso, ¿cuáles son los efectos de dicha declaratoria y sus alcances cuando la misma no estaba destinada a la suspensión directa de derechos pero sí a la restricción de la división de los poderes? Sin embargo, en aquella ocasión, el Pleno de la SCJN determinó que la reforma concreta –la incorporación de la fracción XXXIII del artículo 33 de la Constitución veracruzana– no causaba perjuicio alguno a los municipios inconformados y, por lo mismo, decidieron desestimar esa parte de las controversias presentadas. En consecuencia, los ministros concluyeron que: "al resultar infundados e inoperantes los conceptos de invalidez hechos valer por la parte actora, lo procedente es declarar la validez de las normas objeto de análisis".³⁸ Se trató de una oportunidad perdida porque el tema de los efectos de la declaratoria del estado de excepción sobre el principio de la división de los poderes es muy relevante. Sobre todo porque dicha declaratoria invariablemente se traduce en una restricción de las libertades fundamentales.

En este sentido es interesante otra decisión del Pleno de la SCJN relacionada con un tema muy distinto. Se trata de otra controversia constitucional relacionada con un reglamento

³⁷ Controversia constitucional 17/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVI, Julio de 2002, Página: 810, Registro IUS 17134. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17134.pdf>> (26 junio 2013); Controversia Constitucional 16/2000 Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XV, Junio de 2002, Página: 287, Registro IUS 17106 (Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17106.pdf>> (26 de junio de 2013); Controversia constitucional 18/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVI, Julio de 2002, Página: 906, Registro No. 17130. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17130.pdf>> (26 de junio de 2013).

³⁸ Esta determinación abarcaba, además del artículo 33, fracción XXXIII a otros artículos impugnados pero no a la totalidad de los agravios alegados por los municipios inconformes. El Pleno de la SCJN, de hecho, declaró inconstitucional una parte de aquella reforma relacionada con un régimen fiscal de no sujeción tributaria a favor de la Universidad Veracruzana por contravenir la fracción IV del artículo 115 de la CPEUM.

sobre la materia de juegos y sorteos pero que condujo a los ministros a pronunciarse sobre las facultades del Presidente de la República para emitir actos legislativos cuando no se ha declarado un estado de excepción.³⁹ De esta manera, indirectamente, se delimitan los alcances de la restricción a dicho principio cuando sí se declara la suspensión de derechos. En ese caso la SCJN declaró la validez de un reglamento⁴⁰ que había sido expedido por el Presidente en uso de sus facultades reglamentarias (contenida en el artículo 89, fracción 1) y decretó que ello no había implicado una suplantación del legislador. Ello porque, desde la perspectiva del Pleno de la SCJN, "la división de poderes no opera en nuestro país de manera tajante y rígida sino ha sido modulada con numerosas excepciones con el fin de establecer un adecuado equilibrio de fuerzas".⁴¹

Pensando en nuestro tema esto significa que el principio de la división de los poderes puede restringirse sin necesidad de recurrir a la declaratoria de un estado de excepción. O, desde otra perspectiva, que los efectos de la declaratoria del estado de excepción van más allá de las limitaciones que ésta podría imponer al principio de la separación de los poderes. Para decirlo con otras palabras: es posible exceptuar la vigencia de algunos aspectos de la separación de los poderes –por ejemplo reconociendo ciertas facultades de creación normativa al titular del Poder Ejecutivo– sin necesidad de activar una medida extrema como el estado de excepción (o suspensión de derechos). Pero, cabe preguntarnos si esto también vale para el caso de algunas medidas estrictamente administrativas –es decir que no afectan al principio de la separación de los poderes– pero que pueden implicar, en los hechos, restricciones a los derechos de las personas. Ese es el caso, por ejemplo, de la utilización de las fuerzas armadas para combatir a la criminalidad sin echar mano de la figura contenida en el artículo 29 de la Constitución.

VIII. La Corte, las fuerzas armadas y los derechos

Ese es el dilema de fondo que el propio Pleno de la SCJN debió enfrentar al resolver la acción de inconstitucionalidad 1/96 relacionada con la participación del ejército y la fuerza aérea en auxilio de las autoridades civiles.⁴² El caso presentado por un conjunto de Diputados Federa-

³⁹ Controversia constitucional 97/2004, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, T. XXVI, Septiembre de 2007, p. 2105, Registro IUS 20379. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/20379.pdf>> (26 de junio de 2013).

⁴⁰ Reglamento de la Ley Federal de Juegos y Sorteos publicado en el *DOF* el 17 de septiembre de 2004.

⁴¹ Son diversas las tesis y precedentes en este sentido. Al respecto, cfr. Carbonell, M., P. Salazar, *División de Poderes y Régimen Presidencial en México*, IIJ-UNAM-Porrúa, México, 2011.

⁴² Acción de inconstitucionalidad 1/96. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, T. III, Marzo de 1996, p. 351, Registro IUS 3534. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/3534.pdf>> (26 de junio de 2013).

les dio origen a seis tesis de las cuales cuatro están directamente relacionadas con ese tema y tienen relevancia para nuestro estudio.⁴³ En este caso las normas constitucionales sujetas a interpretación son, además del 29, el artículo 129 relacionado con la fracción VI del artículo 89. Vale la pena recuperar el texto de estos dos artículos (cito solamente la parte que nos interesa):

Artículo 129. En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar.

(...)

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

(...)

VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.

(...)

Como puede observarse el primero de ellos establece una restricción expresa al uso de las fuerzas armadas –en tiempos de paz– mientras que el segundo impone al presidente de la República una obligación y, al mismo tiempo, le concede una atribución: preservar la seguridad nacional y disponer de las fuerzas armadas para la seguridad interior y defensa exterior

⁴³ Tesis: P/J. 38/2000. EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN). *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 549 Registro IUS 192080; Tesis: P/J. 37/2000. EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON Estricto RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUÉLLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETLARLA. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 551 Registro IUS 192081; Tesis: P/J. 36/2000 EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON Estricto ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 552 Registro IUS 192082; Tesis: P/J. 34/2000. EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. LA DETERMINACIÓN DE CUÁLES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y, POR LO MISMO, LA COMPRENSIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, CONFORME AL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 550 Registro IUS 192084.

del país. La cuestión concreta que se planteó a los ministros de la SCJN con aquella acción de inconstitucionalidad consistía en determinar si la interpretación correcta de esas disposiciones permitía al Presidente de la república incorporar⁴⁴ a los secretarios de la Defensa y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública. Pero, aunque no era la cuestión directa, en el fondo, se les exigía una definición sobre un tema de mucho mayor calado: la (in)constitucionalidad de la decisión del Presidente de la República de disponer de las fuerzas armadas para enfrentar a la criminalidad organizada. A nosotros nos interesa únicamente esta segunda vertiente de la sentencia.

Recordemos que dentro el efecto más delicado de una eventual declaratoria de estado de excepción –sobre todo si nos atenemos a la redacción del artículo 29 constitucional– es la suspensión o restricción de derechos humanos. Por eso, al analizar la acción de inconstitucionalidad que comentamos, los ministros de la SCJN, precisaron desde un inicio lo que estaba en juego:

Ante todo esta Suprema Corte considera necesario destacar que se está en presencia de diversas cuestiones controvertidas que involucran, por un lado, el respeto de las garantías individuales consagradas por la Constitución⁴⁵ y, por el otro, el problema trascendente para toda la sociedad, como es el relativo a la seguridad pública.⁴⁶

Por lo menos tres de los elementos típicos de las situaciones que suelen motivar la declaratoria del estado de excepción estaban presentes como trasfondo del asunto: a) una emergencia; b) que exige medidas excepcionales y; c) puede traducirse en la restricción o suspensión de derechos y de principios constitucionales. ¿Quién puede negar que el uso de las fuerzas armadas para combatir el crimen sea una medida excepcional que, en los hechos, puede traducirse en la restricción de libertades y derechos humanos fundamentales? Desde mi perspectiva ése era el dilema práctico que debieron encarar los ministros de la SCJN. Sin embargo, al entrar al fondo del asunto, los jueces constitucionales evadieron esta tensión elemental –que ellos mismos habían detectado en el párrafo que acabo de citado– y zanjaron el asunto con una petición de principio abstracta: "jurídicamente, los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no sólo no se oponen, sino se condicionan recíprocamente".⁴⁷

⁴⁴ Mediante una reforma a la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

⁴⁵ Conviene recordar a los lectores que en ese momento esa era la denominación constitucional de los derechos humanos.

⁴⁶ Cfr. Acción de inconstitucionalidad 1/96..., *supra* nota 42, Tercer considerando.

⁴⁷ *Idem*.

De esta manera circunscribieron los dilemas del caso a la dimensión jurídica (haciendo caso omiso a la realidad práctica) y manifestaron su "rechazo absoluto de interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados, o en multiplicación de la arbitrariedad de los gobernantes en detrimento de la esfera de derechos de los gobernados".⁴⁸ Así las cosas tradujeron un dilema real en un problema abstracto y supusieron que la lectura armónica de la constitución es suficiente para zanjar las restricciones, suspensiones y violaciones de derechos reales. Se trató de un ejercicio de autismo constitucional que permitió a los ministros respaldar la constitucionalidad de la estrategia militarizada para combatir a la criminalidad sin ponderar las implicaciones prácticas –reales, materiales, efectivas, cotidianas– que dicha decisión podía suponer para los mexicanos y las mexicanas que, amenazados por la criminalidad creciente, tendrían también que lidiar con posibles excesos de soldados y marinos.⁴⁹

Es interesante leer la sentencia que comentamos porque, entre otras particularidades, es notable la coincidencia de los argumentos usados por los ministros de la SCJN con los que fueron planteados –en defensa de la norma reformada– por las oficinas del gobierno federal mexicano. La conclusión, entonces, es fácil de adivinar: "La actuación del Ejército, Fuerza Aérea o Armada no está condicionada al estallido de una guerra o a una suspensión de garantías. Como fuerza pública, está constitucionalmente facultada para salvaguardar la seguridad interior".⁵⁰ De ahí se desprende el núcleo de las tesis de jurisprudencia correspondientes:

Ejército, armada y fuerza área. Su participación en auxilio de las autoridades civiles es constitucional (...)⁵¹

Ejército, armada y fuerza área. Pueden actuar acatando órdenes del presidente, con estricto respeto a las garantías individuales, cuando sin llegarse a situaciones que requieran la suspensión de aquéllas, hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla.⁵²

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Entre 2006 y 2006 la CNDH emitió 40 recomendaciones acreditando violaciones de los derechos humanos a cargo de militares; a principios de 2011 la propia CNDH sostuvo haber recibido cerca de 1500 quejas por violaciones de derechos humanos en contra de la SEDENA y 500 en contra de la Marina. *Cfr.*, Nerio Monroy, Ana L., "La militarización de la seguridad pública y su impacto en los derechos humanos de la población en situación de vulnerabilidad", *DFnsor*, México, CDHDF, Año IX, Número 8, agosto 2011, p. 20.

⁵⁰ *Cfr.* Acción de inconstitucionalidad 1/96..., *supra* nota 42. *Cfr.* Cuarto considerando de la sentencia.

⁵¹ Tesis: P/J. 38/2000, *supra* nota 43.

⁵² Tesis: P/J. 37/2000, *supra* nota 43.

Ejército, fuerza aérea y armada. Si bien pueden participar en acciones civiles a favor de la seguridad pública, es situaciones que no se requiera suspender las garantías, ello debe obedecer a la solicitud expresa de las autoridades civiles a las que deberán estar sujetos, con estricto acatamiento a la constitución y a las leyes".⁵³

Ejército, Fuerza aérea y armada. La determinación de cuáles son sus funciones, exige el estudio sistemático de la constitución y, por lo mismo, la comprensión de las garantías individuales y de la seguridad pública, conforme al régimen jurídico vigente.⁵⁴

Estas interpretaciones, entre otros efectos, implican otorgar un margen muy amplio al Presidente de la República para determinar cuándo se justifica la suspensión de derechos y cuando no. En este sentido, la SCJN fue categórica: "...la realidad puede generar un sinnúmero de situaciones, pero de suyo excepcionales que, a juicio del presidente de la República, no justifiquen la suspensión de garantías individuales, pero sí la intervención de una fuerza estatal que, efectivamente, pueda coadyuvar a salvaguardar el orden constitucional".⁵⁵ Según los ministros, entonces, echar mano del artículo 29, constituye una afectación mayor a los derechos de las personas que otorgar facultades discrecionales al Presidente de la República para utilizar a las fuerzas armadas en tareas de seguridad: "dentro de lo posible, debe evitarse caer en ese extremo (suspensión de garantías) y propiciar medidas que hagan posible superar la situación aun con el auxilio de las Fuerzas Armadas, pero sujetas a respeto absoluto a las garantías individuales y con sujeción a las autoridades civiles".⁵⁶ Es decir, para la Corte, la suspensión de derechos –constitucionalmente contemplada y regulada– constituye una opción más gravosa para los derechos de las personas que el otorgamiento de facultades al Presidente para usar al ejército, la fuerza aérea y la armada como si fueran policías.

A mi juicio la cuestión está mal planteada: si pensamos en los derechos de las personas, lo que importa es determinar si, en los hechos, la intervención de las fuerzas militares en las labores de seguridad implica restricciones o suspensiones de derechos. Si esto es así, entonces, siempre será preferible activar el mecanismo contemplado en el artículo 29 constitucional. Ello porque, en los hechos, como bien lo advierte la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, cuando se utiliza a las fuerzas armadas en acciones de policía, aumenta el riesgo

⁵³ Tesis: P./J. 36/2000, *supra* nota 43.

⁵⁴ Tesis: P./J. 34/2000, *supra* nota 43.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

de abusos en el uso de la fuerza. La figura del estado de excepción –cuando se encuentra regulada como ahora lo hace el artículo 29 de la Constitución mexicana y como lo ordenan los instrumentos y cortes internacionales de los derechos humanos– sin duda es una medida extrema que debe utilizarse con prudencia pero, aunque parezca paradójico, constituye la mejor alternativa institucional para enfrentar coyunturas extremas. Decretar la suspensión o restricción de derechos –con arreglo a las reglas y límites que impone la constitución– siempre será mejor que restringirlos o suspenderlos *de facto* poniendo a los militares en las calles y permitiendo –desde el punto de vista práctico– la realización de cateos, detenciones o –para utilizar ese eufemismo que significa muerte– abatimientos.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis: P./J. 38/2000. EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN). *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 549 Registro IUS 192080.
- Tesis: P./J. 37/2000. EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON ESTRICTO RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUÉLLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETARLA. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 551 Registro IUS 192081.
- Tesis: P./J. 36/2000 EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON ESTRICTO ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 552 Registro IUS 192082.
- Tesis: P./J. 34/2000. EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. LA DETERMINACIÓN DE CUÁLES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y, POR LO MISMO, LA COMPRENSIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, CONFORME AL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 550 Registro IUS 192084.
- [TA] DETENCIÓN Y CONCENTRACIÓN, ES LA FACULTAD EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (LEY DE SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES) (Amparo penal en revisión 6167/44), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, 12 de enero 1945 T. LXXXIII, p. 698 Registro IUS 305 459.

- [TA]. LEYES DE EMERGENCIA (Incidente de suspensión 4212/44), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, México, 18 de abril de 1945, T. LXXXIV, p. 111, Registro IUS 322 529. Tomo las referencias de Fix-Fierro, *op. cit.* nota 3, p. 602-603.
- Controversia constitucional 17/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVI, Julio de 2002, Página: 810, Registro IUS 17134. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17134.pdf>> (26 junio 2013).
- Controversia Constitucional 16/2000 Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XV, Junio de 2002, Página: 287, Registro IUS 17106 (Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17106.pdf>> (26 de junio de 2013).
- Controversia constitucional 18/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVI, Julio de 2002, Página: 906, Registro No. 17130. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17130.pdf>> (26 de junio de 2013).
- Controversia constitucional 97/2004, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, T. XXVI, Septiembre de 2007, p. 2105, Registro IUS 20379. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/20379.pdf>> (26 de junio de 2013).
- Acción de inconstitucionalidad 1/96. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, T. III, Marzo de 1996, p. 351, Registro IUS 3534. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/3534.pdf>> (26 de junio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.
- Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.
- Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.

- Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

Igualdad

• y No discriminación

Estándares sobre
Igualdad y
No discriminación

I. Prohibición de esclavitud y servidumbre

Se hace extensivo al trabajo forzado que consta de dos elementos básicos, que el trabajo o servicio sea exigido bajo amenaza de una pena y que se lleve a cabo en forma involuntaria.

La amenaza de una pena consiste en la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares. La falta de voluntad para realizar el trabajo implica la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de la libertad, el engaño o la coacción psicológica.

II. Prohibición de discriminar

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

Asimismo, el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo.

En cuanto a la discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos. No toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.

El término "cualquier otra condición social" debe interpretarse de manera amplia y elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. Esto ya que es una "categoría sospechosa" que se debe definir considerando que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo, en consecuencia, debe interpretarse desde la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.

Estos derechos poseen eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares por ello los tribunales deben atender a la influencia de los valores que subyacen en los principios de igualdad y de no discriminación, fungiendo como un vínculo entre la Constitución y los particulares al momento en que resuelven un caso concreto.

La igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano. Es inseparable de la dignidad de la persona e incompatible con toda situación que conduzca a tratar a un grupo determinado de manera privilegiada por considerarlo superior o lo trate con hostilidad o discrimine del goce de derechos por considerarlo inferior. No es admisible crear diferencias de trato entre seres humanos que no correspondan con su única e idéntica naturaleza. Sin embargo no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.

III. Igualdad entre el hombre y la mujer

Es un mandamiento de autoridad estatal en el sentido de no obrar de forma que su actuación implique el menoscabo de derechos de unos frente a otros. Además ha establecido que dicho principio impone la prohibición de emitir leyes que resulten discriminatorias en razón del sexo y anulen, por ello, la garantía a la igualdad de derechos.

El principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer, dicho principio debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En las resoluciones sobre estos derechos deben considerarse criterios de objetividad-constitucionalidad, racionalidad y proporcionalidad que, justifica el trato diferenciado y de mayor tutela de los bienes jurídicos concernientes a la vida de la mujer y su dignidad, cuando estén en peligro o sean lesionados en ciertas circunstancias.

En cuanto a la discriminación en razón del género que vulnera el principio de igualdad entre hombre y mujer, el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los

estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

En cuanto al carácter diferenciador en relación a disposiciones legislativas, se observa que existen diferencias que no constituyen discriminación, como las llamadas cuotas de género. Las cuotas de participación consisten en un mecanismo que posibilita la efectiva igualdad entre mujeres y hombres en la representación nacional y en el ejercicio del poder público. La regla de la cuota de género es de observancia permanente y una norma que pretende generar condiciones de igualdad de acceso a los cargos de elección popular entre los diferentes géneros.

Las leyes electorales deben interpretarse con perspectiva de género, especialmente las que establecen cuotas, en virtud de que la esencia del establecimiento de la cuota de género tiene como objetivo el alcanzar la igualdad real en lo político electoral entre los hombres y mujeres, siendo que, en ese sentido, el análisis de casos concretos relativos a posibles vulneraciones al derecho de la igualdad entre los géneros, no debe realizarse sobre la base de entendimientos o interpretaciones implícitas de los hechos, pues dicho proceder es contrario al criterio que ordena potencializar los derechos humanos y, al contrario sensu, interpretar de forma restrictiva las excepciones o límites a los mismos.

IV. Igualdad ante la Ley

El principio de igualdad ante la ley se encuentra estrechamente relacionado con el principio de igualdad y no discriminación. Este principio no implica que todos los individuos deban encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que se refiere a la igualdad jurídica, la cual se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que aquellos que se encuentran en similar situación de hecho. No toda desigualdad de trato era violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva, de manera que a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas.

Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de ese carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

V. Minorías Religiosas

El pluralismo es la base de la sociedad para el respeto a la expresión de las ideas de otro. Busca proteger al ser humano, a sus instituciones y a sus creencias pues estos son los elementos más centrales de la convivencia y la pertenencia de los seres humanos en un mundo pluralista. Pluralismo no es enlodar y destruir las creencias de otros ya sean éstos mayorías o minorías sino asumirías como un aporte a la interacción de la sociedad en cuya base está el respeto a la escénica y al contexto de las ideas del otro. El derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. 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.

Principales criterios jurisprudenciales

- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127
- Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Tesis I.5o.P8 P (10a.). FEMINICIDIO. LA CREACIÓN DE ESE TIPO ESPECIAL, QUE PREVÉ SANCIONES MÁS SEVERAS RESPECTO DEL DELITO DE HOMICIDIO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN PENAL DEL DISTRITO FEDERAL). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, p. 1333. Registro No. 2 002 307.
- Tesis 1a. XX/2013 (10a.). DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Enero de 2013, Tomo 1, p. 627. Registro No. 2 002 504.
- Tesis I.8o.C.41 K (9a.). IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, PRINCIPIO DE. SU VIOLACIÓN POR LOS PARTICULARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5, p. 3771. Registro No. 160 554.

- Tesis 1a. CXLV/2012 (10a.). IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p.487. Registro No. 2 001 341.
- Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010. MINISTRO PONENTE: SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ. SECRETARIA: LAURA GARCÍA VELASCO. México, 16 de agosto de 2010.
- TEPJF. SUP-JDC-12624/2011 Y ACUMULADOS. MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ALEJANDRO LUNA RAMOS SECRETARIOS: EUGENIO ISIDRO, GERARDO PARTIDA SÁNCHEZ, ÁNGEL EDUARDO ZARAZUA. México. 30 de noviembre de 2011.
- TEPJF-Sala Regional. Expediente SX-JRC-17/2010. MAGISTRADA PONENTE: JUDITH YOLANDA MUÑOZ TAGLE SECRETARIO: CARLOS ANTONIO NERI CARRILLO México, 13 de junio de 2010.

Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre

Carlos DE LA TORRE MARTÍNEZ*

* Abogado de la Oficina en Guatemala de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La explotación como línea interpretativa*. III. *Prohibición de la esclavitud*. IV. *Prohibición del trabajo forzoso*. V. *Prohibición de la servidumbre*.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; esclavitud; servidumbre; trabajo forzoso; trata de personas; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Relatora Especial Sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud; Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Esclavitud; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Organización Internacional del Trabajo.

I. Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante "DIDH") prohíbe de manera contundente tres diversas formas de explotación humana: la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso. Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "Constitución" o "CPEUM") prohíbe de manera explícita la esclavitud (art. 1 segundo párrafo), algunas modalidades del trabajo forzoso y la servidumbre (artículo 5o. párrafos 4o. y 5o. y artículo 123).

El elemento en común de estas tres figuras se refiere en que las tres son formas de explotación humana. Entre ellas existe una relación analógica que puede expresarse en términos de género y especie en tanto que el trabajo forzoso y la servidumbre son formas contemporáneas de esclavitud, a la vez que la servidumbre es un tipo de trabajo forzoso. Las tres formas fueron definidas por el Derecho Internacional Público en la primera mitad del siglo XX, haciendo referencia a las dinámicas de explotación existentes a finales del siglo XIX y en la primera mitad del siglo pasado. Sin embargo, estas categorías han tenido que ser revisadas, ampliadas y flexibilizadas por el DIDH en la medida en que también sus formas de expresión en la realidad han mutado de acuerdo a las estructuras sociales, económicas y políticas que a principios del siglo XXI generan contextos de explotación.

El presente artículo busca realizar un análisis teórico de los elementos en común de los tres conceptos jurídicos; comprender la dinámica en la que las tres prácticas se materializan hoy en día; reflejar cuál ha sido la evolución del DIDH, incluyendo la jurisprudencia de los mecanismos internacionales, para atender estas realidades; y, finalmente, hacer una breve referencia a un caso concreto en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante "SCJN") tuvo la oportunidad de profundizar sobre la prohibición que la Constitución establece en torno al trabajo forzado y la servidumbre.

II. La explotación como línea interpretativa

La clave común de interpretación de las tres figuras se vincula al fenómeno de la explotación de uno seres humanos hacia otros. Esta realidad, que ha revestido diversas formas, graduaciones y estructuras a lo largo de la historia, describe la apropiación de una persona o grupo de personas del fruto del trabajo y actividad de otra persona o grupo de personas. La apropiación implica un despojo violento, ya sea mediante el uso de la fuerza directa, el engaño, la coacción, la restricción de opciones diversas o una amenaza, de las energías, esfuerzo y creatividad que otra persona imprime en el trabajo o actividad que realiza, mientras que otra persona es la que toma ventaja obteniendo un beneficio.

Según la teoría marxistas sobre el fenómeno de la explotación, la injusticia de las sociedades capitalistas radica en el hecho de que unas personas ejercen sus capacidades bajo el control de otras personas, de acuerdo con los fines de esas personas.¹ A través del control de los medios de producción y del mercado, el capitalismo, según Marx, transfiere sistemáticamente el poder de unas personas a otras, aumentando el de estas últimas.

Iris Marion Young ha elaborado un análisis de la explotación que no se limite tan sólo a la explotación marxista determinada por la categoría de clase, apuntando a otras formas de explotación que se generarían por otro tipo de relaciones de poder.² Así, por ejemplo, sostiene que la explotación de género tiene dos aspectos: la transferencia a los hombres de los frutos del trabajo material de las mujeres, así como la transferencia a los hombres de las energías sexuales y del cuidado y de la crianza.³

¹ Cfr. De Sousa Santos, Boaventura, "Desigualdad, Exclusión y Globalización: Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia", *El milenio huérfano*. Madrid, Trotta, 2005, pp. 195-196.

² Cfr. Young, Marion Iris. *La justicia y la política de la diferencia*. Traducción de Silvana Álvarez, Valencia, Ediciones Cátedra, 2000, pp. 86-89.

³ *Ibid.*, p. 87.

Otro elemento de la explotación, es que la transferencia forzada del valor del trabajo y sus productos hacia otras personas se dan en el marco de una relación de subordinación marcada por la asimetría de poder de una persona frente a otra. Con ello, se quiebra el principio de igual dignidad y el valor de las personas, constituyendo, por lo tanto, una forma extrema de discriminación.

Finalmente, otro factor central en la dinámica de la explotación, tal vez el más evidente, es la pérdida de la libertad de las personas explotadas. Además de la apropiación y desposesión de los frutos de su trabajo, también se restringe radicalmente la libertad de las personas en varios sentidos. Una característica central es que las personas trabajan para otros, es decir, de acuerdo a los fines que otros les imponen mediante la fuerza o coacción. La persona pierde parcelas cruciales de su autonomía. En el caso de la esclavitud, sin duda la forma de explotación más extrema, la persona pierde su autonomía, deja de *ser-para sí* y actuar de acuerdo a sus propios fines, para *ser-para otro* y actuar para fines ajenos. En el trabajo forzado a la persona se le impone en contra de su voluntad y, por lo tanto, violando su autonomía, la realización de un trabajo determinado. En la servidumbre, las condiciones de trabajo son tan extremas, la relación de subordinación es tan marcada y la relación de dependencia es tan fuerte que la persona pierde también su autonomía quedando de facto "atrapada" en relación de explotación.

Debido a lo anterior, en el marco del DIDH la esclavitud, el trabajo forzado y la servidumbre han sido conceptualizadas como formas concretas de violación del derecho a la libertad personal. Sin embargo, por la radicalidad de la figura y, en tanto que su impacto negativo trasciende prácticamente en todos los derechos humanos reconocidos, la manera en cómo se han conceptualizado es a partir de enunciados de normas que establecen prohibiciones concretas y no a partir de un derecho específico. Así, en los instrumentos internacionales de derechos humanos la opción adoptada fue la de la de prohibir al Estado la realización de dichas prácticas, así como el deber de erradicarlas y combatirlas, sin que necesariamente se vinculen a un derecho concreto.

III. Prohibición de la esclavitud

Daniel O'Donnell apunta que la prohibición de la esclavitud constituyó el primer paso en la construcción del DIDH.⁴ La primera prohibición en un instrumento internacional de la

⁴ Cfr. O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Colombia, OACNUDH, 2004, pp. 242-245.

esclavitud fue en 1814 en el Tratado de París en el que se reconoció la necesidad de la cooperación internacional para erradicarla. La Sociedad de las Naciones adoptó el Convenio contra la Esclavitud en 1926,⁵ el cuál después fue ampliado mediante la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (en adelante "Convención Suplementaria").⁶

La prohibición de la esclavitud estaba antes contenida en el artículo segundo constitucional hasta la reforma del 14 de agosto de 2001, la cual integró el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el referido artículo segundo y desplazó la prohibición de la esclavitud al artículo primero. La prohibición mantiene su redacción original, tal y como fue plasmada por el Constituyente de 1917. Dicha redacción también es muy similar a la del artículo segundo de la Constitución de 1857, sólo que en ella se usaba una redacción en sentido positivo, es decir, no se prohibía la esclavitud explícitamente, sino que se afirmaba que todas las personas que nacían o que entraban al territorio mexicano eran libres.

El artículo cuarto de la Declaración Universal de Derechos Humanos retomó la práctica abolicionista y estableció la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de esclavos en todas sus formas. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PIDCP"), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "Convención Americana") retomaron la misma prohibición sin añadir ningún otro elemento al enunciado de la Declaración Universal. Se entiende, por lo tanto, que dichos instrumentos adoptan la definición de la esclavitud que ya había establecido la Convención contra la Esclavitud: "El estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos".⁷

La definición es muy específica y restrictiva al integrar como elemento esencial de la esclavitud la referencia al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad de una persona hacia otra. Con ello se refiere a la forma clásica de esclavitud, bajo la cual se niega el carácter de personas y seres humanos a los esclavos para tratarlos, tanto en el plano del derecho, como en el de los hechos, como cosas sujetas a ser apropiadas y explotadas por sus dueños. En las primeras décadas del siglo XX esta prohibición se dirigía precisamente a la abolición jurídica de la esclavitud, la cual, seguía siendo aceptada en los ordenamientos jurídicos de algunos

⁵ *Convención sobre la Esclavitud*. Adoptada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

⁶ ONU. *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*. Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956.

⁷ *Convención sobre la Esclavitud*. ..., *supra* nota art. 1.

países del mundo, así como al combate de la práctica de la trata de esclavos que, aunque ya había sido declarada como ilegal por la mayoría de los países, seguía siendo una realidad en muchas de las colonias controladas por los países de occidente y aún un factor importante de la economía colonial.⁸

A medida que el abolicionismo fue cambiando conciencias y que la práctica de la esclavitud fue prohibiéndose en la legislación de los países, surgieron otras prácticas que, aunque no se basaban explícitamente en el ejercicio de un supuesto derecho de propiedad sobre una persona, la pérdida de la libertad de la persona y la explotación de la que era víctima eran de tal magnitud que se empezaron a ser consideradas como prácticas análogas a la esclavitud. Estas prácticas también son conocidas como formas contemporáneas de esclavitud, permitiendo flexibilizar la definición clásica de esclavitud para poder aplicar dicha figura a otras situaciones o prácticas vigentes que implican también la restricción de la autonomía de las personas, la apropiación de sus fuerzas y energías de trabajo y la negación de su dignidad como seres humanos.⁹

La Relatora Especial Sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud (en adelante la "Relatora"), incluidas sus causas y consecuencias, estima que actualmente en el mundo existen 27 millones de personas que son víctimas de alguna de las formas contemporáneas de esclavitud, entre las que también se incluye el trabajo forzado y la servidumbre. También destaca que aunque los tiempos y la realidad pueden haber cambiado, la esencia de la esclavitud ha subsistido en las economías modernas.¹⁰

La Subcomisión de la Organización de las Naciones Unidas para el estudio sobre la aplicación y el seguimiento de las convenciones sobre la esclavitud ha establecido un conjunto de criterios que permiten determinar cuándo una práctica puede llegar a ser considerada como una análoga a la esclavitud: a) el grado de restricción del derecho inherente de la persona a la libertad de circulación; b) el grado de control de la persona sobre sus pertenencias personales; y c) la existencia de consentimiento con conocimiento de causa y plena comprensión de la naturaleza de la relación entre las partes.¹¹

⁸ Véase Bales, Kevin. *Understanding Global Slavery*, California, University Press, 2005.

⁹ Véase el Folleto Informativo 14, *Formas contemporáneas de esclavitud*, Ginebra, OACNUDH, 2005.

¹⁰ Cfr. ONU. *Informe de la Relatora Especial Sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, Incluidas sus Causas y Consecuencias*, Sra. Gulnara Shahinian, 10 de julio de 2009, pp. 14-16. A/HRC/12/21.

¹¹ Cfr. ONU. Subcomisión de Derechos Humanos, *Estudio actualizado sobre la aplicación y el seguimiento de las convenciones sobre la esclavitud*. E/CN.4/Sub.2/2000/3.

Siguiendo estos criterios tanto el Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Esclavitud, creado por la entonces Comisión de Derechos Humanos, como la Relatora, creada por el Consejo de Derechos Humanos y que en 2008 sustituyó al Grupo de Trabajo, han centrado su atención en diversas formas contemporáneas de esclavitud. Algunas de ellas son: la venta de niños y niñas, la prostitución infantil, la utilización de niños y niñas en la pornografía, la explotación del trabajo infantil, la mutilación sexual de las niñas, la utilización de niños y niñas en los conflictos armados, la servidumbre por deudas, la trata de personas, la venta de órganos humanos, la explotación de la prostitución y ciertas prácticas del régimen de apartheid y los regímenes coloniales.

En este sentido la Convención Suplementaria enumera un conjunto de prácticas que deben ser prohibidas al compartir elementos similares a la definición de esclavitud clásica.¹² Se destaca, por ejemplo, la servidumbre por deudas, la explotación de los niños y adolescentes, la práctica de los matrimonios forzados, de dar en dote a una mujer sin su consentimiento o de transmitir por compraventa o herencia a una mujer.

También la Convención de los Derechos del Niño,¹³ que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, contiene elementos importantes para combatir la esclavitud infantil. Esta Convención permite proteger a los niños amenazados por explotación sexual, económica y de abusos de otra índole, como la venta y la trata de niños, y su participación en conflictos armados.

En el año de 2002 entraron en vigor dos protocolos facultativos de la Convención de los Derechos del Niño, uno relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y otro relativo a la participación de niños durante el conflicto armado.¹⁴ Estos dos protocolos son de suma importancia si se toma en cuenta las dimensiones de la problemática a nivel mundial. El informe de UNICEF sobre *El Estado Mundial de la Infancia* registra que actualmente hay alrededor de 300,000 niños y niñas soldados, que alrededor de 1.2 millones de niñas son víctimas de trata de personas cada año y que un total de 1.8 millones de niñas y niños estarían sometidos a prostitución y pornografía infantil.¹⁵

¹² Hasta ahora 106 Estados ha ratificado o adherido a dicha Convención.

¹³ AGONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25. 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

¹⁴ El Estado Mexicano ratificó ambos protocolos el 15 de marzo de 2002.

¹⁵ Cfr. ONU. *Estado Mundial de la Infancia 2006; Excluidos e Invisibles*. UNICEF, 2007, pp. 47-50.

En el primer protocolo se aporta una definición de lo que se entenderá por venta de niños, por prostitución infantil y por la utilización de niños en pornografía.¹⁶ Un elemento a destacar es que en estas definiciones se prescinde del elemento del consentimiento del niño o la niña, es decir, los actos descritos son suficientes para entender que se realizan sin el consentimiento del niño. En el segundo de ellos se prohíbe el reclutamiento forzado de niños y niñas menores de 18 años en las fuerzas armadas de los Estados, así como la participación de menores de 18 años en cualquier acto de hostilidad.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional también recoge la definición clásica de esclavitud considerándola como un delito de lesa humanidad cuando se realice como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque. Incluso, incorpora una referencia al tráfico de personas.¹⁷

El artículo 8.1 y 8.2 del Estatuto de Roma también tipifica la "esclavitud sexual" como un crimen de guerra cuando es cometido en el contexto de un conflicto armado, en gran escala o como parte de una política establecida. En este sentido la Subcomisión de la Organización de las Naciones Unidas encargada del tema de la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempos de conflicto armado, consideró que el término sexual debería emplearse "como adjetivo para describir un tipo de esclavitud, no para indicar un delito distinto".¹⁸ La Subcomisión subrayó que el hecho de mantener a una persona en un estado de disponibilidad sexual permanente contra su voluntad puede considerarse como la reducción de una persona al estatus de propiedad y, por lo tanto, de esclavitud.¹⁹

¹⁶ Artículo 2: A los efectos del presente Protocolo:

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

¹⁷ Cfr. *Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional*. El texto del Estatuto de Roma fue aprobado el 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. A/CONF.183/9. Las enmiendas al artículo 8 reproducen el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010 Treaties-6, en tanto que las enmiendas a los artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter reflejan el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010 Treaties-8; ambas notificaciones del depositario tienen la fecha 29 de noviembre de 2010, art. 7.2 c.- Por esclavitud se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluidos el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños".

¹⁸ Cfr. *Contemporary forms of Slavery*. Reporte de la Relatora Especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas Sobre la Violación Sistemática, la Esclavitud Sexual y las Prácticas Análogas a la Esclavitud en Tiempos de Conflicto Armado, McDougall, Gay. E/CN.4/Sub.2/1998/13.

¹⁹ *Ibidem*.

Otra realidad que ha sido considerada como una forma contemporánea de esclavitud es el tráfico y la trata de personas. Debido a su exponencial incremento en las últimas dos décadas, a la violación múltiple de derechos que estas realidades implican y al carácter transnacional de dichas actividades, estas dos realidades han requerido un tratamiento específico por parte del DIDH. Según Daniel O'Donnell el significado original de la palabra "trata" era la venta de un esclavo, el cuál más adelante incluyó también la realidad de la prostitución forzada mediante el término "trata de blancas".²⁰ Hoy el término empleado es el de la "trata de personas", el cual se ha despojado ya del elemento de propiedad sobre la persona de la definición clásica de la esclavitud, pero debido a que el consentimiento de las víctimas está condicionado por "la amenaza, el uso de la fuerza, la coacción, el fraude, el engaño o el abuso de poder", y sus opciones para romper con la relación de explotación en la que están inmersas son sumamente limitadas, se le ha dado el carácter de una forma contemporánea de esclavitud.

Aunque en ocasiones tráfico y trata de personas han sido utilizados como sinónimos existe una diferencia importante entre ellos. El tráfico de personas consiste esencialmente en la facilitación por un tercero de la migración ilegal, mientras que la trata de personas incluye elementos de coacción, violencia física o psíquica, abuso y explotación laboral o sexual que violentan los derechos de la víctima, independientemente si las personas son llevada de un país a otro de manera ilegal.²¹

La definición recogida por el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, subraya precisamente que el fin de la trata de personas es la explotación.²² Incluyendo, pero no limi-

²⁰ Cfr. O'Donnell, Daniel. ..., *op. cit.*, pp. 248-254.

²¹ *Ibid.*, p. 248.

²² ONU. *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Adoptado en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, artículo 3. Para los fines del presente Protocolo:

a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

tándose, a las siguientes formas de explotación: la prostitución ajena, la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Otro elemento importante que se desprende de la definición es que en el caso de la trata de personas se consigue el consentimiento de las víctimas, sólo que este consentimiento no es auténtico y libre, sino que para obtenerlo se recurre al uso de la fuerza, a la coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder, a la situación de vulnerabilidad de la víctima. Finalmente las acciones que determinan la realización de la trata son: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de las personas.

La Oficina de la Organización de las Naciones Unidas sobre las Drogas y el Delito estima que en el mundo hay 2.5 millones de víctimas de trata de personas. El 66% de ellas son mujeres, el 13% son niñas, el 9% son niños y el 12% son hombres. Aproximadamente el 79% de las víctimas de trata en el mundo están sujetas a explotación sexual.²³

IV. Prohibición del trabajo forzoso

El trabajo forzoso u obligatorio es definido por el Convenio relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (en adelante "Convenio 29"), adoptado en 1930.

Artículo 2.1.- La expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.²⁴

Tanto la Convención Americana, como el PIDCP prohíben los trabajos forzados sin dar una definición, por lo que se entiende que asumen la definición dada previamente por el Convenio 29. Ambos instrumentos establecen algunas excepciones de trabajos que no se entenderán como forzados y, por lo tanto, estarán permitidos en los Estados. Éstas son:

- a) Los trabajos o servicios que se exijan normalmente a una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional.
- b) El servicio de carácter militar.

²³ Cfr. ONU. *Global Report on Trafficking in Persons*, New York, United Nations Office on Drugs and Crime, 2011.

²⁴ *Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio*. Adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión. Entró en vigor el 1 de mayo de 1932.

- c) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o bienestar de la comunidad.
- d) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

El Convenio Sobre la Abolición del Trabajo Forzoso de 1957 (en adelante "Convenio 105")²⁵ establece el deber de los Estados parte de abolir el trabajo forzoso u obligatorio como medio de coerción, de educación política, como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas, por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido, como método de movilización y de utilización de la mano de obra con fines de fomento económico, como medida de disciplina en el trabajo, como castigo por haber participado en huelgas; o como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

El artículo 5 de la CPEUM introduce también una prohibición del trabajo forzoso al establecer en su tercer párrafo que nadie puede ser obligado a presentar trabajos personales sin la justa redistribución y sin su pleno consentimiento". A la par de esta prohibición se establecen algunas excepciones que serían en principio compatibles con las establecidas en los instrumentos internacionales. Entre ellas destacan los trabajos impuestos como pena por la autoridad judicial, los servicios públicos de armas o jurados y los cargos concejiles y de elección popular, directa o indirecta, que tendrían un carácter de servicios cívicos.

Un estudio de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) muestra que el número mínimo estimado de personas que son víctimas en todo el mundo del trabajo forzoso asciende a 12,3 millones.²⁶ El 64% del trabajo forzoso adopta la forma de explotación económica por agentes económicos no estatales o privados, el 20% es fruto de la imposición del Estado o de las fuerzas armadas, el 11% adopta la forma de explotación comercial sexual y el 5% está representado por otras formas de trabajo forzoso.²⁷

Por su parte, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (en adelante UNICEF) considera que 246 millones de niños y niñas de entre 5 y 17 años trabajan. De ellos 171 millones de niños trabajan en situaciones de riesgo: como en minas, manejando pesticidas en la agricultura o maquinaria peligrosa. Alrededor de 73 millones tienen menos de 10 años.²⁸

²⁵ ONU. *Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso*. Adopción en Ginebra, 40a. reunión CIT. Entró en vigor el 17 enero 1959.

²⁶ Cfr. Belser Patrick, Cock Michaelle y Farhad, Mehran, *ILO Minumum Estimate of Forced Labour in the World*, Ginebra, OIT, 2005.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Cfr. ONU. *Estado Mundial...*, *supra* nota 15, p. 50.

Sobre el trabajo infantil es importante tomar en cuenta dos instrumentos centrales. El Convenio Sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo de 1973 (en adelante "Convenio 132")²⁹ y el Convenio Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (en adelante "Convenio 182")³⁰ de 1999. En el primero de ellos se establece que la edad mínima para trabajar es la edad que coincida con la edad en la que los niños y niñas terminan la educación obligatoria o, en su defecto, los 15 años de edad. Además de ello los Estados Parte se comprometen a elevar progresivamente la edad mínima para trabajar y en abolir por completo el trabajo infantil. El segundo Convenio aporta una lista de los trabajos infantiles que deben estar prohibidos por los Estados Parte para todos los niños y las niñas, es decir, los menores de 18 años. El artículo tercero enumera los siguientes tipos de trabajo:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Es importante señalar que para efecto de considerar si las anteriores formas de trabajo son trabajos forzosos también se exime la cuestión del consentimiento, es decir, basta con que la persona sea menor de 18 años para considerar que no hay pleno consentimiento para realizar este tipo de trabajos y, por lo tanto, se tendría que considerar bajo la figura del trabajo forzoso.

En el plano de la jurisprudencia internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Comité ESCR") en su Observación General 18 "sobre el derecho al trabajo"³¹ hace eco de la necesidad de que los Estados combatan el trabajo forzoso y establece que una de las obligaciones que los Estados asumen al ratificar el Pacto Internacional de

²⁹ ONU. *Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo*. Adoptada en Ginebra, 58a. reunión CIT. Entró en vigor el 19 junio 1976.

³⁰ ONU. *Convenio Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación*. Adoptado en Ginebra, 87a. reunión CIT. Entró en vigor el 19 noviembre 2000.

³¹ Comité ESCR. *El Derecho al Trabajo. Observación General No. 18*. 6 de febrero de 2006. E/C.12/GC/18.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) es la de proteger a las personas bajo su jurisdicción para prevenir o eliminar las formas de trabajo forzado que puedan darse entre particulares. El Comité ESCR hace especial énfasis además en que los Estados deben adoptar medidas efectivas, en particular medidas legislativas, para prohibir el trabajo de niños menores de 16 años. Además, deben prohibir toda forma de explotación económica y de trabajo forzoso de los niños y niñas en general.

La Comisión de Expertos de la OIT ha subrayado que el elemento central para determinar cuándo se trata de un trabajo forzado es la falta de consentimiento de la persona al momento de ejecutar el trabajo, sin mencionar necesariamente la retribución por dicho trabajo.³²

Los anteriores criterios muestran que en principio existe una divergencia entre la definición internacional de trabajo forzado y la definición del artículo quinto de la Constitución mexicana en tanto que ésta exige que además de la ausencia de consentimiento, la retribución que se otorgue por el trabajo no sea justa. Considero que la línea adoptada por los estándares y la jurisprudencia internacional resulta más amplia y protectora de la persona en tanto que no exige que se den dos elementos a la vez para estar frente a una situación de trabajo forzado. Así, aunque la retribución económica sea justa o, incluso, muy atractiva en términos económicos, es suficiente que la persona realice el trabajo bajo coacción para considerar que está realizando un trabajo de manera forzada.

Por otra parte, considero que ante la dificultad de establecer con precisión si el consentimiento dado es realmente legítimo, existen otros factores objetivos que pueden considerarse como presunciones para determinar la ausencia del consentimiento o, por el otro lado, la existencia de un tipo de coerción. Me refiero a cuestiones tales como: las condiciones de trabajo, si existe o no una retribución por el trabajo realizado, si el monto de la retribución es suficiente para cubrir las necesidades de las personas trabajadoras, el nivel de riesgo a la salud, integridad y vida de las personas, el desgaste física y emocional que implica el trabajo o si se trata de un trabajo que pueda ser considerado humillante desde el punto de vista de la cultura del trabajador.

Otra cuestión relevante para el contexto económico actual es analizar si las formas de coerción pueden ser también de tipo estructural. Me refiero a los casos en que no existe una relación o acción directa e interpersonal que obligue a una persona a realizar un tipo de trabajo determinado sin su voluntad y, sin embargo, las condiciones de tipo económico, social y político

³² Cfr. ONU. *Informe de la Comisión de Expertos de la OIT*, 2003, p. 102.

determinan la voluntad de las personas y las orillan a aceptar trabajos que no hubieran aceptado si tuvieran otras posibilidades. Serían trabajos en que no se respetan los derechos laborales de las personas, en los que la seguridad y salud de la persona corre riesgo inminente, que no constituyen ningún tipo de aprendizaje para las personas, que no son significativos y que incluso pueden llegar a mermar el sentido de dignidad o autoestima de las personas. Iris Marion Young se ha referido a ellos como trabajo no significativos o trabajos serviles, destacando, además, cómo en ciertas sociedades las estructuras orillan a ciertas personas, que por su origen étnico, racial, su género o su clase, a aceptar este tipo de trabajos, mientras que las personas que forman parte de los grupos hegemónicos sistemáticamente acceden a los trabajos significativos.³³ Ejemplos de este tipo de trabajos en México pueden ser el trabajo doméstico o el trabajo como jornaleros agrícolas.

Con respecto al trabajo doméstico la Comisión de Expertos de la OIT ha señalado lo siguiente:

El trabajo doméstico en sí no es, por supuesto, trabajo forzoso. No obstante, puede degenerar en trabajo forzoso cuando hay servidumbre por deudas o trata de personas, o cuando se impide físicamente que los trabajadores salgan del hogar del empleador o se retienen sus documentos de identidad... En las peores situaciones hay violencia, y en ciertos casos se llega hasta la violación y/o la tortura.³⁴

En relación con el trabajo agrícola la Relatora ha señalado que en la economía global los trabajadores agrícolas enfrentan situaciones de especial vulnerabilidad, pues debido al analfabetismo o a su bajo nivel de instrucción, sumado a la falta de alternativas de trabajo, el no acceso a la tierra, al crédito o a los mercados para poder comercializar sus propios productos, se ven obligados a vender su mano de obra a las grandes plantaciones a cambio de salarios muy bajos y realizando trabajos que no cubren las condiciones mínimas laborales y generalmente sin recibir las prestaciones laborales adecuadas.³⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") tuvo oportunidad de profundizar en la prohibición de trabajo forzoso establecido en el artículo 6.2 de la Convención Americana en el caso de las *Masacres de Ituango*. En este caso, además de las denuncias de violaciones a los derechos humanos ocurridas en el

³³ Cfr. Young, Marion Iris. *La justicia...*, op. cit., p. 88.

³⁴ Cfr. ONU. *Informe de la Comisión...*, op. cit., párr. 83.

³⁵ Cfr. ONU. *Informe de la Relatora Especial...*, supra nota 10., pp. 14-16.

contexto de la masacre de campesinos por parte de un grupo paramilitar en la comunidad de El Aro en Colombia, los peticionarios denunciaron también que 17 campesinos habían sido obligados por los paramilitares para transportar 1,200 cabezas de ganado que habían sustraído de la comunidad por 17 días.³⁶

La Corte Interamericana sostuvo que en base al artículo 31 de la Convención de Viena, para la interpretación de un tratado no sólo se debe tomar en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste, sino que también es necesario considerar otros instrumentos más especializados que forman parte del mismo sistema de protección de derechos humanos. Así, procedió a utilizar y hacer una interpretación del Convenio 29.

La Corte IDH destacó que la definición ya analizada consta de dos elementos básicos. El primero se refiere a que el trabajo o el servicio sea exigido "bajo amenaza de una pena", y el segundo que se lleve a cabo e forma involuntaria.

Refiere que por "amenaza de una pena" se entiende:

la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares.³⁷

Manifestó que en el caso de los 17 campesinos o arrieros la amenaza era evidente pues los paramilitares los habían amenazado de muerte sino transportaban al ganado. Además de ello, la Corte Interamericana señaló que dichas amenazas fueron complementadas por un contexto de extrema violencia, en el cual los arrieros fueron privados de su libertad, llevados a sitios sustraídos por hombres fuertemente armados que acababan de cometer la ejecución arbitraria de otros pobladores de la comunidad.

La Corte IDH también definió que la falta de voluntad para realizar el trabajo implica:

la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas

³⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párrs. 145-168.

³⁷ *Ibid.*, párr. 161.

causas, tales como la privación ilegal de la libertad, el engaño o la coacción psicológica.³⁸

La Corte Interamericana subrayó que en el caso de los arrieros la ausencia de consentimiento quedó demostrada evidentemente en tanto que fueron obligados a trasladar el ganado después de ocurrida la masacre, incluso privándolos de su libertad por los 17 días que duró el traslado del ganado.

Otro elemento analizado por la Corte Interamericana fue si existió participación de los agentes del Estado, ya que sostuvo que para poder establecer responsabilidad internacional por violaciones cometidas en contra del artículo 6.2 de la Convención Americana es necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea que su participación sea directa o por aquiescencia. En el caso concreto la CrIDH identificó varios hechos que demuestran que los paramilitares actuaron con la aquiescencia o tolerancia del Estado. El Ejército estableció un toque de queda en la comunidad para permitir la sustracción del ganado, a lo que se sumó el hecho de que algunos elementos del Ejército custodiaron a los arrieros y al ganado durante el traslado.³⁹

1. Situación de las y los jornaleros agrícolas en México

En México uno de los principales problemas y situaciones de violación a los derechos humanos laborales, que por sus formas de explotación, podrían llegar incluso a considerarse trabajo forzoso es la situación de las y los jornaleros agrícolas. Las personas jornaleras agrícolas son hombres, mujeres, niños y niñas que debido a la falta de oportunidades de desarrollo en sus comunidades de origen se ven obligadas a migrar anualmente a otros Estados de la República mexicana para laborar en campos agrícolas dedicados al cultivo de hortalizas, que generalmente se exportan a los países desarrollados. Se considera que su número puede alcanzar los 3.5 millones de personas.⁴⁰

Una característica es que el trabajo es temporal, son requeridos por empresas agroindustriales en el tiempo del cultivo o de la cosecha de manera que cuando termina la temporada se termina el trabajo y tienen que regresar a su lugar de origen. Muchos de ellos han optado por

³⁸ *Ibid.*, parr. 154.

³⁹ *Ibid.*, párr. 166-168.

⁴⁰ Cfr. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, OACNUDH, 2004, pp. 172-173.

trasladarse de un Estado a otro para continuar contratándose en otras empresas, regresando a sus comunidades por sólo un par de meses al año.

Generalmente las personas jornaleras agrícolas provienen de los Estados más pobres del sur de México, como Guerrero, Chiapas, Oaxaca y Veracruz, dirigiéndose a trabajar a los estados del norte, como Sinaloa, Chihuahua, Sonora, Coahuila y Baja California Norte. La gran mayoría pertenecen a los diversos pueblos indígenas del país y los municipios de los que provienen son catalogados como los municipios con un menor desarrollo humano en México según el Índice de Desarrollo Humano elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. También existe un importante número de jornaleros agrícolas que provienen de países centroamericanos y que son contratados por empresas agropecuarias en el Sur de México, sobre todo en los estados de la frontera Sur, como Chiapas, Yucatán y Campeche.

Uno de los casos que se han documentado con mayor detalle es el caso de los jornaleros y jornaleras agrícolas que parten de una de las zonas más pobres del Estado de Guerrero para ir a trabajar a los campos agrícolas del Estado de Sinaloa.⁴¹ Las comunidades de las que provienen son catalogadas dentro de los municipios con una mayor índice de marginación en el país y con los niveles más bajos de desarrollo humano. Así, por ejemplo, en el Municipio de Metlatonoc, Guerrero, el 71% de sus habitantes mayores de 15 años es analfabeta, el 85% de los habitantes habita en viviendas con piso de tierra y sin drenaje ni agua corriente y el 90% de la población tiene un ingreso no mayor de 8 dólares diarios. Por otra parte, al estar enclavadas en la Sierra Madre Occidental-Sur, se trata también de una zona donde la tierra es poco fértil y no apta para el cultivo en gran escala, la gente subsiste del cultivo de maíz y frijol para el autoconsumo.

En términos muy resumidos la dinámica de migración es la siguiente. Las personas jornaleras, incluyendo mujeres y niños, son "enganchados" o contratados en sus lugares de origen por personas que pertenecen a sus mismas comunidades pero que fungen como los representantes o "capataces" de los empresarios. A cambio de un porcentaje éstos capataces contratan camiones para transportar grupos de 45 personas hasta los Estados receptores, el viaje puede ser de dos y hasta de cuatro días, los camiones se encuentran en malas condiciones y carecen de lo necesario para hacer largos recorridos. Una vez que llegan a los campos agrícolas se divide a las personas por familias y se les sitúa en unas galeras cercanas a los campos de trabajo. La jornada de trabajo dura entre 12 y 14 horas. Debido a que todo esto sucede

⁴¹ Véase especialmente *Migrar o morir: El dilema de los jornaleros agrícolas en la Montaña de Guerrero*, Tlapa de Comonfort, Tlaxinollan, 2005.

dentro de las tierras privadas de los empresarios las personas jornaleras tienen que comprar sus alimentos en las tiendas de las propias empresas agrícolas, las que en muchas ocasiones venden más caros los productos y otorgan créditos muy onerosos para que las personas puedan comprar los alimentos necesarios bajo la promesa de pagarlos cuando reciban su primera pago por el trabajo. El trabajo se extiende por un periodo de entre tres y cuatro meses, al término las personas jornaleras deben de regresar a sus comunidades o, bien, buscar otra empresa agrícola en otro Estado de la República que pueda contratarlos.

La estrategia de las empresas es generalmente simular que no existe una relación laboral entre la empresa y los jornaleros, nunca se firma un contrato escrito de trabajo, ni siquiera los jornaleros tienen un contacto directo con el personal de las empresas, sino que todo es a través de los capataces, quienes también se consideran jornaleros. El sueldo que se les paga es por la labor realizada día a día, es decir, se les paga a destajo, dependiendo de los surcos sembrados o de las cajas que llenan al cosechar las hortalizas, aproximadamente reciben de entre siete y nueve dólares al día. Es por ello, que los empresarios eluden las obligaciones marcadas por la legislación nacional, tales como: proveer de vivienda adecuada, servicios de salud, educación y cubrir otras condiciones laborales mínimas como pago de prima vacacional, pago de horas extras de trabajo, indemnización en caso de accidente laboral o muerte por motivos del trabajo, pensión e indemnización por despido injustificado.

También es importante analizar la situación desde la perspectiva de los derechos de las mujeres, ya que su situación es aún más crítica que la de los hombres. No sólo trabajan bajo las mismas condiciones que los hombres, sino que además, asumen la carga del trabajo doméstico, como la preparación de los alimentos, el cuidado de los niños y niñas, etc. También algunas de ellas se encuentran en estado de gravidez y tienen que seguir trabajando hasta unos días antes de parir, no reciben atención médica especializada por el embarazo y sólo les otorgan 15 días para recuperarse y volver al trabajo agrícola. También es sumamente preocupante la situación de los niños, pues en ocasiones no se respeta la edad mínima laboral fijada en los tratados internacionales como ya se ha tenido oportunidad de observar. A partir de los ocho años se encuentran laborando en los campos agrícolas, en ocasiones se considera que ayudan a los padres, por lo cual, ni siquiera reciben un sueldo por su trabajo.

La situación de las y los jornaleros agrícolas me parece paradigmática de lo que puede ser considerado como trabajo forzoso o servidumbre pues su situación se inscribe en el fenómeno de la enorme desigualdad regional que existe en México y que divide el país en un norte desarrollado y un sur en enorme subdesarrollo, a la vez, que refleja claramente una de las consecuencias del modelo de libre mercado acelerado en México a partir de 1994 con la

firma del Tratado de Libre Comercio entre América del Norte, ya las condiciones de vida y laborales de los jornaleros agrícolas responden a un esquema de competencia en el que con el fin de alcanzar los precios del mercado internacional, las empresas agrícolas invierten lo menos posible en mejorar las condiciones de vida y condiciones laborales de los trabajadores y trabajadoras agrícolas. Ante el abandono institucional en sus lugares de origen no encuentran más opciones de subsistencia que el migrar y someterse a las condiciones de trabajo antes descritas, lo cual cuestiona fuertemente el carácter voluntario del trabajo que realizan.

V. Prohibición de la servidumbre

Tanto la Convención Americana, como el PIDCP prohíben la servidumbre sin dar una definición de dicho fenómeno. Sin embargo, en la Convención Suplementaria se tipifican dos formas concretas de servidumbre: la servidumbre por deudas y la servidumbre por gleba.⁴²

- a) Servidumbre por deudas como: "el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quién se ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de los servicios".
- b) Servidumbre por gleba: "la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición".

Los elementos comunes de estas dos formas son: primero, la existencia de una deuda que la persona debe saldar mediante su trabajo; segundo, que la remuneración sea tan escasa que resulte muy difícil poder llegar a pagarla por completo; tercero, que la persona se vea obligada a consumir o usar los bienes y servicios que el acreedor le proporciona y por los cuáles se incrementa la deuda y, cuarto, que la persona no tenga alternativas para romper con la relación o trasladarse a otra parte libremente.

⁴² Define la servidumbre por deudas como: "el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quién se ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de los servicios.

Según la Relatora se produce cuando una persona ofrece su fuerza de trabajo en pago de una deuda. Pero además de ello, destaca que se deben dar condiciones complementarias, cómo el hecho de que la persona pierda el control sobre sus condiciones de trabajo, sobre la duración del acuerdo y la equivalencia en términos de trabajo del monto de su deuda. La Relatora destaca que en el caso de la servidumbre el empleador utiliza la deuda para obligar al deudor a trabajar en condiciones de explotación con un prolongado horario de trabajo, un salario reducido y sin días de descanso.⁴³

La Relatora también ha destacado que la pobreza desempeña un papel fundamental en la existencia del trabajo en condiciones de servidumbre. La mayoría de las víctimas de la servidumbre, ya sean rurales o urbanas se ven atrapadas en ella debido a que no tienen otra forma de subsistir excepto la de pedir un préstamo a un terrateniente o a un empleador.⁴⁴ Destaca que los trabajadores en condiciones de servidumbre generalmente pertenecen casi siempre a grupos socialmente excluidos, como los indígenas, las minorías y los migrantes, que sufren aún más que otros discriminación y exclusión política.

En su informe sobre la situación de derechos en Brasil la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH") describió los rasgos esenciales de la servidumbre en relación al fenómeno de la contratación coercitiva en zonas rurales.⁴⁵ En esta descripción la CIDH destacó tres elementos esenciales; la situación de pobreza en la que se encuentran las y los trabajadores rurales y que se traduce en una drástica reducción en las opciones que tienen para encontrar medios de sobrevivencia; los factores externos que condicionan de manera importante la autonomía de las y los trabajadores y que los colocan en una situación de vulnerabilidad para aceptar una relación laboral que resulta violatoria de sus derechos laborales más básicos y, finalmente, la inacción por parte del Estado para fiscalizar que los empresarios cumplan con sus obligaciones relativas a los derechos laborales de las y los trabajadores, así como la ineficacia del sistema de justicia para poder procesar este tipo de violaciones a los derechos humanos.

Aunque la Constitución no contiene una prohibición explícita de la servidumbre la norma contenida en su artículo 5o., párrafo quinto, que establece un mandato al "Estado" de no

⁴³ Cfr. ONU. *Informe de la Relatora Especial...*, *supra* nota 10, p. 11.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁵ "Al llegar los trabajadores a las plantaciones donde deberán trabajar, encuentran que ya son "deudores" de los contratistas por el transporte y comida del traslado, tienen además que pagar su comida y habitación en el establecimiento; y que las condiciones de trabajo son mucho peores de lo prometido y en general ilegales. Sea porque el salario es menor del prometido o porque se mide por hectárea trabajada y las condiciones son más difíciles de las que les habían indicado, el salario real no alcanza para enfrentar las "deudas" que se les imputan. Al mismo tiempo se les amenaza que no pueden abandonar la hacienda sin hacer previamente el pago". CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, párrs. 21-22, p.123 (1997).

permitir que se lleve a cabo ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa, puede ser interpretada como una salvaguarda amplia para evitar que una persona por cualquier motivo, incluido, por supuesto el de una deuda, quede constreñida a una relación de servidumbre.

También el artículo 123 de la Constitución contiene prohibiciones cuyo objeto es evitar que se incurra en dicha situación. Así, por ejemplo, en su fracción VIII se establece que el salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento; en su fracción X establece que el salario deberá pagarse en moneda de curso legal, no siendo permitido hacerlo efectivo con mercancías, ni vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que se pretenda substituir la moneda; en el último párrafo de la fracción XII en los centros de trabajo se prohíbe el establecimiento de expendios de bebidas embriagantes y de casas de juego de azar; finalmente en la fracción XXIV se establece que las deudas establecidas por los trabajadores en favor de sus patronos, nunca podrán ser transmitidas a sus familiares o descendientes, ni podrán ser mayores al sueldo del trabajador en un mes. Todas estas provisiones estaban dirigidas a eliminar la figura de los peones de hacienda y las tiendas de raya como las formas más claras de servidumbre existentes antes de la Revolución Mexicana.

1. Comentarios a la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la prohibición de establecimientos mercantiles de pagar con vales de despensa

Son realmente extraordinarias las ocasiones en que la SCJN ha podido entrar a analizar las prohibiciones de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre contenidas en la Constitución. La sentencia más directa y relevante en la que en los años recientes la SCJN ha podido analizar algunos aspectos de la servidumbre se refiere al caso de la práctica realizada en una cadena de supermercados (*Wall Mart*) consistente en pagar a sus trabajadores una parte de su salario con vales de despensa que sólo pueden ser canjeados en las tiendas del mismo grupo. La Suprema Corte realizó un análisis para determinar si esta práctica actual es similar a las tiendas de raya de las haciendas de la época porfiriana.⁴⁶

El quejoso es un trabajador de *Wall Mart* en Chihuahua, Chihuahua que acudió a la Junta Local de Conciliación y Arbitraje para solicitar la rescisión de su contrato laboral por la falta de

⁴⁶ Cfr. Amparo Directo en Revisión 2143/2009. Sentencia definitiva 2 de diciembre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=113316>> (19 de junio de 2013).

probidad por parte del patrón al establecer en su contrato una clausula en la que le obliga a recibir, por concepto de una porcentaje de su sueldo, vales de despensa que sólo pueden ser canjeados en las tiendas del Grupo Cifra S.A. de C.V. lo cual, a su juicio, resulta contrario a la fracción X del apartado A del artículo 123 que establece: "El salario deberá pagarse precisamente en moneda de curso legal, no siendo permitido hacerlo efectivo con mercancía, ni con vales, fichas o cualquier otro signo representativo con el que se permita sustituir la moneda". Ante el laudo negativo presentó un amparo ante el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil y del Trabajo del Décimo Séptimo Circuito. Inconforme con la resolución de amparo promovió un recurso de revisión ante la SCJN, mismo que fue analizado por la Segunda Sala.

En los conceptos de violación el quejoso planteó tres argumentos: 1) Los vales de despensa deben ser una prestación en favor del trabajador, pero no viceversa, es decir, no pueden ser parte del salario y obligar al trabajador para que los utilice en la compra de las mercancías del patrón; 2) Dicha práctica se asemeja a las tiendas de raya de las haciendas del siglo XIX pues obliga a los trabajadores a cambiar parte de su sueldo por productos del patrón, aunque los precios sean los mismos que para el público en general. El quejoso argumento que si se analiza en términos amplios y se toma en cuenta que todos los trabajadores de *Wall Mart* reciben vales de despensa, esta práctica constituye una estrategia para garantizar una cuota importante de compra obligadas que benefician al patrón; 3) Debe considerarse que la cláusula está afectada de una nulidad absoluta en virtud de la fracción XXVII inciso e) del artículo 123 que establece que: "Serán condiciones nulas y no obligan a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato... Las que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tienda o lugar determinado".

Ante estos argumentos, el Tribunal Colegiado de Circuito esgrimió lo siguiente: 1) El artículo 110 de la Ley Federal del Trabajo autoriza los descuentos al salario de los trabajadores cuando se derive de la adquisición de artículos producidos por la empresa; 2) En el contrato de trabajo se establece que el trabajador libremente puede rechazar la cláusula que le obligaba a recibir vales de despensa por concepto de salario mediante una simple notificación; y 3) Dicha práctica no se asemeja a una tienda de raya pues el precio de los productos "no es elevado" pues es el mismo precio que se da al público.

El quejoso acudió a la SCJN al considerar que el Tribunal Colegiado había hecho una interpretación errónea del artículo 123 Constitucional. La Segunda Sala de la SCJN decidió ejercer su facultad originaria y dejar sentada una interpretación de las referidas disposiciones del artículo 123. La ruta seguida por la SCJN fue el examinar las razones históricas que llevaron al

Constituyente de 1917 a establecer las normas del artículo 5o. y 123, analizar si este tipo de cláusulas introducidas por las empresas tienen nulidad absoluta, determinar si los vales de despensa son considerados parte del salario y, finalmente, analizar si existen similitudes entre la práctica realizada por *Wall Mart* y las tiendas de raya de las haciendas.

En el primer paso la SCJN demostró que el objetivo de los referidos artículos constitucionales era erradicar la práctica de la servidumbre que se generaba a partir de las tiendas de raya en las haciendas porfirianas. El análisis histórico le sirve a la SCJN para fortalecer el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales y, por lo tanto, que las cláusulas de los contratos de trabajo que sean contrarias a los derechos laborales establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser consideradas nulos de pleno derecho sin que sea necesario que una autoridad declare su nulidad posteriormente. Esta interpretación sin duda resulta de gran relevancia en el contexto laboral que se vive en el país y en el que existe una fuerte tendencia hacia la precarización de las condiciones de trabajo bajo diversos esquemas que se escudan en la "flexibilización" de la relación laboral y que terminan minando la estabilidad en el empleo, las condiciones mínimas y los derechos laborales en general.

En relación a la cuestión de fondo, la SCJN llega a la conclusión de que existe semejanza entre la práctica de *Wall Mart* de pagar con vales de despensa que solo pueden ser canjeados en sus tiendas y las tiendas de raya de las haciendas. Las dos razones que utiliza la SCJN son que los vales de despensa son parte del salario del trabajador y, por lo tanto, como sucedía en las tiendas de raya, el salario no es enterado íntegro al trabajador para su plena disposición y, segundo, se trata de una práctica que condiciona la libertad de disposición del trabajador. Sin embargo, la SCJN reconoce que lo que distingue dichas figuras es que los precios de los productos no son "elevados", como lo eran en las tiendas de raya. La SCJN declaró la nulidad del convenio firmado por el trabajador y *Wall Mart* y concedió el amparo para que la Junta Local de Conciliación dicte un nuevo laudo.

Aunque el fallo es favorable a los derechos del trabajador y la interpretación que deja sentada la SCJN se ajusta sin duda a la finalidad y sentido de los artículos 5o. y 123 de la Constitución a mi juicio la SCJN hubiera podido fortalecer un poco más su argumentación utilizando la figura de la servidumbre y empleando algunos de los criterios provenientes del DIDH. En principio la SCJN no fue muy a fondo en su argumentación de porqué considera que sí existe semejanza entre las tiendas de rayas y la práctica de *Wall Mart*, no consideró por ejemplo, como lo había señalado al hacer el relato histórico de los artículos que la consecuencia

directa de las tiendas de raya era "atrapar" a los peones de hacienda en una relación de servidumbre. El Tribunal Colegiado de Circuito no deja de tener un punto importante al señalar que a diferencia de las tiendas de raya los precios de los productos canjeables en *Wall Mart* son los mismos que los del público en general. Ya hemos citado que para la Relatora el punto central de la servidumbre, siguiendo la definición internacional, es la existencia de una deuda que constriñe al trabajador a seguir con la relación laboral independientemente de cuáles sean las condiciones. En las tiendas de raya los altos precios de los productos y la imposibilidad de pagarlos dado los bajos sueldos que recibían, orillaban a los peones a endeudarse con los hacendados y, por lo tanto, a trabajar para pagar una deuda que se volvía impagable. Si adoptamos esta definición de servidumbre estrictamente en el caso de la práctica de *Wall Mart* es verdad que no se genera necesariamente una deuda por parte del trabajador que después lo obligue a seguir trabajando de manera indefinida y perdiendo el control de las condiciones laborales que pacta. Sin embargo, lo que he querido transmitir en este artículo es cómo los diversos órganos internacionales han tenido que ir adaptando y reasignando las definiciones clásicas de servidumbre, trabajo forzoso y servidumbre a las nuevas dinámicas de la explotación. Ya hemos citado cómo la CIDH en el caso de los trabajadores en Brasil tomó en cuenta otros factores para analizar si existía una relación de servidumbre, entre los que destacan: las condiciones de pobreza de los trabajadores que se traduce en una drástica reducción en las opciones que tienen para encontrar medios de sobrevivencia y los condicionamientos externos que reducen la autonomía de los trabajadores y los obligan a aceptar condiciones de trabajo que vulneran sus derechos. En el caso de las prácticas de *Wall Mart* los condicionamientos pueden venir de otras fuentes y no necesariamente de la existencia de una deuda concreta. Se tendría que analizar si los trabajadores realmente tienen opciones distintas que aceptar ese tipo de trabajo, sobre todo me refiero a los empleados de caja o de planta, cuál es el monto total de su salario y si éste es suficiente para satisfacer necesidades básicas de los trabajadores y sus familias, pero también, cuál es el porcentaje del salario que se paga en forma de vales y que tan significativo es para los ingresos de las personas. El punto es analizar hasta qué punto estos factores condicionan la autonomía de los trabajadores para poder negociar sus condiciones de trabajo con la empresa o, bien, poder dar por terminada la relación laboral para buscar mejores opciones. En caso negativo, es decir, que las y los trabajadores encuentren un conjunto importante de barreras fácticas para ejercer su autonomía en el ámbito laboral podríamos estar en una situación análoga a la servidumbre, o bien, a una servidumbre contemporánea. Ya hemos citado que para la Relatora dos notas esenciales son: que los trabajadores pierden libertad para definir sus condiciones de trabajo y que la pobreza es un factor externo que lleva a las personas a la servidumbre.

Otra línea argumentativa que me parece importante tomar en cuenta es la ya señalada por el quejoso, y que se refiere a que es también una estrategia de la empresa para garantizar que sus trabajadores consuman en sus propias empresas y no en otras tiendas de la competencia o bien en otros esquema de compra de alimentos y artículos de primera necesidad. La relación de explotación también implica una asimetría de poder, cómo ya se ha apuntado, con estos esquemas es evidente que las empresas aseguran ingresos lo que las permite fortalecerse aún más y seguir ganando espacios en el mercado. Por otro lado, el obligar a las personas a consumir siempre una parte de su sueldo en productos de sus empresas implica restringir sus opciones de compra y fortalecer una relación de dependencia entre ellos y la empresa.

En suma, la SCJN hizo muy bien en tratar de rescatar el sentido histórico de los artículos constitucionales y hacer un análisis de las formas de explotación en las tiendas de raya, pero considero que hoy se le exige además hacer un análisis más profundo de las nuevas formas de explotación vigentes, de sus mecanismos, responsables y víctimas. Para ello tienen que ir actualizando las categorías con las que cuenta desde principios de siglo para ir adaptándolas a la interpretación que los diversos mecanismos internacionales están aportando.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Amparo Directo en Revisión 2143/2009. Sentencia definitiva 2 de diciembre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/Detalle-Pub.aspx?AsuntoID=113316>> (19 de junio de 2013).

2. Internacionales

- Folleto Informativo 14, *Formas contemporáneas de esclavitud*, Ginebra, OACNUDH, 2005.
- ONU. *Informe de la Relatora Especial Sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, Incluidas sus Causas y Consecuencias*, Sra. Gulnara Shahinian, 10 de julio de 2009. A/HRC/12/21.
- ONU. Subcomisión de Derechos Humanos, *Estudio actualizado sobre la aplicación y el seguimiento de las convenciones sobre la esclavitud*. E/CN.4/Sub.2/2000/3.
- ONU. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, OACNUDH, 2004.
- Comité ESCR. *El Derecho al Trabajo. Observación General No. 18*. 6 de febrero de 2006. E/C.12/GC/18.
- ONU. *Estado Mundial de la Infancia 2006; Excluidos e Invisibles*. 2007, UNICEF.
- ONU. *Global Report on Trafficking in Persons*, New York, United Nations Office on Drugs and Crime, 2011.
- Belser Patrick, Cock Michaelle y Farhad, Mehran, *ILO Minumum Estimate of Forced Labour in the World*, Ginebra, OIT, 2005.
- OIT. *Informe de la Comisión de Expertos de la OIT*, 2003.

- CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, 29 septiembre 1997. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

La prohibición de discriminar según el Poder Judicial de la Federación

Mario SANTIAGO JUÁREZ*

* Profesor de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1. Cuenta con el perfil deseable del sistema Promep.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Primeros antecedentes del derecho a la No discriminación en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. III. *Decisiones recientes relacionadas con el derecho a la No discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. IV. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: No discriminación; Igualdad; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

I. Introducción

Es posible aseverar que las desigualdades son consustanciales a las sociedades: el poder se distribuye de forma inequitativa, provocando diferencias en el acceso a una serie de bienes escasos. Estas situaciones desiguales son transmitidas de generación en generación, virtualmente perpetuando las diferencias. En México, la realidad histórica y social ha colocado a ciertos grupos de personas en situaciones especialmente desventajosas. Es muy claro, por ejemplo, que las personas que pertenecen a pueblos indígenas sufren rezagos importantes en materia educativa, no acceden a servicios de salud o no ejercen su derecho a una alimentación adecuada. Minorías religiosas, personas con orientación sexual distinta a la de la mayoría, adultos mayores, personas migrantes, entre otros grupos de población, sufren desigualdades injustas que afecta el ejercicio de diferentes derechos.

Estudios recientes han demostrado que los indígenas en México son más propensos a ser víctimas de violaciones al derecho al debido proceso, cuando son acusados de cometer algún delito.¹ Por su parte, las personas migrantes que cruzan nuestro país sufren discriminación legal que los sitúa en una situación de inferioridad respecto a los mexicanos. A su vez,

¹ Véase por ejemplo: *Informe del Diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los indígenas en México. Estudio de caso en Oaxaca*, México, OACNUDH, 2007.

en términos generales, la sociedad ha colocado a las mujeres en una situación desventajosa frente a los hombres, que afecta el ejercicio pleno de ciertos derechos en igualdad de circunstancias.

La prohibición de discriminar es general: está dirigida tanto al Estado como a los particulares, pues todos sin excepción debemos respetarla. Por lo que hace al Estado, sin embargo, además de estar obligado a dicho respeto se encuentra constreñido por el deber de proteger y promover el derecho de todas las personas a no ser discriminadas.

La obligación del Estado respecto a la prohibición de discriminar involucra a los tres Poderes: cada uno de ellos en su esfera de competencia debe cumplir con el texto constitucional. Esto implica un mandato al legislador, quien debe cuidar que las leyes no contengan clasificaciones que distingan entre personas y limiten los derechos de algunas de ellas. El Poder Ejecutivo debe cuidar que todos sus actos estén libres de tratos discriminatorios, así como respetar la igualdad ante la ley, por lo que tiene vedado hacer distinciones que atenten contra la dignidad de las personas.

La responsabilidad del Poder Judicial como impartidor de justicia, implica cuidar que todos las partes en el juicio gocen de igualdad ante la ley. Asimismo, al realizar control de constitucionalidad, los jueces deben vigilar el cumplimiento de la prohibición de discriminar. Esta labor ha sido realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") desde hace muchas décadas; de hecho, durante la investigación realizada para este trabajo, encontramos sentencias que desde los años 30 del siglo XX, fueron resueltas por la Suprema Corte fundamentándose en el derecho a la igualdad.

Lo cierto es que la SCJN no siempre ha jugado un papel protagónico en contra de la discriminación, pues los cambios jurídicos a favor de la igualdad de los diferentes grupos de personas han sido motivados por cambios constitucionales y legales. Aunque en el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") de 1917, sólo el artículo 123 estableció expresamente un principio derivado del derecho a la igualdad: "Para trabajo igual debe corresponder un salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad". Sin embargo, el constituyente permanente ha ido reformando la Constitución,² incorporando el derecho a la igualdad para proteger a diferentes grupos de personas en diferentes ámbitos.

² El artículo 2o., establece la obligación del Estado para eliminar cualquier práctica discriminatoria de indígenas. El artículo 4o., establece el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. Los artículos 14o. y 17o. consagran la igualdad de las personas sujetas a un proceso jurisdiccional, mientras que la fracción IV del artículo 31 proyecta, en parte, las exigencias del principio de igualdad sobre el ámbito impositivo.

Actualmente, existen precedentes claros sobre el derecho a la No discriminación en el ámbito fiscal, en el laboral, y en ciertos aspectos de los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso. Sin embargo, estos precedentes sólo se relacionan con los derechos de los contribuyentes, las mujeres, personas que viven con Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), personas con orientación sexual distinta a la de la mayoría e indígenas. En este estudio se clasificaron las sentencias según el ámbito al que pertenecen, señalando en cada caso el grupo de población afectado. El análisis versa principalmente sobre las sentencias posteriores a la reforma al artículo primero constitucional de 2001, pero se hace referencia a sentencias anteriores con la finalidad de estudiar la evolución de las mismas.

II. Primeros antecedentes del derecho a la No discriminación en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Es importante señalar que las sentencias aquí analizadas pertenecen a diferentes Épocas de la Suprema Corte. Podría pensarse que las sentencias más antiguas, tienen sólo un valor histórico; sin embargo, es común encontrar que las tesis de jurisprudencia generadas a partir de dichas sentencias, son usadas como fundamento de las resoluciones modernas. De ahí la importancia de su estudio.

1. Sobre la libertad en el empleo para las mujeres e igualdad salarial

La primera controversia dirimida por la SCJN, en relación a lo que hoy llamaríamos discriminación en el trabajo, data de 1936. Fue estudiada por la Primera Sala en el incidente de suspensión 6622/36/1a.³ En este fallo, la Suprema Corte abordó una resolución del juez Primero de Distrito en el Distrito Federal, que determinaba la legalidad de la aplicación del artículo 2 del entonces vigente Reglamento de Cafés cantantes o Cabarets y Salones de Baile en el Distrito Federal, que prohibía el trabajo de mujeres después de las 10 de la noche en locales destinados a determinados giros.

Las agraviadas, Graciela Díaz, Elisa de Landa, Marina Hansson y Ángela Castillo, trabajadoras del restaurante "Stransky", alegan violaciones al derecho al trabajo, contenido en aquella época en el artículo 4 constitucional,⁴ e interponen un juicio de amparo conocido por el Juez

³ Incidente de Suspensión en el Juicio de Amparo 6622/1936 1a., 13 de diciembre de 1936.

⁴ El primer párrafo del original artículo 4o. constitucional señalaba: 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.

Primero de Distrito. Para justificar la restricción contenida en la ley, la autoridad señala que ésta tiene como objetivo proteger a las mujeres de los inconvenientes del trabajo nocturno. La pregunta es sencilla, ¿la libertad en el trabajo puede ser restringida con el objetivo de conseguir un fin como el aducido por la autoridad en este caso? Lamentablemente, la Suprema Corte no fue tan proteccionista del derecho al trabajo como esperaríamos, pues señala que la aplicación del Reglamento es el resultado de la necesidad de proteger al gremio de mujeres que trabajan en cabarets y salones de baile en horas avanzadas de la noche:

...esta medida de protección moral eficaz de un gremio numeroso, afecta vivamente los intereses de la sociedad, y por consiguiente la concesión del beneficio que se solicita causaría perjuicio al interés general y contravendría disposiciones de orden público, por lo que, no llenándose el requisito de la precitada fracción II del artículo 124 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, es procedente negar la suspensión, revocándose al efecto el fallo a revisión.⁵

Este tipo de resoluciones se debían a la idea, muy extendida en la época, de que la mujer requería una protección especial.⁶ La Ley Federal del Trabajo vigente en aquel año, prohibía el de las mujeres en condiciones insalubres o peligrosas. La lógica era paternalista: se consideraba a la mujer como el "sexo débil". En definitiva, la línea entre las medidas falsamente proteccionistas fueron, hasta hace poco, muy frecuentes, incluso en sistemas jurídicos avanzados. Por ejemplo, no fue hasta 1992 cuando el Tribunal Constitucional Alemán declaró inconstitucional la prohibición del trabajo nocturno de mujeres.⁷

Al año siguiente de la sentencia Stransky, la SCJN conoce un caso relacionado con la aplicación del artículo 2382, fracción II del Código Civil del Estado de Nayarit. De acuerdo con este precepto, las mujeres no podían ser procuradoras en juicio a no ser en representación de sus maridos, o por contar con ascendientes o descendientes varones. Para la SCJN, por fortuna, este artículo es contrario a los principios contenidos en otra ley de la época, pues en el

⁵ Juicio de Amparo 7051/1936 1a., 13 de diciembre de 1936, p. 2.

⁶ Un caso muy similar al del restaurante Stransky se falló por la SCJN en el Incidente de Suspensión 7051/1936 1a. En este caso, la Suprema Corte resuelve: "Es evidente que la medida tomada por el Departamento Central, o sea la aplicación del Reglamento de carácter general, del que no cabe dudar que es el resultado de una observación atenta, supone el propósito, o más bien dicho la necesidad de proteger al gremio todo de mujeres que trabajan en cabarets cantantes y salones de baile en horas avanzadas de la noche, y esta medida de protección moral eficaz de un gremio numeroso afecta vivamente los intereses de la sociedad..."

⁷ Rey Martínez, Fernando, "Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", *Boletín de Derecho Comparado*, año XLIII, num. 129, 2010, pp. 1323-1369. La Organización Internacional del Trabajo establecía la prohibición para el trabajo nocturno de las mujeres en ciertas industrias. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (revisado en 1934).

momento de la controversia "se encontraban vigentes el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares, y atento al espíritu de esta última, resulta que las restricciones puestas a la capacidad de las mujeres quedaron suprimidas."⁸

Otras sentencias de los años 50 versan sobre el derecho a la igualdad de las mujeres para ejercer su capacidad jurídica de forma plena. Es el caso de la sentencia recaída al juicio de amparo 1067/55, promovido por una mujer a la que no se le había reconocido como testigo en un testamento. Al resolver, la entonces Tercera Sala señala que:

...las nuevas orientaciones filosóficas jurídicas han venido consagrando el principio de igualdad de derechos entre la mujer y el hombre, suscitando importantes cambios en la legislación; así, la Ley de relaciones Familiares, adoptada por el Estado de Zacatecas en el año 1919, acoge las ideas modernas sobre igualdad otorgando plena capacidad jurídica a la mujer; estableciendo la igualdad de derechos y obligaciones sin distinción de sexo... Es indudable que los mandatos citados implican la derogación de estipulaciones que, como la prohibición a la mujer para ser testigo en un testamento, se hallan en franca oposición con los mismos, tanto en su letra como en el espíritu que los anima.⁹

En 1968, en plena década de las libertades, la Suprema Corte resuelve sobre un asunto vinculado con el derecho al trabajo de mujeres. La sentencia estudia la demanda de una mujer viuda que solicita se respete su "preferencia" para ocupar con el carácter de "planta" un puesto que había ocupado su esposo. Esto con fundamento en Fracción III, artículo 64, de los Estatutos Generales del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana que decía: "Al jubilarse un trabajador se correrá el escalafón respectivo y el último puesto vacante será otorgado al hijo, hija, esposa o familiar que dependa económicamente del trabajador, previa justificación". La Suprema Corte, de nuevo con un criterio falsamente protectionista señala lo siguiente:

Como las mujeres no pueden desempeñar trabajos en actividades industriales ni en tiempo extraordinario para Petróleos Mexicanos, en virtud de que la fracción II del artículo 123 constitucional prohíbe las labores insalubres y peligrosas, así como el trabajo nocturno industrial para las mujeres, sin que la actora haya

⁸ Amparo Directo 9897/1937 1a., de 5 de agosto de 1938.

⁹ Amparo Directo 1067/1955, de 20 de agosto de 1955, p. 11.

demostrado en forma alguna con las pruebas aportadas al juicio laboral, que el puesto de vigilancia referido sea compatible con su calidad de mujer...¹⁰

Esta sentencia al establecer una medida falsamente proteccionista, reafirma el prejuicio social que colocaba a la mujer en una situación de desventaja frente a ciertos derechos.

2. No discriminación en el empleo para los extranjeros

En 1953, la SCJN resuelve en una serie de sentencias, la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley Reglamentaria de los artículos 4 y 5 constitucionales. Con fundamento en dicho artículo se niega a un extranjero la inscripción de su título de médico cirujano expedido por la Universidad Nacional Autónoma de México, en la Dirección General de Profesiones, con el argumento siguiente: "en virtud de ser extranjero el interesado y atento a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley Reglamentaria de los artículos 4 y 5 constitucionales, la presente solicitud no autoriza el ejercicio profesional provisional". La Suprema Corte, sobre este caso deja claro que:

La potestad que la fracción XVI, reformada, del artículo 73 constitucional da al Congreso de la Unión para dictar leyes sobre nacionalidad y condición jurídica de los extranjeros, no puede servir de apoyo para establecer en materia de ejercicio de profesiones la discriminación de nacionales y extranjeros, porque en todo caso las leyes deben ser respetuosas de las garantías que la misma Constitución establece y porque el citado precepto no consigna limitación alguna al ejercicio de profesiones de los extranjeros, y por lo mismo, no restringe las garantías del artículo 4 Constitucional.¹¹

Al leer este párrafo uno queda gratamente sorprendido, pues en pocas líneas señala con claridad un argumento central: la libertad legislativa no justifica una distinción entre nacionales y extranjeros, pues las leyes deben respetar las "garantías" constitucionales. Este razonamiento, que no es otra cosa que la prohibición de discriminar, lamentablemente no parece haber sido utilizado para otros colectivos, pues pasaron décadas para que el principio se consolidara.

¹⁰ Amparo Directo 4192/1969 2a., p. 10.

¹¹ Amparo en Revisión 547/1953 1a., 26 de junio de 1956, p. 6. En el mismo sentido la SCJN se pronuncia en las sentencias recaídas a los Juicio de Amparo en Revisión 262/1952 y 586/1956 2a., del 28 de noviembre de 1952 y del 26 de julio de 1956, respectivamente. Una de las demandas era la de Rafael de Pina Vara, reconocido abogado nacido en España, y que realizó sus estudios de Derecho en la UNAM.

III. Decisiones recientes relacionadas con el derecho a la No discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. Igualdad para hombres y mujeres en el ámbito familiar

El 14 de agosto de 2001 se agrega un párrafo al artículo primero constitucional, el cual consagra la cláusula que prohíbe la discriminación. Las primeras sentencias de la Suprema Corte posteriores a la reforma constitucional del 2001,¹² versan sobre asuntos familiares. El 9 de junio de 2004, la Primera Sala de la SCJN resuelve el juicio de amparo 1529/2003, en el que el quejoso alega la inconstitucionalidad del artículo 310 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán, vigente en aquel año, por considerarlo contrario a los artículos 1, 4 y 14 de la CPEUM.¹³

El precepto citado se encontraba en título denominado "Actos prejudiciales", Capítulo IV, "Del depósito de personas como acto prejudicial". La figura de depósito de personas, actualmente derogado del Código comentado, consistía en la autorización legal de la separación física de los cónyuges, cuando uno de éstos demandaba o acusaba al otro. El artículo 310, considerado inconstitucional por el quejoso, establecía las reglas para determinar la custodia de los hijos menores de 18 años, en los siguientes términos:

Si los consortes tuvieran hijos menores de edad, se pondrán éstos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado. En defecto de ese acuerdo, el juez resolverá provisionalmente, debiendo, en todo caso, quedar al cuidado de la madre los hijos menores de siete años. Cualquiera reclamación de los consortes sobre el depósito de los hijos se substanciará y decidirá en juicio sumarísimo.

Para la Suprema Corte, el que el artículo 310 otorgue una preferencia a la madre para designarla como la persona que debe cuidar a los hijos menores de 7 años, no constituye una transgresión a la prohibición de la igualdad, "ya que dar un trato desigual a la madre y al

¹² El párrafo introducido en la reforma establece: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

¹³ Señalando que viola el artículo primero que prohibía la discriminación por razón de género; el artículo 4, que establece la igualdad del varón y la mujer ante la ley y protección a la organización y el desarrollo de la familia, y el artículo 14, que contiene el derecho al debido proceso ante autoridad competente previamente establecida. Amparo en Revisión 2352/97. Sentencia definitiva del 6 de marzo del 2000. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=16035>> (19 de junio de 2013).

padre –para efectos de determinar la guarda y custodia de los menores– no entraña un acto discriminatorio",¹⁴ toda vez que no establece una regla que el juzgador tenga que adoptar ineludiblemente en todos los casos. La mayoría de los ministros consideran que, no obstante la existencia de la presunción que la madre tiene a su favor de "ser la más apta para cuidar a los hijos procreados –menores de siete años," lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria "protegerá la organización y el desarrollo de la familia". Según el razonamiento vertido en la sentencia, "lo más beneficioso tratándose de niños menores de siete años para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica pudiera ser que queden bajo el cuidado de la madre".¹⁵

El razonamiento de la SCJN para afirmar que el artículo 310 no viola la prohibición de discriminar no es sólido, pues da por buena la "presunción" de que las madres son más aptas que los padres para cuidar a los hijos menores de 7 años, sin señalar la razón para considerar tal hecho como una verdad objetiva. Esto nos hace suponer que más que una presunción, nos encontramos frente a un prejuicio del legislador, que atribuye a las mujeres roles sociales determinados. La Suprema Corte cita a la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial el artículo 4 que establece que, en caso de disolución del matrimonio, "se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos". En la sentencia, sin embargo, no parece clara la relación entre el interés del niño o la niña y la presunción de que la madre puede cuidar de mejor manera de éstos.

Es de llamar la atención que la sentencia usa el derecho internacional de forma tangencial, concretamente transcribe varios artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño,¹⁶ y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁷ sin embargo, no se razonan ni se vinculan de forma lógica con la decisión de la SCJN.¹⁸

¹⁴ Amparo Directo en Revisión 1529/2003. Sentencia definitiva de 9 de junio de 2004, p. 21 y ss. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61055>> (19 de junio de 2013).

¹⁵ *Ibid.*, p. 14 y ss.

¹⁶ Ratificada por México el 21 de septiembre de 1990.

¹⁷ Ratificada por México el 24 de marzo de 1981.

¹⁸ Es importante señalar que en la sentencia Amparo Directo 186/2009 del 25 de febrero de 2010, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito arribó a la conclusión contraria a la de la Suprema Corte, señalando que el artículo 997 del Código Civil del Estado de Quintana Roo, que establece que en caso de separación "En caso de que los progenitores vivan separados, la custodia corresponderá a la madre ...", transgrede la garantía de igualdad prevista en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativa a que el varón y la mujer son iguales ante la ley. Tesis: XXVII.2o.2 C (9a.), CUSTODIA DEL MENOR. EL ARTÍCULO 997 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO, VIGENTE HASTA EL 10 DE DICIEMBRE DE 2010, QUE ESTABLECE UNA PRERROGA-

Un año más tarde, en el juicio de amparo, 568/2004,¹⁹ el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito (en adelante TCC), tiene la oportunidad de decidir la constitucionalidad de los artículos 166o.; 167o., párrafo primero y segundo y 173o.,²⁰ del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León. El artículo 167 señala que tras la solicitud de separación que haga alguno de los cónyuges:

La mujer continuará habitando el domicilio conyugal, preferentemente; pero podrá escoger en su derecho, un lugar diferente... Sin embargo, si el solicitante fuere el varón, tomando en cuenta siempre el superior interés de los menores si los hubiere, el juez determinará o decretará quién de los cónyuges permanecerá en el domicilio conyugal. Esta resolución no admitirá recurso alguno.

Para el quejoso, la distinción entre hombres y mujeres en relación al lugar en donde habitará el cónyuge que solicita la separación, es discriminatoria, pues toma el sexo de las personas para establecer diferencias normativas. Para el TCC, las normas reclamadas "sí otorgan un trato desigual que no está razonado", por lo que implica una discriminación prohibida por la garantía jurídica consagrada por la Constitución. Para los magistrados, el legislador tiene la obligación de exponer las razones por las que se establece la diferencia de tratamiento:

De tal manera, al no existir argumentos que en razón de las características propias de cada sexo –hombre y mujer–, se justifique la desigualdad apuntada, este órgano colegiado reitera su conclusión de que en el numeral 167, párrafo

TIVA A FAVOR DE LA MADRE RESPECTO DE ESE DERECHO, CON VENTAJA SOBRE EL PADRE, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Abril de 2011, p. 1294. Reg. IUS. 162393.

¹⁹ Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito. Amparo en Revisión 568/2004, del 8 de junio de 2005, p. 191 y ss. Tesis IV.1o.C.49 C (9a.), IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. EL ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN (VIGENTE HASTA EL VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CUATRO), NO VIOLA ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2361. Reg. IUS. 176996; Tesis IV.1o.C.50 C (9a.), IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. EL ARTÍCULO 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN (VIGENTE HASTA EL VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CUATRO), VIOLA ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2361. Reg. IUS. 176995; Tesis IV.1o.C.51 C (9a.), IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. EL ARTÍCULO 170 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN (VIGENTE HASTA EL VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CUATRO), NO VIOLA EN PERJUICIO DEL VARÓN, ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2362. Reg. IUS. 176994.

²⁰ Artículo 166.- La persona que viviendo al lado de su cónyuge lo intente demandar, denunciar o pretenda presentar querrela en su contra, puede pedir su separación provisional. Artículo 173.- La casa donde se encuentre el cónyuge que haya pedido su separación provisional, será preferentemente escogida por éste y en su defecto, el juez la designará, cuidando que si la mujer fue quien la solicitó, continúe en el domicilio conyugal y de no ser posible esto, señalar la casa de personas de notoria honorabilidad y buenas costumbres, pudiendo inclusive designarse para dicho efecto a una institución de beneficencia o asistencia social.

primero, del Código de Procedimientos Civiles del Estado, sí es violatorio de la garantía de igualdad jurídica que entre el varón y la mujer existen en términos del artículo 4o. de la Constitución...²¹

Sin duda, esta sentencia se encuentra más acorde con la interpretación moderna del derecho a la igualdad. En este sentido, es notorio el uso que hace el TCC del derecho internacional de los derechos humanos para fundamentar la sentencia, pues analiza algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, su uso parece poco riguroso.

2. Homosexualidad para la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En otros temas, la Suprema Corte ha incluso legitimado a través de sus decisiones, la discriminación legalizada en contra de ciertos colectivos. En 1962, la Primera Sala de la SCJN, conoce una demanda de amparo en la que el quejoso alega que la sentencia por homicidio en su contra viola la garantía de legalidad, toda vez que se consideran "probadas las calificativas de premeditación y alevosía". Son hechos comprobados, señala la sentencia, que entre el quejoso y la víctima existían "relaciones sexuales equívocas" y que el día de los hechos "el quejoso le reclamó al ahora occiso, el hecho de que se emborrachara con otros hombres." La premeditación, señalan los ministros, está comprobada, no por el hecho de haber transcurrido un lapso entre la reflexión y el atentado:

... sino por lo dispuesto en el artículo 303 del Código de Defensa Social que en su último párrafo establece que se presumirá que existe calificativa cuando el homicidio es cometido por motivos depravados, como ocurre con el caso debatido, en que el homicidio se realiza entre homosexuales... depravación que quedó demostrada con la declaración confesoria del quejoso.

3. Juicio de igualdad

La sentencia recaída al juicio de amparo en revisión 988/2004,²² de la Primera Sala de la Suprema Corte, establece las bases de lo que se conoce como juicio de igualdad. En la demanda

²¹ Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito Amparo en Revisión 568/2004, p. 191, de la cual deriva la Tesis IV.1o.C.50 C (9a.), IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. EL ARTÍCULO 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN (VIGENTE HASTA EL VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CUATRO), VIOLA ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2361. Reg. IUS. 176995.

²² Ejecutoria: 1a./J. 55/2006 (9a.), AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 988/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 77. Reg. IUS. 19685.

de amparo se aduce que los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, violan, entre otros derechos, el contenido en el artículo primero constitucional. Estos artículos establecen beneficios de sustitución y suspensión de las penas para sentenciados que cumplan ciertos requisitos. Para la sustitución, se requiere que la persona que pretenda ser beneficiada no haya sido condenada anteriormente en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Para la suspensión, entre otros requisitos, es indispensable que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años.²³

Se sostiene que estos artículos, al establecer diferencias entre personas de acuerdo a la calidad de ser primo delincuente, y al de la temporalidad de la pena, violan el derecho a la igualdad, pues aquellas personas que no cumplan con estos requisitos no podrán acceder a los beneficios de la sustitución o suspensión de las penas. En su análisis, la SCJN introduce lo que se conoce en la teoría constitucional como juicio de igualdad o juicio de razonabilidad.

El juicio de razonabilidad parte de la premisa de que la clasificación legislativa es inevitable: todas las normas establecen las categorías de personas a las que se dirigen éstas. Respetando la división de los poderes estatales, las distinciones legislativas gozan de una presunción de constitucionalidad, pues emanan del representante popular: son decisiones de la mayoría que gozan de legitimidad democrática. Esta presunción tiene como consecuencia que el Poder Judicial realice sólo un examen de racionalidad de las normas que son impugnadas como inconstitucionales, pues el marco en el que se mueve el legislador debe ser amplio, y ajustado exclusivamente a la Constitución y a los tratados internacionales.²⁴

El primer paso en este examen, dice la Suprema Corte en la sentencia 988/2004 es determinar si la clasificación legislativa descansa en "una base objetiva y razonable." Para ello, lo primero es comprobar si la distinción obedece a una finalidad "objetiva y constitucionalmente válida... admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucio-

²³ Artículo 90.- El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas: I.- El juez o Tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones: a).- Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años; b) Que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso, haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible y que la condena no se refiera a alguno de los delitos señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código, y c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir.

²⁴ Esta idea está basada en lo que se conoce como presunción de constitucionalidad de los actos del legislador y tiene sus antecedentes más remotos en la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Teóricamente fue diseñada por James Bradley Thayer en el siglo XIX, y actualmente se considera un principio toral del constitucionalismo.

nales, o expresamente incluidos en dichas previsiones." En segundo lugar, es necesario examinar la razonabilidad de la distinción, comprobando que ésta constituye un medio apto para alcanzar el fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar. Si la relación entre la medida clasificatoria introducida por el legislador y el fin que éste pretende alcanzar no es clara, o si se llega a la conclusión de que la medida es patentemente ineficaz para conducir al fin pretendido, será obligado concluir que la medida no es "constitucionalmente razonable". En tercer lugar, establece la sentencia comentada, debe cumplirse el requisito de proporcionalidad: "el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional", pues debe cuidar que exista un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida.²⁵ La Suprema Corte es consciente de que no le corresponde al juez la apreciación de si la distinción realizada por el legislador es la medida más óptima y oportuna para alcanzar el fin deseado; ello exigiría aplicar criterios de oportunidad política cuyo uso es totalmente ajeno a la competencia jurisdiccional de la SCJN, pues lo que la garantía constitucional de la igualdad exige es, en definitiva, que la persecución de un objetivo constitucionalmente válido no se haga a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.²⁶

Por último, señala la Suprema Corte, el juez debe cuidar que la clasificación no distinga usando los criterios prohibidos por el artículo primero constitucional, o que incurra en cualquier otra "que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". En estos casos el juez constitucional tendrá que realizar un examen más riguroso.

A la primera cuestión, la Suprema Corte responde que la medida es enteramente razonable, pues el juez puede otorgar los beneficios cuando la readaptación social parece probable. Las dos preguntas siguientes son respondidas también de forma afirmativa: los requisitos legales parecen estar claramente en una relación de medio-fin con el objetivo que la ley persigue, sin que la SCJN pueda apreciar que afecten desproporcionadamente a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

4. No discriminación en el ámbito tributario

Tras la sentencia 988/2004, la Suprema Corte, especialmente la Primera Sala, comienza a usar el juicio de igualdad cuando conoce sobre normas que se señalan como contrarias al derecho

²⁵ Este examen introducido por la Suprema Corte en el 2004 fu usado por primera vez por la Corte de Estados Unidos de América en la sentencia *Korematsu vs. United States* 323 U.S. 214, 216 (1944), y actualmente, a nivel internacional es usado por la mayoría de las cortes constitucionales.

²⁶ Ejecutoria: 1a./J. 55/2006 (9a.)..., *supra* nota 22, p. 20.

a la igualdad. Sólo un mes después del caso antes analizado, la SCJN falla en torno a la demanda de Amparo 1629/2005,²⁷ que denuncia la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 7 de la Ley del Impuesto al Activo. Se aduce que a través de estos artículos, que exigen del pago de determinados impuestos y otorgan facilidades administrativas a diversos contribuyentes, se transgreden en su perjuicio los artículos 1 y 31, fracción IV, de la CPEUM.

Para decidir la demanda de amparo, la Suprema Corte deja claro que usará el juicio de igualdad establecido en la sentencia 988/2004. Por lo que las preguntas que pretende responder son las siguientes: ¿la clasificación legislativa del artículo 1o. de la Ley del Impuesto al Activo es objetiva y razonable?, ¿existe una relación de adecuación entre los fines perseguidos por el legislador y los medios escogidos por éste?, y ¿los medios son proporcionales o se establece una afectación abiertamente innecesaria? Sí, señala la SCJN: la finalidad esgrimida por el Poder Ejecutivo en el Decreto reclamado es objetiva y válida desde un punto de vista constitucional. Los medios para conseguirlos son adecuados y no se afectan de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución.²⁸

5. Discriminación de personas que viven con VIH

Las sentencias más paradigmáticas sobre del derecho a la No discriminación, están relacionadas con la discriminación por motivos de salud. La Corte, al conocer sobre el amparo en revisión 307/2007,²⁹ declara inconstitucional la fracción 45, segunda categoría, del artículo 226 de la Ley del Instituto de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (en adelante LISSFA),

²⁷ Amparo Directo en Revisión 1629/2005. Sentencia definitiva el 28 de agosto de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=77198>> (19 de junio de 2013).

²⁸ *Ibid.*, p. 60 y ss. En el mismo tema pueden verse las sentencias de Amparo en Revisión 1207/2006. Sentencia definitiva de 7 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=84294> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 1351/2006. Sentencia definitiva de 7 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=85178> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 1700/2006. Sentencia definitiva de 7 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86706> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 1834/2004. Sentencia definitiva de 7 de mayo de 2004. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=70272> (19 de junio de 2013); así como Ejecutoria: 2a./J. 101/2008 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 1260/2006. EDUSER INMOBILIARIA, S.A. DE C.V., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 576. Reg. IUS. 21182;

²⁹ Ejecutoria: P/J. 130/2007 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 307/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 805. Reg. IUS. 20915. Sobre el mismo tema la Suprema Corte falló los siguientes: Amparo en Revisión 2146/2005. Sentencia definitiva de 27 de febrero de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=79101>> (19 de junio de 2007); Amparo en Revisión 810/2006. Sentencia definitiva de 27 de febrero de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=82285>> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 1285/2006. Sentencia definitiva de 27 de febrero de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=84759>> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 1659/2006. Sentencia definitiva de 27 de febrero de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86540>> (19 de junio de 2013).

que señalaba como causal de baja por inutilidad del ejército el que los militares en servicio contaran seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias.³⁰

Se alegó en los agravios que dichas normas vulneran el derecho a la igualdad y a la No discriminación, porque establecen una diferenciación no justificada entre los militares seropositivos al VIH y los militares "sanos", y porque no distinguen entre portadores de VIH y personas que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (en adelante SIDA). El quejoso señala que se violan en su perjuicio los derechos contenidos en el artículo 1o., párrafos primero y tercero; 4o., párrafo tercero; así como 14o., párrafo segundo.

Para la Suprema Corte, las fuerzas armadas se encuentran en un régimen especial o de excepción, en razón a la importancia de su eficaz funcionamiento para la sociedad mexicana.³¹ Las relaciones de sujeción especial actúan como sustento legitimador para "limitar –en cierta medida– las garantías constitucionales de los individuos, por razones de carácter funcional, en los casos en que su posición institucional dentro del aparato del Estado así lo justifique (servidores públicos, militares, reclusos, entre otros)." No obstante lo anterior, de manera un tanto ambivalente, la SCJN reconoce que la legislación en materia castrense está limitada por la Constitución, lo que incluye la obligación de respetar el contenido de las garantías de igualdad y de No discriminación del artículo 1o. constitucional, por lo que en el caso concreto será menester establecer si la clasificación legislativa es contraria a la prohibición de discriminar.

Según el criterio mayoritario en el caso, se ponderan dos principios constitucionales: el de "eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros", contenido en los artículos 13o., 31o., 32o. y 123o., apartado B, fracción XIII y el de "igualdad y No discriminación por razón de salud", consagrado principalmente en los artículos 1o. y 4o. constitucionales. Una norma constitucional, establece la sentencia, no puede dejar sin efectos el contenido de otra, es por ello que cuando dos o más normas constitucionales interpretadas literal y aisladamente se contradicen, es preciso armonizar y balancear ambas disposiciones, con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia, en alguna medida.

³⁰ El artículo 226o. establece que "para la determinación de las categorías y grados de accidentes o enfermedades que den origen a retiro por inutilidad se aplicarán las siguientes tablas: ...Segunda Categoría, inciso 45. La seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias". El quejoso, señala que la fracción IV del artículo 24, que establece que son causas de retiro, el "Quedar inutilizado en actos fuera del servicio," es también inconstitucional; sin embargo, por unanimidad de los votos de los ministros se decide no declarar inconstitucional esta norma.

³¹ Tesis: 2a./J. 56/95 (9a.). ORDENES MILITARES PARA DETERMINAR SI LA SUSPENSIÓN ES PROCEDENTE DEBE ATENDERSE A SU CONTENIDO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo II, Octubre de 1995, p. 240. Reg. IUS. 200703.

De esta forma, tratándose de la reglamentación de los conflictos entre normas constitucionales— el legislador debe actuar de manera acorde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, lo que implica que la limitación de una garantía constitucional por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.

Tras dejar esto claro, la Suprema Corte estudia la "razonabilidad y proporcionalidad" de la norma impugnada. En cuanto al primer punto se establece que el legislador pretendió "perseguir, en principio, una finalidad constitucionalmente legítima, que se traduce en garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas." Sin embargo, la diferenciación legal es inadecuada para alcanzar dicha finalidad constitucional legítima, porque la ciencia médica ha demostrado la inexactitud en la idea de que los militares que viven con VIH, "son inútiles y están incapacitados *per se* para formar parte del Ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana –VIH– confirmada con pruebas suplementarias".³²

La diferenciación legal, agrega la SCJN, es desproporcional, "porque es innecesaria para alcanzar la finalidad legítima perseguida, en razón a que existen alternativas a disposición del legislador para limitar, en todo caso, en menor grado (sin nulificar) las garantías de igualdad y de No discriminación por razón de salud." La Suprema Corte considera que el retiro automático "es una medida desproporcionada que, por ende, resulta contraria a los principios de igualdad y de No discriminación por razón de salud constitucionalmente reconocidos".³³

³² Para fundamentar esto la Suprema Corte cita los siguientes instrumentos jurídicos: los puntos 4 y 6.3. de la Norma Oficial Mexicana Nom-010-SSA2-1993, para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, los artículos 33, 34 y 35 de la Declaración de Derechos y Humanidad sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), E/CN.4/1992/82, de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, y la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA (A/S-26/L.2) del dos de agosto de dos mil uno, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La sentencia señala que estas "directrices" tienen como fin el de "informar el contenido adecuado del ordenamiento jurídico, a fin de justificar objetivamente las decisiones referentes —en este caso— a las garantías de igualdad y de No discriminación por razón de salud. Ejecutoria: P/J. 130/2007 (9a)... *supra* nota 29, p. 71 y ss.

³³ *Ibid.*, p. 78 y ss.

Finalmente, la mayoría de los ministros coincide en que la clasificación del legislador, carece de razonabilidad jurídica: "no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el VIH." Vivir con VIH no implica incapacidad o riesgo de contagio en el ejercicio de las distintas funciones de las fuerzas armadas. Por tanto, la SCJN declara la inconstitucionalidad del artículo 226, segunda categoría, inciso 45 de la LISSFA. Lo criticable de la sentencia, más que el sentido de la misma, es la técnica usada para el fallo; en realidad, como señaló el Ministro Cossío en su voto concurrente, la Suprema Corte no se enfrentaba a una colisión de principios, o colisión de derechos, pues la eficacia de las fuerzas armadas no puede ser considerada un principio constitucional, mucho menos un derecho que deba ser contrastado.

6. No discriminación en el ámbito laboral

En épocas recientes, son muy pocas las sentencias en las que el Poder Judicial Federal se ha posicionado respecto al tema del derecho a la igualdad y a la No discriminación en el ámbito laboral. Algunas resoluciones relacionadas con discriminación por embarazo han sido falladas por tribunales federales, como la recaída al amparo directo 799/2008, del Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo, del Cuarto Circuito, quien conoce sobre la demanda de una mujer que había sido despedida de su trabajo cuando se encontraba en el séptimo mes de embarazo. La sentencia establece un principio que debe ser tomado en cuenta para todo caso de despido de mujeres embarazadas. Según el Tribunal, el hecho de que la quejosa estuviera en gravidez constituye una presunción humana de que no se trató de una renuncia:

...carecería de lógica que una mujer embarazada renunciara a su trabajo y a los beneficios que por su estado le concede la ley... máxime que como la propia demandada lo reconoció, la actora se desempeñaba en el puesto de limpieza, lo que denota la necesidad del trabajo y de la seguridad social que como beneficio éste conlleva, puesto que no puede estimarse que con sus propios medios pudiera proveerse la atención médica requerida para el inminente alumbramiento.³⁴

³⁴ Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, Amparo Directo 799/2008, de 1 de diciembre de 2008, p. 100. Tesis. IV.3o.T.272 L (9a.), RENUNCIA. SI PARA DETERMINAR SOBRE SU VEROSIMILITUD LA JUNTA NO TOMÓ EN CUENTA EL ESTADO DE EMBARAZO DE LA TRABAJADORA, INFRINGE LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN EL NUMERAL 841 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, LA GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Febrero de 2009, p. 2035. Reg. IUS. 167850.

La sentencia cita en su fundamento no sólo la CPEUM, sino la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.³⁵ Tristemente no todas son buenas noticias en relación con la eliminación de la discriminación en el empleo, pues existen sentencias que restringen derechos de ciertos colectivos, como el de las trabajadoras del hogar. Un ejemplo es aquella que señaló que en el caso de trabajadores domésticos (incluyendo a las trabajadoras del hogar), no existe obligación del patrón de inscribirlos al Instituto Mexicano del Seguro Social, ni al Sistema de Ahorro para el Retiro,³⁶ o aquella que sostiene que declara contra el mismo colectivo que "dada la naturaleza de su trabajo, no existe fundamento legal para reclamar el pago de tiempo extra".³⁷

Estas resoluciones se fundamentan en legislaciones tales como la Ley Federal del Trabajo, que establece una desigualdad jurídica hacia las trabajadoras del hogar. El artículo 146o., por ejemplo, señala que: "Los patrones no estarán obligados a pagar las aportaciones a que se refiere el Artículo 136³⁸ de esta Ley por lo que toca a los trabajadores domésticos". Esta distinción viola el derecho a la igualdad contenido en el artículo primero constitucional, pero también todas aquellas normas contenidas en los tratados de derechos humanos que contemplan ese derecho, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁹

Al excluir a las trabajadoras del hogar de los beneficios que implican las aportaciones al Fondo Nacional de la Vivienda, se viola también el derecho a la vivienda contenido en

³⁵ Ratificada por México el 23 de marzo de 1981. Una sentencia muy similar había sido fallada por el mismo tribunal tan sólo un mes antes. En esa ocasión se establece que la Junta Especial Número Nueve de Conciliación y Arbitraje del Estado, quien falló en contra de una mujer que alega que fue despedida de su empleo por encontrarse embarazada, debió: "...hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, y sopesar si era lógico que una trabajadora que recibió incapacidad por maternidad postnatal, hasta el quince de noviembre de dos mil seis, renunciara, como lo dijo la demandada el quince de diciembre de ese propio año, a los derechos de asistencia y seguridad social que pudiera necesitar derivados del motivo de la maternidad postnatal. Tercer Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo del Cuarto Circuito, Amparo Directo D.T. 218/2008, del 13 de noviembre de 2008, p. 108.

³⁶ Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo Del Primer Circuito. Amparo Directo 160/2009, del 19 de marzo de 2009. Tesis: I.6o.T.407 L (9a.), TRABAJADORES DOMÉSTICOS. NO EXISTE OBLIGACIÓN DEL PATRÓN DE INSCRIBIRLOS AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL NI AL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Agosto de 2009, p. 1737. Reg. IUS. 166537.

³⁷ Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo Del Primer Circuito. Amparo Directo 5753/2005, del 14 de abril de 2005. Tesis: I.13o.T.124 L (9a.), TRABAJADORES DOMÉSTICOS. DADA LA NATURALEZA DE SU TRABAJO NO EXISTE FUNDAMENTO LEGAL PARA RECLAMAR EL PAGO DE TIEMPO EXTRA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Julio de 2005, p. 1560. Reg. IUS. 177758.

³⁸ Artículo 136.- Toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, está obligada a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas. Para dar cumplimiento a esta obligación, las empresas deberán aportar al Fondo Nacional de la Vivienda el cinco por ciento sobre los salarios de los trabajadores a su servicio.

³⁹ Se viola además el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.

el artículo cuarto constitucional, que reza: "Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo".

7. Discriminación de personas indígenas: un trato desigual frente a la ley

Las decisiones sobre el derecho a la No discriminación de indígenas, más que vincularse con normas contrarias a la Constitución, están relacionadas con tratos diferenciados frente a la ley. La Suprema Corte ha estudiado casos en los que personas indígenas son discriminadas por la autoridad. En la sentencia de amparo 28/2007, la SCJN señala que con el artículo 2 constitucional "se pretende poner fin a la situación de discriminación y marginación de los indígenas".⁴⁰ En esta sentencia, además, se establece el derecho de los indígenas a ser asistidos por un intérprete en los procedimientos en los que formen parte, si se acredita la necesidad de comprender o hacerse comprender en idioma español.⁴¹

Sin duda, una de las sentencias paradigmáticas de la Suprema Corte en el ámbito del derecho a la No discriminación que afecta a indígenas, es la relacionada con los hechos ocurridos el 22 de diciembre de 1997, cuando 45 indígenas, en su mayoría mujeres y niños, fueron asesinados en la comunidad de Acteal, municipio de Chenalhó, en los Altos de Chiapas. Tras las investigaciones, la Procuraduría General de la República determinó acusar penalmente a 124 personas, 83 de éstas, todas indígenas, recibieron sentencias condenatorias. Sin embargo, la SCJN, tras atraer el caso, declara que las investigaciones estuvieron sustentadas en pruebas ilícitas y que se cometieron diversas violaciones al debido proceso en contra de los procesados. Estas violaciones afectaron el principio de "igualdad procesal", que establece que las partes en el proceso deben tener los mismos derechos e idénticas expectativas, posibilidades y cargas procesales; principio que deriva de la regla general de la igualdad de los sujetos ante la ley. En el caso Acteal, señalan los ministros, se confirma "una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en provecho de quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro".⁴²

⁴⁰ Amparo Directo en Revisión 28/2007. Sentencia definitiva 27 de junio de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntolD=88430>> (19 de junio de 2013).

⁴¹ Véase por ejemplo las sentencias de la SCJN siguientes: Amparo Directo en Revisión 28/2007. Sentencia definitiva 27 de junio de 2007. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntolD=88430> (19 de junio de 2013); y Amparo Directo en Revisión 1851/2007. Sentencia definitiva 5 de diciembre de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntolD=95279>> (19 de junio de 2013).

⁴² Amparo Directo Penal 9/2008. Sentencia definitiva de 12 de agosto de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntolD=102045>> (19 de junio de 2013). Facultad de

En realidad, la sentencia no acaba de dejar claro el vínculo entre las violaciones al debido proceso de los indígenas y la discriminación es su contra, pues aunque deja en evidencia la existencia del incumplimiento del principio de igualdad procesal, así como de diferentes violaciones al debido proceso, no establece que estas trasgresiones estén motivados por la discriminación sufrida por el hecho de ser indígenas, cuestión que los coloca en una situación especialmente vulnerable en todo proceso penal.

La situación de especial vulnerabilidad contra personas indígenas cuando son acusados de haber cometido algún delito, quedó evidenciada en otra sentencia paradigmática del 28 de marzo de 2010, que resuelve el recurso de apelación 2/2010, atraído por la Suprema Corte y resuelto por la Primera Sala de la misma. En la apelación, se solicita se revoque la sentencia que condenaba a dos mujeres indígenas otomíes a veinte años de prisión por la supuesta privación de la libertad en la modalidad de secuestro de dos agentes de la entonces Policía Federal Investigadora, así como por la posesión de cocaína. Para la SCJN, queda claro que las pruebas sobre las que se basa el juez de primera instancia para decretar sentencia condenatoria son escasas: las pruebas aportadas a la causa resultan insuficientes para demostrar la plena responsabilidad penal de la acusada en la perpetración del delito contra la salud en la modalidad de posesión de cocaína, previsto por el artículo 195 Bis, en relación con el 193 del Código Penal Federal".⁴³ El sentido del fallo sin duda es correcto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos había emitido la recomendación 47/2009, en la que se señaló que el Ministerio Público, fabricó pruebas para inculpar a las entonces indiciadas.⁴⁴

No es difícil suponer que la discriminación jugó un papel importante para la perpetración de la violación, pues la doble condición de vulnerabilidad, el de ser mujeres e indígenas, fue usada por las distintas autoridades para privarlas del derecho a la igualdad ante la ley. Aunque se han hecho declaraciones oficiales en las que se señala que la sentencia 2/2010, es un ejemplo de la defensa que la Suprema Corte hace del derecho humano a la No discriminación,⁴⁵ lo cierto es que el fallo no establece nunca una relación entre las violaciones a

atracción 13/2008-PS, Sentencia definitiva de 2 de julio de 2008, p. 436. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=99145>> (19 de junio de 2013).

⁴³ Apelación Penal 2/2010. Sentencia definitiva el 28 de abril de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=116582>> (19 de junio de 2013). Facultad de atracción 33/2010. Sentencia definitiva de 28 de marzo de 2010, p. 277. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=116305>> (19 de junio de 2013).

⁴⁴ Asimismo, el Centro de Derecho Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C., organización de la sociedad civil que llevó la defensa de las mujeres indígenas, evidenció la existencia del montaje utilizado para lograr inculparlas. Disponible en: <<http://centroprodh.org.mx/prodh/>> (19 de junio de 2013).

⁴⁵ El Presidente de la Primera Sala de la SCJN. señaló: "El caso de las indígenas queretanas fue, ciertamente, un asunto muy importante desde muchos puntos de vista, pero sobretudo, emblemático del derrotero que la Sala ha venido tomando desde hace unos años en la defensa y tutela de los derechos fundamentales de No discriminación

los derechos humanos sufridas por dichas mujeres y la discriminación. Tampoco plantea el caso como una violación al derecho a la igualdad ante la ley.

Un fallo garantista podría diseñar medidas a favor de las personas indígenas acusadas de haber cometido algún delito, recordando que, como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana"), el principio de igualdad no sufre lesiones cuando se brinda un trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarlas en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar automáticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas.⁴⁶

El uso de precedentes internacionales, podría haber servido a la Suprema Corte para comprender que se enfrentaba a un caso de discriminación, que sometió a las mujeres indígenas a violaciones al debido proceso desde su detención hasta la sentencia condenatoria. Un antecedente importante conocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "Comisión Interamericana", es el caso *William Andrews vs. Estados*,⁴⁷ la CIDH, al analizar el caso de una persona afroamericana sentenciada a muerte en el Estado de Utah, Estados Unidos de América, y tener certidumbre de que el acusado "no fue tratado con igualdad ante la ley, sin discriminación y que no fue oído en forma imparcial en el juicio, habida cuenta de la evidencia que indica que hubo predisposición racial durante el proceso", opina que el Gobierno de los Estados Unidos infringió el derecho de igualdad ante la ley.

8. Discriminación por orientación sexual

En enero de 2009 la Segunda Sala de la Suprema Corte conoce el amparo directo civil 6/2008.⁴⁸ El asunto fue promovido por una persona que solicitó la rectificación de su nombre y sexo, en su acta de nacimiento, con la finalidad de adecuar tales datos a su realidad personal y social. Una vez obtenida la sentencia de rectificación de acta, se procedió, en términos del artículo 138 del Código Civil, a realizar la inscripción en el acta de nacimiento de las

por raza y por género, así como el valor del debido proceso." Informe rendido por el ministro Arturo Zaldívar, presidente de la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación, el 14 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/2010/primerasala/Documents/Informe_Primeras_Sala_2010.pdf> (1 de octubre de 2011).

⁴⁶ La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 11.

⁴⁷ CIDH. *Caso No. 11.139. William Andrews vs. Estados Unidos*. Informe No. 57/96, del 6 de diciembre de 1996.

⁴⁸ Ejecutoria: P. LXVIII/2009 (9a.), AMPARO DIRECTO 6/2008. *****; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 1707. Reg. IUS. 22636 relacionada con la Facultad de atracción 3/2008-PS. Sentencia definitiva del 14 de mayo de 2008. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=97964>> (19 de junio de 2013).

quejosa, cuestión que considera violatorio, entre otros, del derecho a la No discriminación. La SCJN considera este artículo sí viola diversos derechos humanos consagrados tanto en la CPEUM como en tratados internacionales, señalando que se debía emitir una nueva acta de nacimiento.

Un año después, la Suprema Corte conoce sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo siguientes antecedentes. El 29 de diciembre de 2009 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, un decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal (Código Civil) y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Las reformas incluyen al artículo 146o. del Código Civil, que regula el contrato de matrimonio, para quedar como sigue: "Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código." De esta forma, deja de ser indispensable que éste sea exclusivamente la unión entre "un hombre y una mujer". En la Gaceta Oficial se publica también el artículo 391o. del Código Civil, que establece los requisitos que deben cumplir los cónyuges o concubinos.⁴⁹

Haciendo uso de la facultad para impugnar la invalidez de las reformas vía una acción de inconstitucionalidad, el Procurador General de la República considera que dichas reformas "se apartan del fin constitucional de protección a la familia que estableció el Constituyente Permanente en 1975", afirmando que el artículo 4o. constitucional ampara un modelo "ideal" de familia conformada por un padre, una madre y los hijos. Asimismo, se afirma que la "inconstitucionalidad" de la posibilidad de la adopción por parte de esas parejas, se asienta en la tesis según la cual la adopción por parte de parejas homosexuales atenta contra los intereses del menor.

Como premisa inicial, la mayoría de los ministros de la Suprema Corte está de acuerdo en que el artículo 146 no limita o restringe derechos, tampoco crea categorías de personas, usando para ello distinciones discriminatorias. Por ello, el estudio debe restringirse a estudiar si la norma goza de razonabilidad, por lo que se pretende responder:

⁴⁹ Artículo 391: "Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior." En realidad, este artículo no sufrió ninguna modificación, sin embargo, su publicación posibilitó que fuese impugnado por el Procurador General de la República, a través de la Ejecutoria: P. XIX/2011 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010. PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 991. Reg. IUS. 22553.

i) [S]i la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y ii) si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual, el cual estará entonces no sólo permitido, sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente.⁵⁰

Para la primera interrogante la sentencia responde que toda vez que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social, el legislador no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza al incluir la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio:⁵¹ "no existe impedimento para que el legislador del Distrito Federal amplíe el acceso a esa relación jurídica en condiciones de plena igualdad para todos los individuos, esto es, para las parejas heterosexuales, o bien, del mismo sexo".⁵² Sobre la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar, la sentencia señala simplemente que no sería posible declarar la inconstitucionalidad del artículo 391 citado, porque:

...[C]ualquier argumento en esa dirección nos pondría en la necesidad de utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1o. de la Constitución Federal que, específicamente, prohíbe la discriminación de personas por razón de sus preferencias o por cualquier otra razón que atente contra la dignidad humana.⁵³

IV. Conclusiones

Algo notorio de la lectura de las sentencias de la Suprema Corte es que a pesar de contar con algunos precedentes sólidos sobre la prohibición de discriminación, no parece que su aplicación haya sido usada de forma consistente, pues no en todas las sentencias se ha implementado el examen de constitucionalidad de la manera enunciada en sus dos primeros fallos que originalmente introducen su uso (SCJN: Amparos en Revisión 988/2004 y 1629/2004). En estas sentencias, la Primera Sala de la SCJN adelanta la existencia de un examen estricto de constitucionalidad, que sería usado cuando la clasificación legislativa incida en los derechos constitucionales, se base en los criterios expresamente mencionados

⁵⁰ *Ibid.*, p. 83.

⁵¹ *Ibid.*, p. 98.

⁵² *Ibid.*, p. 104.

⁵³ *Ibid.*, p. 132.

en el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, o afecte de una manera especialmente grave a la dignidad humana.⁵⁴

Sin embargo, este examen que coloca a la clasificación legislativa bajo la presunción de inconstitucionalidad, no es usado en los casos en los que precisamente el legislador se basa en los criterios enumerados en el artículo primero constitucional, y de esta forma se restringen derechos. Es el caso de las sentencias pronunciadas por la Suprema Corte vinculadas con militares que viven con VIH dados de baja del ejército (Amparos en Revisión: 2146/2005, 810/2006, 1285/2006, 1659/2006, 307/2007), pues como se señaló en su momento, la mayoría de los ministros opta por estudiar el caso desde la óptica de "colisión de principios constitucionales".

Los tribunales inferiores tampoco han comenzado a usar el examen de constitucionalidad enunciado por la Suprema Corte. Prueba de ello son las sentencias sobre trabajadores domésticos que, enfrentándose a casos de discriminación legislativa, usan sólo criterios legales y no constitucionales para su estudio.

Por otro lado, las sentencias relacionadas con el derecho a la No discriminación en el empleo de mujeres embarazadas, falladas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo, del Cuarto Circuito (518/2008 y 799/2008), pueden ser consideradas como ejemplares. En primer lugar, porque representan una visión garantista del derecho a la igualdad, pero sobre todo porque hacen uso de tratados internacionales sobre la materia para fundamentar los fallos, además de ser construidas con una estructura lógica.

No puede decirse lo mismo de las sentencias relacionadas con el derecho a la No discriminación de personas indígenas,⁵⁵ pues la SCJN no parece comprender el vínculo entre las violaciones a la igualdad ante la ley sufrida por las personas indígenas vinculadas a procesos penales y la discriminación en su contra, y simplemente no se pronuncia al respecto. En asuntos relacionados con derechos de personas indígenas durante el proceso judicial, la Suprema Corte podría apoyarse en la doctrina de la Corte IDH, pues este órgano jurisdiccional ha sostenido que: "para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores

⁵⁴ Cfr. Ejecutoria: 1a./J. 55/2006 (9a.)..., *supra* nota 22.

⁵⁵ Especialmente el Amparo Directo Penal 9/2008, relacionado con la Facultad de atracción 13/2008-PS... *supra* nota 42 y el Recurso de apelación 2/2010, relacionada con la Facultad de atracción 33/2010... *supra* nota 43. Aunque las decisiones son correctas y trascendentes, pues definen principios procesales de forma adecuada y proteccionistas, los ministros dejaron escapar una oportunidad de oro para posicionarse sobre los derechos en el proceso penal de las personas indígenas.

de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales".⁵⁶

Una pregunta obligada en este estudio es si las sentencias estudiadas se encuentran armonizadas con el derecho internacional, y si comparten los razonamientos de órganos internacionales de justicia. Podríamos contestar esta interrogante diciendo que no siempre, pues como vimos, encontramos sentencias progresistas en algunos temas y francamente regresivas en otros. Aunque existe ya alguna influencia del derecho internacional, ésta dista mucho de ser suficiente.

Es evidente por ejemplo, que para la construcción del juicio de razonabilidad usado por la SCJN, se usó el derecho comparado, pues los antecedentes más remotos los encontramos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y éste es usado tanto por la Corte Europea de Derechos Humanos,⁵⁷ como por la Corte Interamericana.⁵⁸

En todo caso la labor está a la mitad del camino, como lo ha señalado la Corte IDH, los Estados tienen la obligación no sólo de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, deben además, eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y combatir las prácticas de este tipo.⁵⁹ En la legislación, dice la Corte IDH, el Estado sólo debe establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realizan con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de norma que mejor proteja a la persona.⁶⁰ Sin duda, las reformas a la Constitución de 2011, que incluyen modificaciones a la cláusula de No discriminación del artículo primero,⁶¹ representa nuevos retos y oportunidades que deben ser aprovechados, buscando el perfeccionamiento de la doctrina referente a la igualdad.

⁵⁶ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

⁵⁷ TEDH, *Belgian Linguistics v. Belgium*, (App. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64). Sentencia de 23 de Julio de 1968.

⁵⁸ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. La concepción más clara del juicio de igualdad en Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 88.

⁶⁰ *Cfr. Ibid.*, párr. 105.

⁶¹ El nuevo texto, ahora párrafo quinto, 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.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Ejecutoria: P. XIX/2011 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010. PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 991. Reg. IUS. 22553.
- Ejecutoria: P. LXVIII/2009 (9a.), AMPARO DIRECTO 6/2008. ***** , *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 1707. Reg. IUS. 22636.
- Ejecutoria: 2a./J. 101/2008 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 1260/2006. EDUSER INMOBILIARIA, S.A. DE C.V., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 576. Reg. IUS. 21182.
- Ejecutoria: P./J. 130/2007 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 307/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 805. Reg. IUS. 20915.
- Ejecutoria: 1a./J. 55/2006 (9a.), AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 988/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 77. Reg. IUS. 19685.
- Incidente de Suspensión en el Juicio de Amparo 6622/1936 1a., 13 de diciembre de 1936.
- Incidente de Suspensión 7051/1936 1a.
- Juicio de Amparo 7051/1936 1a., 13 de diciembre de 1936, p. 2.
- Amparo Directo 9897/1937 de 5 de agosto de 1938.
- Amparo Directo 1067/1955 de 20 de agosto de 1955.
- Amparo Directo 4192/1969.
- Amparo en Revisión 547/1953 26 de junio de 1956.

- Amparo en Revisión 262/1952 de 28 de noviembre de 1952.
- Amparo en Revisión 586/1956 de 26 de julio de 1956.
- Amparo en Revisión 2352/97. Sentencia definitiva del 6 de marzo del 2000. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=16035>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1529/2003. Sentencia definitiva de 9 de junio de 2004. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61055>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1629/2005. Sentencia definitiva el 28 de agosto de 2005. Disponible en:

<<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=77198>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 1207/2006. Sentencia definitiva de 7 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=84294> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 1351/2006. Sentencia definitiva de 7 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=85178> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 1700/2006. Sentencia definitiva de 7 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86706> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 1834/2004. Sentencia definitiva de 7 de mayo de 2004. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=70272> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 2146/2005. Sentencia definitiva de 27 de febrero de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=79101>> (19 de junio de 2007).

- Amparo en Revisión 810/2006. Sentencia definitiva de 27 de febrero de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=82285>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 1285/2006. Sentencia definitiva de 27 de febrero de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=84759>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 1659/2006. Sentencia definitiva de 27 de febrero de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86540>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 28/2007. Sentencia definitiva 27 de junio de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=88430>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1851/2007. Sentencia definitiva 5 de diciembre de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=95279>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo Penal 9/2008. Sentencia definitiva de 12 de agosto de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102045>> (19 de junio de 2013).
- Facultad de atracción 3/2008-PS. Sentencia definitiva del 14 de mayo de 2008. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=97964>> (19 de junio de 2013).
- Facultad de atracción 33/2010. Sentencia definitiva de 28 de marzo de 2010, p. 277. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=116305>> (19 de junio de 2013).
- Facultad de atracción 13/2008-PS, Sentencia definitiva de 2 de julio de 2008, p. 436. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=99145>> (19 de junio de 2013).
- Apelación Penal 2/2010. Sentencia definitiva el 28 de abril de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=116582>> (19 de junio de 2013).

- Tesis: 2a./J. 56/95 (9a.). ORDENES MILITARES PARA DETERMINAR SI LA SUSPENSIÓN ES PROCEDENTE DEBE ATENDERSE A SU CONTENIDO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo II, Octubre de 1995, p. 240. Reg. IUS. 200703.
- Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, Amparo Directo 799/2008, de 1 de diciembre de 2008, p. 100. Tesis IV.3o.T.272 L (9a.), RENUNCIA. SI PARA DETERMINAR SOBRE SU VEROSIMILITUD LA JUNTA NO TOMÓ EN CUENTA EL ESTADO DE EMBARAZO DE LA TRABAJADORA, INFRINGE LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN EL NUMERAL 841 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, LA GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Febrero de 2009, p. 2035. Reg. IUS. 167850.
- Tercer Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo del Cuarto Circuito, Amparo Directo D.T. 218/2008, del 13 de noviembre de 2008, p. 108.
- Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo Del Primer Circuito. Amparo Directo 160/2009, del 19 de marzo de 2009. Tesis: I.6o.T.407 L (9a.), TRABAJADORES DOMÉSTICOS. NO EXISTE OBLIGACIÓN DEL PATRÓN DE INSCRIBIRLOS AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL NI AL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Agosto de 2009, p. 1737. Reg. IUS. 166537.
- Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo Del Primer Circuito. Amparo Directo 5753/2005, del 14 de abril de 2005. Tesis I.13o.T.124 L (9a.), TRABAJADORES DOMÉSTICOS. DADA LA NATURALEZA DE SU TRABAJO NO EXISTE FUNDAMENTO LEGAL PARA RECLAMAR EL PAGO DE TIEMPO EXTRA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Julio de 2005, p. 1560. Reg. IUS. 177758.
- Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito. Amparo Directo 186/2009 del 25 de febrero de 2010, el Tesis XXVII.2o.2 C (9a.), CUSTODIA DEL MENOR. EL ARTÍCULO 997 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO, VIGENTE HASTA EL 10 DE DICIEMBRE DE 2010, QUE ESTABLECE UNA PRERROGATIVA A FAVOR DE LA MADRE RESPECTO DE ESE DERECHO, CON VENTAJA SOBRE EL PADRE,

TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Abril de 2011, p. 1294. Reg. IUS. 162393.

- Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito. Amparo en Revisión 568/2004, del 8 de junio de 2005, p. 191 y ss. De la que derivan las Tesis IV.1o.C.49 C (9a.), IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. EL ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN (VIGENTE HASTA EL VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CUATRO), NO VIOLA ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2361. Reg. IUS. 176996; Tesis IV.1o.C.50 C (9a.), IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. EL ARTÍCULO 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN (VIGENTE HASTA EL VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CUATRO), VIOLA ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2361. Reg. IUS. 176995; Tesis IV.1o.C.51 C (9a.), IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. EL ARTÍCULO 170 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN (VIGENTE HASTA EL VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CUATRO), NO VIOLA EN PERJUICIO DEL VARÓN, ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2362. Reg. IUS. 176994.
- Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito Amparo en Revisión 568/2004, p. 191. Tesis IV.1o.C.50 C (9a.), IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. EL ARTÍCULO 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN (VIGENTE HASTA EL VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CUATRO), VIOLA ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2361. Reg. IUS. 176995.

2. Internacionales

- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Voto razonado de Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- CIDH. *Caso No. 11.139. William Andrews vs. Estados Unidos*. Informe No. 57/96, del 6 de diciembre de 1996.
- TEDH, *Belgian Linguistics v. Belgium*, (App. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64). Sentencia de 23 de Julio de 1968.

Igualdad y No discriminación entre mujeres y hombres*

Regina TAMÉS NORIEGA y

Alma Luz BELTRÁN Y PUGA**

* Parte del contenido de este artículo fue publicado en Tamés Noriega, Regina, "Derechos de las mujeres: igualdad de género", *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos, Recopilación de Ensayos*. México, SCJN / OACNUDH, 2011; y en Beltrán y Puga, Alma Luz, "Radiografía de los derechos humanos de las Mujeres en México", Saucedo Irma y Melgar Lucía (eds.), *¿Y usted cree tener derechos? Acceso de las mujeres mexicanas a la justicia*. México, PUEG / UNAM, 2011.

** Regina Tamés es Licenciada en Derecho y obtuvo su LLM de American University. Actualmente es Directora del Grupo de Información en Reproducción Elegida. Alma Beltrán y Puga es Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y obtuvo su LLM de la Universidad de Columbia. Actualmente es Coordinadora Jurídica del Grupo de Información en Reproducción Elegida.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reconocimiento de la Igualdad y No Discriminación*. III. *Diferencias que no constituyen discriminación*. IV. *Igualdad en materia Familiar y Civil*. V. *Violencia contra las Mujeres como forma de Discriminación*. VI. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención para Eliminar Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Violencia; Discriminación; Igualdad; Distinciones injustificadas; Igualdad material; Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I. Introducción

La igualdad y la No discriminación son derechos fundamentales y esenciales para lograr el respeto y garantía del resto de los derechos humanos. Como ya lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) la "noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona".¹ El reconocimiento de estos derechos se encuentra plasmado desde los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos, y han sido retomados por el derecho mexicano. El reconocimiento formal en la norma ha tenido por tanto consecuencias en el análisis y reconocimiento por parte de órganos judiciales y cuasi judiciales tanto nacionales como internacionales. Este reconocimiento ha hecho que estos derechos tengan relevancia pues su análisis e interpretación aportan elementos que permiten un mejor entendimiento de lo que es la igualdad sustantiva (que incluye la formal y de resultados), entre mujeres y hombres.

II. Reconocimiento de la Igualdad y No discriminación

Desde la adopción de los primeros textos internacionales en materia de derechos humanos, existen varias referencias al derecho a la igualdad y a la no discriminación. En el ámbito de la

¹ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No.4.

Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) se contemplan claramente en el preámbulo de su Carta de creación de 1945,² como en la Declaración Universal de Derechos Humanos³ que prohíbe la discriminación entre otras causas, por razones de sexo y establece la igualdad de todas las personas ante la ley.⁴ Lo mismo sucede en el marco de la Organización de Estados Americanos en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre⁵ (pese a su denominación carente de perspectiva de género), en donde se establece la igualdad de todas las personas ante la ley quienes tienen los mismos derechos y deberes consagrados en ese instrumento sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.⁶

A partir de estos documentos inicia un desarrollo normativo internacional en el cual la igualdad como la no discriminación están consagrados en todos y cada uno de los instrumentos que van siendo adoptados tanto en el sistema interamericano como universal. Ejemplo de estos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP),⁷ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)⁸ en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana")⁹ En estos tres instrumentos destacan tres disposiciones que se refieren puntualmente a la no discriminación y a la igualdad.

La primera es una norma de carácter general que identifica la obligación de los Estados de garantizar las disposiciones contenidas en el tratado sin discriminación alguna, incluyendo la discriminación por razones de sexo.¹⁰ La Corte Interamericana ha señalado respecto a esta obligación que "todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible

² Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Firmada en la ciudad de San Francisco, el 26 de junio 1945 al terminar la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Organización Internacional. Entró en vigor el 24 de octubre de 1945. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta.

³ AGONU. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948.

⁴ *Ibid.*, arts. 2 y 7.

⁵ OEA. *Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre*. Adoptada en la Novena Conferencia Interamericana Americana Bogotá, Colombia, 1948.

⁶ *Ibid.*, art. 2.

⁷ AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor 23 de marzo de 1976.

⁸ AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor 3 de enero de 1976.

⁹ OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor para México el 24 de marzo de 1981.

¹⁰ *Ibid.*, art. 1.1; AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles...*, *supra* nota 7, art. 2 párr. 1; ONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos...*, *supra* nota 8, art. 2 párr. 2.

con la misma".¹¹ La segunda disposición que incluye el PIDCP y el PIDESC, no así la CADH,¹² se refieren a la obligación que tienen los Estados de asegurar a los hombres y mujeres el goce de todos los derechos que ahí se contemplan.¹³ Finalmente, la tercera disposición se refiere a la igualdad que tienen todas las personas frente a los tribunales y cortes de justicia¹⁴ y la igualdad ante la ley.¹⁵

En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que "en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal", y por tanto se entiende que esta obligación "...se extiende al derecho interno de los Estados parte, de tal manera que es posible concluir que ... éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley".¹⁶ Cabe destacar que estos tratados al incluir la posibilidad de suspensión de algunos derechos humanos, prohíben que la suspensión esté fundada únicamente por razones de sexo.¹⁷

Es importante señalar que existen dos tratados de derechos humanos que establecen derechos específicos de las mujeres: la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁸ (en adelante CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (en adelante "Convención Belém do Pará").¹⁹ Estas convenciones proscriben la discriminación y la violencia contra las mujeres tanto en el ámbito público como en el privado.²⁰ En virtud del vínculo crítico que existe entre la violencia y la discriminación histórica hacia las mujeres, la Convención Belém do Pará establece que el

¹¹ Corte IDH. *Propuesta de Modificación...*, *supra* nota 1, párr. 53.

¹² A pesar de que este instrumento carece en su preámbulo de perspectiva de género, toda vez que se refiere a los "derechos esenciales del hombre" y no a los derechos humanos de las personas, el cuerpo del tratado habla de derechos de las personas o seres humanos y los órganos del sistema interamericano han establecido que los derechos humanos de las mujeres se encuentran reconocidos en dicha Convención.

¹³ AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles...*, *supra* nota 7, art. 3; y AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos...*, *supra* nota 8, art. 3.

¹⁴ AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles...*, *supra* nota 7, art. 14; y OEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 9, art. 8.

¹⁵ OEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 9, art. 24.

¹⁶ Corte IDH. *Propuesta de Modificación...*, *supra* nota 1, párr. 54.

¹⁷ AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles...*, *supra* nota 7, art. 1.4; y OEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 9, art. 27.

¹⁸ AGONU. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

¹⁹ OEA. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. Adoptada en Belem do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994. Entró en vigor para México el 12 de diciembre de 1998.

²⁰ AGONU. *Convención sobre la eliminación...*, *supra* nota 18, art. 1; y OEA. *Convención Interamericana para prevenir...*, *supra* nota 19, art. 1.

derecho a no sufrir violencia incluye el derecho a la no discriminación.²¹ De igual forma, en su interpretación del principio de no discriminación, el Comité que monitorea el cumplimiento de la CEDAW ha considerado que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación.²² Dichas Convenciones establecen las obligaciones del Estado, tanto inmediatas como progresivas, para eliminar todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres en aras de la realización de la igualdad tanto *de iure* como *de facto* y el desarrollo pleno de los derechos humanos de las mujeres.

A nivel nacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") hace referencia expresa a derechos de las mujeres en relación con el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación. En este sentido, la Constitución reconoce que "el varón y la mujer son iguales ante la ley";²³ y prohíbe la discriminación por razones de género.²⁴

Por parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte"), la igualdad ha sido considerada como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que constituye un criterio básico a tomar en cuenta tanto en la creación de las leyes, como en su interpretación y aplicación.²⁵ En sintonía con los estándares internacionales, la Suprema Corte ha señalado que este derecho fundamental no significa que todas las personas deban ser tratadas de la misma manera, ya que habrá situaciones en las que se necesite un trato diferenciado precisamente para lograr la igualdad material y jurídica entre las personas. Por ende, la jurisprudencia que explica este derecho sigue el principio aristotélico de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales". El vacío de la Suprema Corte en esta interpretación consiste en que el principio de no discriminación debe también tomar en cuenta distinciones injustificadas en detrimento de las mujeres que parten de los aspectos culturales y socialmente contruidos, como lo consideran los organismos internacionales de derechos humanos.

Es importante señalar que durante la Novena Época (entre los años 2004 y 2006), la Suprema Corte emitió una serie de criterios que interpretan el artículo 1o. de la Constitución en el que se encuentran comprendidos el principio de igualdad y de no discriminación como derechos fundamentales de las personas. Dichos criterios son de suma relevancia ya que sientan pautas específicas para la creación de las leyes en las que se establezcan categorías

²¹ AGONU. *Convención Interamericana para Prevenir...*, *supra* nota 19, art. 6(a).

²² Comité CEDAW, *Recomendación General No. 19, La Violencia contra la Mujer*. A/47/38, 1993, párr. 6.

²³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, art. 4.

²⁴ *Constitución Política...* *supra* nota 23, art. 1.

²⁵ Tesis: 1a./J. 81/2004 (9a.), IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Octubre de 2004, p. 99. Reg. IUS. 180345.

o clasificaciones que puedan provocar desigualdad o discriminación entre las personas (clasificaciones "sospechosas")²⁶ y comandan a los jueces un análisis cuidadoso de los casos en que se argumenten violaciones al principio de igualdad o se examine cualquier tipo de discriminación.²⁷

Asumiendo que el principio de igualdad es un principio complejo y de carácter adjetivo, ya que se desprende siempre de algo, es decir, no se puede alegar de forma abstracta, sino en "relación con" o "en comparación a" otra situación fáctica o jurídica, la Suprema Corte estableció que la igualdad es un principio 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 (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido.²⁸

Por lo tanto, cuando se esté ante un caso donde se hagan distinciones de personas, colectivos, hechos o sucesos el análisis judicial deberá basarse en los siguientes criterios: 1) si la distinción descansa en una base objetiva y constitucionalmente válida, es decir, con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las normas constitucionales, pues está prohibido para el legislador introducir de forma arbitraria tratos desiguales en las leyes; 2) si existe racionalidad en la medida implementada por el legislador, lo que supone que exista una relación de instrumentalidad entre la categoría establecida y el fin pretendido; 3) la proporcionalidad de la norma, con lo cual debe examinarse si la distinción legislativa no está afectando de manera innecesaria o desmedida otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.²⁹

²⁶ Las categorías "sospechosas" son clasificaciones establecidas por el poder legislativo que pueden surgir de prejuicios o estereotipos en detrimento de ciertas personas o grupos sociales. Las categorías sospechosas por antonomasia son la raza, el sexo y la religión. De ahí que se prohíban expresamente en el artículo 1o. de la Constitución. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América fue la primera en desarrollar este criterio respecto de categorías legislativas que podrían implicar discriminación racial. Véase, Balkin, Jack M. Jack M. y Siegel, Reva, "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?", *Public Law and Legal Theory Research Papers*, Research Paper 34, p. 2.

²⁷ Tesis: 1a./J. 37/2008 (9a.), IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO Estricto de las clasificaciones legislativas (Interpretación del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 175. Reg. IUS. 169877.

²⁸ Tesis: 1a./J. 55/2006 (9a.), IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 75. Reg. IUS. 174247.

²⁹ *Ibidem*.

Asimismo, la Suprema Corte consideró que el artículo 1 constitucional establece varios casos en los que el examen judicial debe ser estricto cuando el legislador incida en derechos fundamentales garantizados constitucionalmente y ser especialmente cuidadoso en analizar si no se incurre en discriminación por los motivos enumerados en el artículo 1o. de la Constitución:

origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil, o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.³⁰

Lo anterior no quiere decir que al legislador le esté absolutamente prohibido establecer categorías o clasificaciones en las leyes, sino que su libertad de configuración legislativa debe atender a los principios de igualdad y no discriminación establecidos en el artículo 1o. constitucional, y a los criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad al crear dichas medidas. Por lo tanto, habrá materias donde el ámbito del legislador sea más amplio y el análisis judicial poco estricto, como sucede con la normatividad económica o tributaria,³¹ y en las áreas donde se afecten derechos fundamentales de las personas o se esté en presencia de "clasificaciones sospechosas", el juez constitucional deberá realizar un examen estricto de las normas. Consecuentemente, en los casos en que se decida sobre derechos fundamentales de las mujeres, y específicamente en relación a cualquier discriminación de género, los jueces tendrán que hacer un análisis estricto de las categorías legislativas, así como ser especialmente cuidados en la interpretación y aplicación de la ley. Por otra parte, el legislador no podrá establecer clasificaciones o categorías legales que puedan dar como resultado desigualdades jurídicas desfavorables a cualquiera de los sexos. Únicamente podrá darse un trato diferenciado cuando se justifiquen dichas medidas en bases objetivas y razonables, así como proporcionales a los derechos y bienes que pudieran afectarse.

1. Definiciones

Si bien los instrumentos internacionales mencionados contemplan el derecho a la igualdad y a la no discriminación, cierto es que en ninguno es posible encontrar definiciones de lo que

³⁰ Tesis: 1a./J. 37/2008 (9a.), *supra* nota 27.

³¹ Tesis: 1a./J. 84/2006 (9a.), ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Noviembre de 2006, p. 29. Reg. IUS. 173957.

deberá entenderse por estos derechos.³² Esta ausencia se tradujo en que varios Estados parte de los distintos instrumentos no tomarán las medidas necesarias para prevenir y eliminar la discriminación y garantizar la igualdad. Incluso, en muchas ocasiones, los propios Estados permitieron conductas discriminatorias justificándolas en situaciones sociales o culturales arraigadas en las distintas sociedades.

Las primeras definiciones se establecieron puntualmente para prohibir la discriminación por razones de raza en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;³³ y en la CEDAW, para prohibir la discriminación contra las mujeres, con la finalidad de enfatizar las obligaciones de los Estados de adoptar las medidas necesarias para abordar problemáticas específicas de grupos históricamente subordinados y evitar conductas discriminatorias por causas puntuales como la raza o el sexo y/o género. Algunos de estos instrumentos abordan problemáticas en particular como lo son la tortura³⁴ y la desaparición forzada;³⁵ mientras que otros instrumentos se refieren a la protección puntual de poblaciones particulares como son las personas migrantes, las y los niños³⁶ y las personas con discapacidad,³⁷ entre otras.

La definición más completa a nivel internacional sobre lo que debe entenderse por discriminación contra las mujeres se encuentra en la CEDAW, cuyo artículo 1o. establece que:

...denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la

³² Para llenar este vacío, el Comité de Derechos Humanos (en adelante Comité CCPR), órgano de supervisión del PIDCP, desarrolló, diez años después a la adopción del Pacto, una definición de lo que debía entenderse por discriminación: "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, posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga 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." Comité CCPR. *Observación General No. 18, No discriminación*. HRI/GEN/1/Rev.7 de 10 de noviembre de 1989.

³³ AGONU. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Resolución 2106 A (XX). 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969.

³⁴ AGONU. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Resolución 39/46. 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor el 26 de junio de 1987.

³⁵ AGONU. *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Resolución 61/177 del 20 de diciembre de 2006. Entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

³⁶ AGONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25. 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor 2 de septiembre de 1990.

³⁷ AGONU. *Convención sobre las Personas con Discapacidad*. Resolución 61/106. 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor 3 de mayo de 2008.

igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.³⁸

Este instrumento desarrolla medidas para prevenir y erradicar la discriminación en contra de más de la mitad de la población del mundo independientemente de otras condiciones de exclusión social (etnia, raza, edad) como son las que afectan a las mujeres con discapacidad, mujeres migrantes, indígenas, niñas o adolescentes. Esta convención reconoce que los instrumentos generales no fueron capaces de dar respuesta a la discriminación vivida por la mayoría de las mujeres,³⁹ a diferencia de las específicas antes mencionadas que se refieren a poblaciones en particular ya sean hombres o mujeres. La CEDAW se fundamenta en la doble obligación de los Estados de eliminar la discriminación y de asegurar la igualdad.

2. Discriminación por Género y/o Sexo

El derecho que tienen todas las mujeres mexicanas, o que habitan o transitan en el país, a no ser discriminadas por razones de género está contemplado en el artículo 1 de la Constitución al referirse que queda prohibida "toda discriminación por razones de género".⁴⁰ Este artículo fue reformado por última vez en junio de 2011 con la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Cabe señalar que anteriormente, el artículo contemplaba como una de las categorías de discriminación el sexo, sustituyéndose ahora por "género". Para que el artículo contemplara de manera integral las categorías de discriminación de las que pueden ser objeto las mujeres, hubiese sido deseable que no se sustituyera el concepto "sexo" por "género" sino que quedaran ambos. La inclusión de estas dos categorías sería lo más adecuado ya que las violaciones a derechos por las diferencias sexuales y los roles de género derivadas de ambas categorías no son necesariamente las mismas. Sin embargo, la prohibición de no discriminar por razones de género debe entenderse como una razón para no discriminar por razones de sexo (por ser hombre o mujer), en virtud de que son los roles de género (los patrones culturales y roles sociales asignados a los hombres y a las

³⁸ AGONU. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer...*, supra nota 18, art. 1.

³⁹ Véase Cook, Rebeca, *La responsabilidad del Estado según la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Derechos Humanos de la Mujer, Perspectivas Nacionales e Internacionales*. Bogotá, Profamilia 1997, pp. 226-253.

⁴⁰ El artículo no se refiere expresamente a las mujeres, sino a todas las personas, pero en este artículo nos referimos a las mujeres por ser quienes generalmente son las afectadas por este tipo de discriminación.

mujeres) los que generalmente causan la discriminación hacia las mujeres (es decir, por su sexo).⁴¹ En este sentido, la mayoría de los tratados prohíbe la discriminación por razones de sexo o "cualquier otra condición social", y los organismos internacionales de derechos humanos han considerado que dicha prohibición abarca conductas arraigadas en patrones sociales y culturales discriminatorios hacia las mujeres⁴² o que se fundan en prejuicios sobre las preferencias sexuales o la identidad sexual.⁴³

3. Igualdad Sustantiva

El derecho a la igualdad entre mujeres y hombres está consagrado en el artículo 4o. constitucional al señalar que "el varón y la mujer son iguales ante la ley". Este reconocimiento se dio en 1974.⁴⁴ Este artículo reconoce solamente la igualdad formal entre mujeres y hombres, mientras que, como se analizará posteriormente, a nivel internacional, se ha reconocido que para lograr una verdadera igualdad se requiere de una igualdad de resultados y oportunidades que va más allá de la formal.

México cuenta además con una Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres,⁴⁵ cuyo objetivo es "regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la Nación hacia el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres". Sin embargo, dicha ley no provee de una definición de lo que deberá entenderse por igualdad. En este sentido el Estado está obligado a aplicar la definición internacional más garantista de los derechos de las personas, que sería la CEDAW.

⁴¹ La distinción sexo/género ha generado un debate muy amplio en las teorías feministas, habiendo posturas de las feministas liberales y culturales que sostienen que la diferencia sexual (nacer biológicamente hombre o mujer) ha tenido como consecuencia una asignación de roles sociales diferenciados que han restringido y excluido a las mujeres al ámbito doméstico y reproductivo, por lo que son estos roles de género los que pueden generar conductas discriminatorias basadas en prejuicios y estereotipos sociales. Véase Lamas, Marta, *Cuerpo: diferencia sexual y género*, México, Taurus, 2002. y Cook, Rebeca y Cusack, Simone, *Estereotipos de Género: Perspectivas Legales. Transnacionales*, Bogotá, PROFAMILIA, 2011. Por otra parte, las teorías posmodernas cuestionan la diferencia sexo/género, considerando que la diferencia sexual está marcada y formada por prácticas discursivas y sociales, por lo que la categoría "sexo" es también normativa. Véase Butler, Judith, *Cuerpos que importan, sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Méxocp. Paidós, 2010.

⁴² Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; CIDH. *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, 20 de enero de 2007. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68.

⁴³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

⁴⁴ Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974.

⁴⁵ *Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 2006. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de marzo de 2012.

Al interpretar el texto de la CEDAW, el Comité ha considerado que la igualdad comprende tanto igualdad sustantiva,⁴⁶ superando un enfoque jurídico puramente formal,⁴⁷ y ha enfatizado la obligación de los Estados de crear las condiciones para que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres y dispongan de un entorno que les permita conseguir la igualdad de resultados. Esta interpretación rescata también la insuficiencia de garantizar a las mujeres un trato idéntico al de los hombres, pues deben también tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre las mujeres y los hombres y las diferencias que la sociedad ha construido.

Partiendo de la definición que establece la CEDAW, se contemplan tres niveles de obligaciones para los Estados partes respecto a la eliminación de la discriminación contra las mujeres.⁴⁸ En primer nivel se refiere a que no exista discriminación ni directa ni indirecta en la legislación y que se cuente con las medidas de protección necesarias en el ámbito público como en el privado. El segundo se refiere a la obligación de mejorar la situación de facto de las mujeres a través de políticas y programas concretos y eficaces. Y la tercera se relaciona con la obligación de los Estados de hacer frente a los estereotipos basados en el género que aún persisten y que afectan principalmente a las mujeres.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "Comisión Interamericana") ha reiterado lo establecido por el Comité CEDAW señalando que la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad, pero recalca que su reconocimiento permite impulsar transformaciones en la vida social, reclamando la autoridad del derecho.⁴⁹ La CIDH establece que el compromiso con la igualdad no debe limitarse al logro de la igualdad legal, sino que también debe abarcar todas las instituciones sociales, tales como la familia, el mercado y las instituciones políticas.⁵⁰ Es en este sentido que la CIDH señala que la definición desarrollada por la CEDAW, cubre toda diferencia de tratamiento por razón de sexo que:⁵¹ a) de manera intencional o no intencional, ponga a la mujer en desventaja; b) impida el reconocimiento, por toda la sociedad, de los derechos de la mujer en las esferas públicas y privadas; o c) impida que la mujer ejerza sus derechos.

⁴⁶ Comité CEDAW, *Recomendación General No 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 8.

⁴⁸ *Ibid.*, párrs. 6 y 7.

⁴⁹ CIDH, *Acceso a la...*, *supra* nota 42.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 97.

⁵¹ CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, 13 de octubre de 1998. OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17.

Otro elemento fundamental de la CEDAW es que es el primer instrumento internacional de derechos humanos que reconoce que la cultura, las tradiciones y/o la religión, pueden tener importancia en el comportamiento de todas las personas y cumplen un papel significativo en el ejercicio de los derechos de las mujeres. Es la primera convención que incluye un análisis más allá de lo jurídico, y considera aspectos sociales, antropológicos, y otros desde una perspectiva feminista, para dar la respuesta necesaria a las desigualdades entre mujeres y hombres. Para que los Estados logren alcanzar la igualdad sustantiva de las mujeres, deberán tomar las medidas necesarias para

modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.⁵²

Dentro del orden normativo mexicano, el derecho a la igualdad se desprende del artículo 4o. de la Constitución que en su primer párrafo establece que: "El hombre y la mujer son iguales ante la ley." Con fundamento en este artículo, se han litigado casos en los que las mujeres han sido objeto de un trato jurídico desigual establecido o propiciado por la ley y, por lo tanto, se han visto desfavorecidas en los distintos ámbitos de su vida: laboral, político, económico, familiar, etc.

La "equidad" es un término que se utiliza en la jurisprudencia de la SCJN y de los tribunales como una garantía tributaria, es decir, como un principio constitucional para analizar si las leyes establecen impuestos de forma tal que se dé un tratamiento fiscal igual a los sujetos que se encuentren en una misma situación jurídica o de hecho. Por lo tanto, es con base en el principio de igualdad establecido en el artículo 4 constitucional y en el principio de no discriminación contenido en el artículo 1 de la Constitución que la SCJN y los tribunales colegiados han dirimido los casos relacionados con la afectación a la igualdad y la equidad de género, entendidas éstas como dos conceptos diferentes.

III. Diferencias que no constituyen discriminación

Para que se garantice el derecho a la igualdad sustantiva, no es un requisito el que se otorgue un trato idéntico entre las personas toda vez que en ocasiones, se requieren dar un trato

⁵² AGONU. *Convención sobre la Eliminación...*, *supra* nota 18, art. 5, inciso a).

diferenciado para garantizar estos derechos. Existen por tanto algunas situaciones en donde las diferencias están justificadas y no constituyen actos discriminatorios. El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado criterios en donde están permitidos estas diferencias, las cuales no constituirán discriminación. Este es el caso puntual de las medidas para garantizar los servicios de salud que sólo las mujeres necesitan (servicios de salud reproductiva) o en el sector laboral (estableciendo licencias de maternidad).

La Corte Interamericana ha señalado que "por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana".⁵³ Agrega además que las diferencias no pueden "apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana".⁵⁴ En el mismo sentido la Comisión Interamericana ha señalado que "se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento".⁵⁵

Los comités de derechos humanos de la ONU también se han referido a la posibilidad de que existan diferencias en el trato entre las personas que puedan justificarse. El Comité CCPR ha señalado que el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en todas circunstancias,⁵⁶ y que si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo⁵⁷ en virtud del PIDCP.⁵⁸

⁵³ Corte IDH. *Propuesta de Modificación...*, *supra* nota 1, párr. 56.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 57.

⁵⁵ CIDH. *Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, Informe de Fondo, No. 4/01*. 19 de enero de 2001, párr. 36.

⁵⁶ Comité CCPR. *Observación General No. 18...*, *supra* nota 32, párr. 8.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 13.

⁵⁸ Lo establecido por los sistemas universal e interamericano es confirmado por el sistema europeo de protección de derechos humanos, ya que la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable". Véase Corte IDH. *Propuesta de Modificación...*, *supra* nota 1, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits)*, judgment of 23rd July 1968, p. 34]. Esta misma Corte ha señalado que dado que el avance de la igualdad de los sexos es hoy un objetivo muy importante y que por tanto "tendrían que mediar razones de mucho peso" para justificar una distinción basada únicamente en razones de sexo. Véase, por ejemplo, TEDH. *Karlheinz Schmidt v. Alemania*. Resolución del 18 de julio de 1994. App. No. 13580/88, párr. 24, citando TEDH. *Schuler-Zgraggen v. Suiza*. Resolución de 24 de junio de 1993. App. No. 14518/89, párr. 67; y TEDH. *Burghartz v Suiza*. Resolución del 22 de febrero de 1994. App. No. 16213/90, párr. 27.

Es relevante mencionar que además de que existen diferencias que pueden ser justificadas, incluso hay ocasiones en donde los Estados tienen la obligación de tomar medidas específicas para dar un trato preferencial a un sector de la población, buscando reducir o eliminar las condiciones que origina o facilitan la discriminación. Estas medidas, en cuanto son correctivas son una diferenciación legítima.⁵⁹ Puntualmente, el Comité de la CEDAW, señala que para garantizar la igualdad sustantiva, en ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias.⁶⁰ La CEDAW incluye la obligación de que los Estados adopten, impulsen e implementen medidas especiales de carácter temporal para garantizar esta igualdad.⁶¹ La implementación de estas medidas afirmativas para promover la igualdad de las mujeres en los espacios políticos (llamadas cuotas de género) son un ejemplo concreto de estas medidas.

1. Cuotas de género

En el caso de México, las cuotas de género ya han sido estudiadas en varias ocasiones tanto por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante TEPJF), así como por la SCJN en tres ocasiones.⁶² Ambas cortes han reafirmado la validez de estas disposiciones como una medida para acelerar la igualdad entre mujeres y hombres. A continuación se analizan algunos de los casos abordados por el TEPJF.

El TEPJF resolvió el 13 de junio de 2010,⁶³ un caso sobre desigualdad en el acceso a cargos públicos de elección en donde se analiza la violación por parte del Instituto Electoral Local de Quintana Roo, quien aprobó el registros de las planillas de candidatos a Gobernador,

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 10.

⁶⁰ Comité CEDAW, *Recomendación General No 25...*, *supra* nota 46.

⁶¹ Véase AGONU. *Convención sobre la Eliminación...*, *supra* nota 18, art. 4.

⁶² Véase, Ejecutoria: P/J. 59/2005 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2002. PARTIDO ACCIÓN NACIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Marzo de 2002, p. 914. Reg. IUS. 16970; Ejecutoria: P/J. 97/2011 (9a.), ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD ACUMULADAS 7/2009, 8/2009 Y 9/2009. CONVERGENCIA, PARTIDO POLÍTICO NACIONAL, PARTIDO ACCIÓN NACIONAL Y PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Enero de 2010, p. 1518. Reg. IUS. 21949; y Ejecutoria: P/J. 13/20123 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 63/2009 Y SUS ACUMULADAS 64/2009 Y 65/2009. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA SEXAGÉSIMA SEGUNDA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, PARTIDO DEL TRABAJO Y PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Enero de 2010, p. 873. Reg. IUS. 21956, 3 en las cuales se reclamó la aparente invalidez de normas electorales dedicadas al establecimiento de cuotas de género en la legislación electoral de los estados de Veracruz y Chihuahua. Véase, Sánchez Cordero, Olga del Carmen, *Equidad de género en materia electoral: pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, Género y Democracia, CONAPRED, 2012.

⁶³ TEPJF. Juicio de Revisión Constitucional Electoral. Expediente SC-JRC-17/2010. Sentencia definitiva de 13 de junio de 2010. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SX/2010/JRC/SX-JRC-00017-2010.htm>> (19 de junio de 2013).

Diputados e integrantes de los Ayuntamientos del Estado, sin respetar las cuotas de género obligatorias para los partidos políticos.⁶⁴ El TEPJF resolvió señalando que "las cuotas de participación consisten en un mecanismo que posibilita la efectiva igualdad entre mujeres y hombres en la representación nacional y en el ejercicio del poder público".⁶⁵ Con esta resolución se obligó al partido que violentó la norma de registrar frente al Instituto Electoral Local de Quintana Roo, nuevas planillas de candidaturas a ediles de los referidos ayuntamientos que sustituyan a las revocadas, respetando la cuota de género.⁶⁶

Cabe destacar de este fallo que el TEPJF hace constantemente referencia a los instrumentos internacionales que contemplan la obligación del Estado de respetar, promover y garantizar la igualdad entre mujeres y hombre, tanto formal como material, sirviendo la norma internacional como marco de referencia para la discusión y resolución de este caso.

A pesar de las resoluciones electorales del TEPJF, persiste la discriminación de facto en el acceso de las mujeres a cargos públicos de elección popular. Un caso muy sonado en México ha sido el de las "juanitas", situación que ha puesto en tela de juicio la efectividad de las cuotas de género. Las "juanitas" son candidatas que se registran y ganan para posteriormente renunciar y ser sustituidas por varones en los cargos. La falta de aplicación de sanciones a los partidos políticos por estas prácticas ha afectado el resultado deseado de contar con mayores candidaturas y representaciones de las mujeres en cargos públicos y promover la igualdad de oportunidades políticas frente a los varones. El TEPJF se pronunció⁶⁷ respecto a este tema al analizar el caso del proceso electoral ordinario en el Distrito Federal para la elección de Jefe de Gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa y Jefes Delegaciones toda vez que una coalición de partidos⁶⁸ registró a una mujer como candidata a Jefa Delegacional y posteriormente decidieron sustituirla por un candidato varón.⁶⁹

⁶⁴ La constitución local establece que ningún partido podrá registrar candidatos del mismo género mayor al 60 por ciento, y la Ley Electoral de Quintana Roo establece un 70 por ciento. A pesar de esta contradicción, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió un fallo sin resolver la cuestión de la discrepancia a partir de los dos artículos que establecen diferentes cuotas de género.

⁶⁵ TEPJF Juicio de Revisión Constitucional Electoral. Expediente SC-JRC-17/2010... *supra* nota 63.

⁶⁶ El análisis de esta sentencia se puede consultar a mayor detalle en el Observatorio de Sentencias Judiciales de la Articulación Regional Feminista, cuya contraparte en México es la organización Equis: Justicia para las Mujeres: <http://bit.ly/KR6LeX>

⁶⁷ TEPJF. Juicio de Revisión Constitucional Electoral y Jurídico para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano. Expedientes SUP-JRC-250/2010 y su acumulado SUP-JDC-1135/2010. Sentencia definitiva de 29 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2010/JRC/SUP-JRC-00250-2010.htm>> (19 de junio de 2013).

⁶⁸ La coalición "Unidos por la Ciudad" de los partidos Revolucionario Institucional y Verde Ecologista de México.

⁶⁹ Para mayores detalles sobre esta resolución Observatorio de Sentencias Judiciales de la Articulación Regional Feminista, cuya contraparte en México es la organización Equis: Justicia para las Mujeres: <http://bit.ly/KR6LeX>.

La coalición argumentó entre otras cosas, que por causa de fuerza mayor, tuvieron que sustituir a la candidata (sustitución que se llevó a cabo en un momento distinto al registro), por lo que no era factible considerar la cuota de género, en virtud de que la circunstancia que se presentó no está regulada por el código. A pesar de las resoluciones en contra de la cuota de género por parte del Tribunal Electoral del Distrito Federal y la resolución del Instituto Electoral del Distrito Federal, el TEPJF las revocó y resolvió que:

...la observancia de la cuota de género no se agota una vez que se registran las candidaturas de un partido político o coalición, sino que es una regla que debe ser observada en todo momento durante el desarrollo del proceso electoral, puesto que su finalidad es, precisamente, dar igualdad de competencia y participación a los géneros, considerar lo contrario implicaría que la autoridad permitiera que se violentara la normativa electoral y se actualizara un fraude a la ley...⁷⁰

El TEPJF consideró que:

...la regla de la cuota de género es de observancia permanente ... una norma que pretende generar condiciones de igualdad de acceso a los cargos de elección popular entre los diferentes géneros. Conceder la razón al partido, generar o propiciar que la finalidad de la norma no se alcanzará debido a una mera simulación de cumplimiento ...⁷¹

Esta resolución es respetuosa de lo previsto en el artículo 7 de la CEDAW, así como lo estipulado en la Recomendación No 23 relativa a la vida política y pública, que establece la obligación a que los partidos políticos adopten los principios de igualdad de oportunidades, logrando un equilibrio entre el número de candidatas y candidatos.

Finalmente, respecto al tema de las cuotas, el 30 de noviembre de 2011, la Sala Superior del TEPJF dictó una trascendental sentencia, en defensa de las cuotas de género establecidas en el artículo 219 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (en adelante COFIPE).⁷² En esta sentencia, el TEPJF modificó el Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral (en adelante CGIFE) que establecía una excepción a la regla de mantener al menos un 40% de cuotas de género a los partidos políticos en las candidaturas de senadores

⁷⁰ TEPJF. Juicio de Revisión Constitucional Electoral y Jurídico para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano. Expedientes SUP-JRC-250/2010... *supra* nota 67.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² TEPJF. Juicios para la Protección de los Derechos Político Electorales. Expedientes: SUP-JDC-12624/2011 y acumulados. Sentencia definitiva de 30 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-12624-2011.htm>> (19 de junio de 2013).

y diputados de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección democrático, con lo que dio certeza a las reglas para la aplicación de la cuotas de género establecidas en el COFIPE, evitando la posibilidad de prácticas contrarias a la igualdad de género (como las juanitas) en el proceso electoral federal 2011-2012.⁷³

El Acuerdo del CGIFE fue impugnado por diversas mujeres militantes de los partidos Movimiento Ciudadano, Nueva Alianza y Revolucionario Institucional, quienes consideraron que dicho acuerdo violaba los principios de legalidad y objetividad, excediéndose el IFE en su facultad reglamentaria al definir el concepto de "proceso de elección democrático"⁷⁴ para la aplicación de las cuotas de género, lo que limitaba la posibilidad de las mujeres de ser candidatas. En este sentido, el TEPJF reiteró que los "procesos de elección democrática" se refieren a aquellos establecidos en los estatutos de partidos políticos, y que rigen su vida interna, como lo establece el COFIPE.

Asimismo, consideró que las leyes electorales deben interpretarse con perspectiva de género, especialmente las que establecen cuotas, en virtud de que

la esencia del establecimiento de la cuota de género tiene como objetivo el alcanzar la igualdad real en lo político electoral entre los hombres y mujeres, siendo que, en ese sentido, el análisis de casos concretos relativos a posibles vulneraciones al derecho de la igualdad entre los géneros, no debe realizarse sobre la base de entendimientos o interpretaciones implícitas de los hechos, pues dicho proceder es contrario al criterio que ordena potencializar los derechos humanos y, al contrario sensu, interpretar de forma restrictiva las excepciones o límites a los mismos.⁷⁵

Finalmente, con base en el artículo 1 de la Constitución, el TEPJF señaló que los derechos humanos, incluidos los derechos político-electorales, deben interpretarse favoreciendo a las personas con la protección más amplia (principio pro-persona).

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ En dicho acuerdo se exentaba a los partidos políticos de cumplir con las cuotas de género del 40% en el registro de fórmulas de candidatos a diputados o senadores, cuando éstas fueran resultado de un proceso de elección democrático entendido como "aquel en el que la elección de las candidaturas se realice de forma directa por la militancia del partido o por la ciudadanía, o de forma indirecta a través de una convención o asamblea en que participe un número importante de delegados electos ex profeso por dicha militancia". Véase IFE. Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se indican los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular que presenten los partidos políticos y, en su caso, las coaliciones ante los consejos del Instituto, para el proceso electoral federal 2011-2012. De 7 de octubre de 2011, Punto Décimo Tercero. Disponible en: <<http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2011/octubre/CGex201110-07/CGe71011ap9.pdf>> (19 de junio de 2013).

⁷⁵ TEPJF. Juicios para la Protección de los Derechos Político Electorales. Expedientes: SUP-JDC-12624/2011..., *supra* nota 72, p. 70.

Los fallos del TEPJF se encuentran en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos respecto de la necesidad de que los Estados –a través de la implementación de medidas afirmativas, como las cuotas de género–, cumplan con sus obligaciones de respetar y garantizar la participación y representación igualitaria de las mujeres en la esfera política desde una perspectiva de derechos humanos.⁷⁶

IV. Igualdad en materia familiar y civil

La SCJN ha analizado diversos casos de los cuales se han desprendido fallos relevantes respecto a la igualdad entre mujeres y hombres en materia relacionada con la administración de los bienes en el hogar, alimentos y abandono de familia.⁷⁷ En 2003 resolvió⁷⁸ un caso relacionado con la administración del patrimonio de la sociedad conyugal, en donde una mujer señaló graves afectaciones económicas derivadas del mal uso de los bienes que ha hecho su cónyuge y por tanto solicitó que se le autorizara la administración de los mismos a ella.

La SCJN consideró que hubo una violación a la garantía de igualdad prevista en los artículos 1, tercer párrafo, y 4, primer párrafo, constitucionales, ya que la norma civil colocaba a la mujer casada en un plano desigual con relación a su cónyuge, al impedirle ejercer un derecho que éste sí puede ejercer, menoscabando la esfera jurídica de una en favor del otro, y sin que dicha distinción tenga base objetiva alguna. La SCJN afirmó que las garantías que "expresan el principio de igualdad entre mujeres y hombres (...) constituyen un mandamiento de autoridad estatal (...) en el sentido de no obrar de forma que su actuación implique el menoscabo de derechos de unos frente a otros." Además manifestó que dicho principio "les impone la prohibición de emitir leyes que resulten discriminatorias en razón del sexo y anulen, por ello, la garantía a la igualdad de derechos".⁷⁹ Sobre estas bases, la SCJN, revocó la sentencia recurrida, y protegió los derechos de la actora violentados por la sentencia dictada por la Sala Civil y Familiar.

⁷⁶ CIDH. *El Camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*, 2011. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 79.

⁷⁷ Tesis: 1a./J. 30/2010 (9a.). ABANDONO DE FAMILIA. EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DEL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DECRETADO EN UNA SENTENCIA DE DIVORCIO VOLUNTARIO, NO CONFIGURA EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, PERO SÍ EL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 280 DEL MISMO ORDENAMIENTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Abril de 2010, p. 15. Reg. IUS. 164866.

⁷⁸ Amparo Directo en Revisión 1184/2003. Sentencia definitiva de 22 de septiembre de 20120, México. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=59137>> (19 de junio de 2013).

⁷⁹ Tesis: 1a./J. 81/2004 (9a.)...., *supra* nota 25.

Otro caso relevante en materia civil, se relaciona con la indemnización que pueden reclamar las mujeres después de un divorcio. En el 2000, la legislación civil del Distrito Federal estableció que el cónyuge que se dedicara preponderantemente al hogar tendría derecho, al divorciarse, de una indemnización de hasta el 50% de los bienes adquiridos en el matrimonio sin importar si se hubiera casado bajo el régimen de separación de bienes.⁸⁰ Por lo que dicha reforma beneficia principalmente a las personas casadas que se dediquen a las labores domésticas, que en su mayoría son mujeres. De acuerdo con la jurisprudencia de la SCJN,⁸¹ una mujer puede reclamar dicha indemnización, sin importar si el matrimonio se realizó con anterioridad a las reformas al Código Civil del Distrito Federal en el 2000. La Suprema Corte no violaba la garantía de no retroactividad de la ley establecida en el artículo 14o. constitucional ya que no puede considerarse "una sanción cuya imposición retroactiva prohíba la Constitución, sino que se trata de una compensación que el Juez, a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar la inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen de separación de bienes".⁸² Posteriormente, aplicando una interpretación similar, la SCJN reiteró su que dichas reformas civiles no transgreden los principios de legalidad y justicia imparcial garantizados en los artículos 14o., 16o. y 17o. de la Constitución.

V. Violencia contra las Mujeres como forma de Discriminación

La Convención Belém do Pará define la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".⁸³ Desde la perspectiva de los derechos humanos, la violencia constituye una forma de discriminación. En la emblemática sentencia del caso "Campo Algodonero" sobre feminicidios en Ciudad Juárez, México, la Corte IDH ha realizado avances significativos en el entendimiento de la violencia contra las mujeres y su relación con la discriminación estructural, aplicando el artículo 7(b) de la Convención Belém do Pará que establece la obligación inmediata de actuar con la debida diligencia.⁸⁴

⁸⁰ Actualmente, el artículo que establece dicha indemnización es el artículo 267, fracción VI.

⁸¹ Tesis: 1a./J. 78/2004 (9a.), DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE JUNIO DE 2000, PUEDE RECLAMARSE EN TODAS LAS DEMANDAS DE DIVORCIO PRESENTADAS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, CON INDEPENDENCIA DE QUE EL MATRIMONIO SE HUBIERA CELEBRADO CON ANTERIORIDAD A ESA FECHA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Diciembre de 2004, p. 107. Reg. IUS. 179922.

⁸² *Ibid.*

⁸³ OEA. *Convención Interamericana para prevenir...*, *supra* nota 19, art. 1.

⁸⁴ Entre las medidas inmediatas de los Estados para investigar, prevenir y sancionar la violencia se encuentran: abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer; adoptar las medidas legislativas y las medidas jurídicas necesarias para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer; modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de

Al interpretar dicha obligación, la Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen un deber estricto de investigación y, particularmente "deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias".⁸⁵

En el caso Penal Castro Castro contra Perú,⁸⁶ la Corte Interamericana declaró al Estado responsable por violaciones a la integridad personal protegido en el artículo 5 de la CADH por los actos de violencia contra las mujeres recluidas en el penal.

En el caso Maria Da Penha contra Brasil⁸⁷ analizado por la CIDH, se interpretó por primera vez la obligación de debida diligencia de la Convención Belém do Pará en un caso de violencia doméstica. Debido a la tolerancia del Estado respecto de los actos de violencia y a la falta de investigación y sanción a la misma, la CIDH concluyó que "dado que la violación forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado, no solo se violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes".⁸⁸

Por su parte el Comité CEDAW ha analizado algunos casos sobre violencia contra las mujeres. En los casos de Sahide Goekce v. Austria Fatma Yildirim contra Austria y A.T. contra Hungría⁸⁹ el Comité CEDAW ha encontrado a los Estados responsables por no actuar con la debida diligencia y proteger la integridad física y psíquica de las mujeres víctimas de violencia doméstica. La Relatoría Especial de Violencia contra las Mujeres, sus Causas y Consecuencias de Naciones Unidas también ha enfatizado del deber de los Estados de cumplir con sus obligaciones de debida diligencia en casos de violencia y reparar el daño a las víctimas.⁹⁰

la violencia; establecer procedimientos legales eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia y asegurar la reparación del daño (artículo 7 de la Convención Belem do Para). Las medidas progresivas comprenden, entre otras, fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia; modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres; proveer servicios especializados de atención a las mujeres en situación de violencia y programas de rehabilitación (artículo 8 de la Convención Belem do Para).

⁸⁵ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*. . . , *supra* nota 42.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.

⁸⁷ CIDH. *Caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe No. 54/01. 16 de abril de 2001, OEA/Sr.L/VII.111.Doc.20.

⁸⁸ *Ibid.* párr. 56.

⁸⁹ Comité CEDAW. *Fatma Yildirim vs. Austria*, Comunicación No. 6/2005 (CEDAW/C/39/D/6/2005). Resolución de 1 de octubre de 2007, párrs. 12.1.4 y 12.1.5; Comité CEDAW. *Sahide Goekce v. Austria*, Comunicación No. 5/2005 (CEDAW/C/39/D/5/2005). Resolución de 6 de agosto de 2007; y Comité CEDAW. *Sra. A.T. vs. Hungría*, Comunicación No. 2/2003 (CEDAW/C/32/D/2/2003), 26 de enero de 2005, párr. 9.3.

⁹⁰ *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias*, Radhika Coomaraswamy. Presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, 10 de marzo de 1999, párr. 25. UN Doc. E/CN.4/1999/58.

En México, no obstante los altos porcentajes de mujeres que enfrentan violencia en sus distintas modalidades en el país, las mujeres no acuden a denunciar dichos actos y los procedimientos administrativos y judiciales siguen siendo ineficaces en la prevención, investigación y sanción del fenómeno.⁹¹ En este contexto, un avance significativo en la protección de la libertad sexual de las mujeres fue la resolución de la SCJN que determinó que el bien jurídico tutelado en el delito de violación es "la libertad sexual, que reconoce en el ser humano, su derecho a la autodeterminación sexual" concluyendo que se actualizaba dicho delito aun cuando existiera un vínculo matrimonial entre las personas.⁹²

Asimismo, la SCJN también emitió otra jurisprudencia que protege la libertad sexual de las niñas al determinar que para que se configure el delito de violación equiparada basta con que se imponga la cópula a una persona menor de 14 años ya que

...es un hecho real, indiscutible y notorio y que no admite prueba en contrario, consistente en que la persona menor de catorce años no ha alcanzado el desarrollo físico, mental, emocional y psicológico que le permita decidir con libertad y plena conciencia sobre su vida sexual.⁹³

Además, la Suprema Corte ha considerado que los delitos de violación y abuso sexual se agravan cuando el sujeto activo se aprovecha de la confianza la otra persona para imponer la cópula, interpretando la confianza en su sentido literal sin que tenga que acreditarse alguna calidad especial entre el agresor y la persona ofendida.⁹⁴

⁹¹ Véase Sucedo, Irma y Huacuz, Elías Guadalupe, "Guardianes de la justicia. Acceso a la justicia en situación de violencia de género" en Melgar, Lucía Melgar y Saucedo, Irma (eds.) *¿Y usted cree tener derechos?*, pp. 167-192.

⁹² Tesis: 1a./J. 10/94 (9a.), VIOLACIÓN. SE INTEGRA ESE DELITO AUN CUANDO ENTRE EL ACTIVO Y PASIVO EXISTA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Enero de 2006, p. 658. Reg. IUS. 176065. La resolución dejó sin efecto criterios jurisprudenciales antiguos de la Corte en donde se consideraba que no había delito de violación entre cónyuges ya que el marido ejercía indebidamente su derecho al "débito carnal"; que la finalidad del matrimonio era la procreación de la especie, en virtud de lo cual "sólo se concibe la práctica de la cópula normal", constituyendo la imposición de la cópula sexual anormal y violenta del hombre a la mujer, el delito de violación; o señalaban que si el acto sexual entre cónyuges se llevaba a cabo en público, en contra de la voluntad de la mujer, ofendiendo gravemente su moral y su derecho a la intimidad se configuraba el delito de violación.

⁹³ Tesis: P. XXIV/2000 (9a.). VIOLACIÓN EQUIPARADA. EL ARTÍCULO 177 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, EN CUANTO ESTABLECE QUE BASTA LA CÓPULA CON PERSONA MENOR DE CATORCE AÑOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Marzo de 2000, p. 115. Reg. IUS. 192136.

⁹⁴ Tesis: 1a./J. 42/2003 (9a.), ABUSO SEXUAL Y VIOLACIÓN. CONFIGURACIÓN DE LA CALIFICATIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 266 BIS, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (ACTUALMENTE ARTÍCULO 178, FRACCIÓN IV, DEL NUEVO CÓDIGO PENAL QUE ABROGÓ AQUEL), CONSISTENTE EN QUE EL SUJETO ACTIVO SE APROVECHE DE LA CONFIANZA EN ÉL DEPOSITADA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVIII, Agosto de 2003, p. 59. Reg. IUS. 183647.

Estos criterios siguen la tendencia internacional de reconocer que la violación y el abuso sexual son graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres, apreciándose una tendencia en la jurisprudencia de la Suprema Corte por dismantelar estereotipos de género discriminatorios para las mujeres y a proteger la libertad sexual de las mujeres.

No obstante, hay interpretaciones de estos delitos que establecen requisitos probatorios que imponen mayores cargas procesales a las mujeres en situación de violencia y dificultan la persecución y sanción efectiva del agresor. Al respecto, la SCJN estableció que para que se actualice el delito de violación, cuando se comete en contra de una persona sordomuda, es necesario que se acredite mediante pruebas periciales psiquiátricas y psicológicas "las repercusiones de dicha discapacidad con la facultad para decidir razonablemente respecto de su conducta sexual".⁹⁵ Esta resolución resulta desfavorable para los derechos de las mujeres porque no toma en cuenta que la discapacidad es una condición que las coloca en una situación de mayor riesgo frente a la discriminación y la violencia. Además, otorga un mayor valor a la prueba pericial que al testimonio de la víctima. Asimismo, la Suprema Corte en una jurisprudencia sobre la actualización de la violencia física en el delito de violación sexual, ha dado mayor relevancia a la cuestión de la resistencia de la persona ofendida a la fuerza física y a la prueba de estos actos de violencia, que a la falta o anulación del consentimiento de la persona agredida.⁹⁶ En virtud de la dificultad de probar la fuerza física, este criterio puede obstaculizar que se judicialicen los casos en los que no haya un peritaje que demuestre la comisión de dicha violencia.

Consecuentemente, uno de los principales retos es sensibilizar a los jueces y juezas sobre la situación crítica que enfrentan en el acceso a la justicia particularmente las mujeres víctimas de violencia y fomentar que en la interpretación de la ley no se impongan mayores cargas probatorias a las mujeres en los procesos penales y civiles para acreditar conductas de terceros que menoscaban sus derechos.

⁹⁵ Tesis: 1a./J. 56/2008 (9a.), VIOLACIÓN EQUIPARADA. PARA PRONUNCIARSE RESPECTO DE LA ACTUALIZACIÓN DE ESE DELITO CUANDO EL SUJETO PASIVO PADECE SORDOMUDEZ, ES MENESTER QUE EL ÓRGANO ACUSADOR ACREDITE MEDIANTE LOS DICTÁMENES PERICIALES CORRESPONDIENTES, LAS REPERCUSIONES FÍSICAS Y MENTALES DERIVADAS DE ESE PADECIMIENTO (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE GUANAJUATO Y BAJA CALIFORNIA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Julio de 2008, p. 423. Reg. IUS. 169164.

⁹⁶ Tesis: 1a./J. 123/2008 (9a.), VIOLENCIA FÍSICA COMO MEDIO ESPECÍFICO EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN. SE ACTUALIZA ESTE ELEMENTO NORMATIVO CUANDO EL SUJETO ACTIVO SUMINISTRA UN AGENTE QUÍMICO O BIOLÓGICO (MEDICAMENTO O DROGA) AL PASIVO CON LA FINALIDAD DE ANULAR O VENCER SU RESISTENCIA (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE PUEBLA Y DURANGO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 396. Reg. IUS. 167601.

VI. Conclusiones

La garantía de la igualdad y no discriminación, va más allá de un reconocimiento formal a través de las legislaciones. Asimismo, es importante reconocer el estrecho vínculo entre la violencia y la discriminación contra las mujeres. Los desafíos más importantes y aún pendientes para alcanzar la igualdad *de facto* y fomentar un mayor acceso a la justicia se ubican en la necesidad de que se modifiquen los contextos en que estas legislaciones están siendo aplicadas. Generalmente son las costumbres, la tradición y la falta de cumplimiento de estas leyes donde se encuentran todavía prácticas discriminatorias, y que también son causa de la violencia. Existen incluso normas, prácticas y políticas que a primera vista parecen neutrales pero que en la práctica producen distinciones arbitrarias o desproporcionadas en su aplicación.⁹⁷ Por lo tanto, es indispensable que la interpretación judicial tome en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos para garantizar que en la aplicación de las leyes se avance a la realización sustantiva de la igualdad.

⁹⁷ CIDH, *Acceso a la...*, *supra* nota 42, párr. 89.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Ejecutoria: P/J. 59/2005 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2002. PARTIDO ACCIÓN NACIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Marzo de 2002, p. 914. Reg. IUS. 16970;
- Ejecutoria: P/J. 97/2011 (9a.), ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD ACUMULADAS 7/2009, 8/2009 Y 9/2009. CONVERGENCIA, PARTIDO POLÍTICO NACIONAL, PARTIDO ACCIÓN NACIONAL Y PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Enero de 2010, p. 1518. Reg. IUS. 21949;
- Ejecutoria: P/J. 13/20123 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 63/2009 Y SUS ACUMULADAS 64/2009 Y 65/2009. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA SEXAGÉSIMA SEGUNDA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, PARTIDO DEL TRABAJO Y PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Enero de 2010, p. 873. Reg. IUS. 21956
- Tesis: 1a./J. 81/2004 (9a.), IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Octubre de 2004, p. 99. Reg. IUS. 180345.
- Tesis: 1a./J. 37/2008 (9a.), IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 175. Reg. IUS. 169877.
- Tesis: 1a./J. 55/2006 (9a.), IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 75. Reg. IUS. 174247.

- Tesis: 1a./J. 84/2006 (9a.), ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Noviembre de 2006, p. 29. Reg. IUS. 173957.
- Tesis: 1a./J. 30/2010 (9a.). ABANDONO DE FAMILIA. EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DEL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DECRETADO EN UNA SENTENCIA DE DIVORCIO VOLUNTARIO, NO CONFIGURA EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, PERO SÍ EL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 280 DEL MISMO ORDENAMIENTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Abril de 2010, p. 15. Reg. IUS. 164866.
- Tesis: 1a./J. 10/94 (9a.), VIOLACIÓN. SE INTEGRA ESE DELITO AUN CUANDO ENTRE EL ACTIVO Y PASIVO EXISTA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Enero de 2006, p. 658. Reg. IUS. 176065.
- Tesis: P. XXIV/2000 (9a.). VIOLACIÓN EQUIPARADA. EL ARTÍCULO 177 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, EN CUANTO ESTABLECE QUE BASTA LA CÓPULA CON PERSONA MENOR DE CATORCE AÑOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Marzo de 2000, p. 115. Reg. IUS. 192136.
- Tesis: 1a./J. 42/2003 (9a.), ABUSO SEXUAL Y VIOLACIÓN. CONFIGURACIÓN DE LA CALIFICATIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 266 BIS, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (ACTUALMENTE ARTÍCULO 178, FRACCIÓN IV, DEL NUEVO CÓDIGO PENAL QUE ABROGÓ AQUEL), CONSISTENTE EN QUE EL SUJETO ACTIVO SE APROVECHE DE LA CONFIANZA EN ÉL DEPOSITADA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVIII, Agosto de 2003, p. 59. Reg. IUS. 183647.
- Tesis: 1a./J. 56/2008 (9a.), VIOLACIÓN EQUIPARADA. PARA PRONUNCIARSE RESPECTO DE LA ACTUALIZACIÓN DE ESE DELITO CUANDO EL SUJETO PASIVO PADECE SORDOMUDEZ, ES MENESTER QUE EL ÓRGANO ACUSADOR ACREDITE MEDIANTE LOS DICTÁMENES PERICIALES CORRESPONDIENTES, LAS REPERCUSIONES FÍSICAS Y MENTALES DERIVADAS DE ESE PADECIMIENTO (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE GUANA-

JUATO Y BAJA CALIFORNIA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Julio de 2008, p. 423. Reg. IUS. 169164.

- Tesis: 1a./J. 123/2008 (9a.), VIOLENCIA FÍSICA COMO MEDIO ESPECÍFICO EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN. SE ACTUALIZA ESTE ELEMENTO NORMATIVO CUANDO EL SUJETO ACTIVO SUMINISTRA UN AGENTE QUÍMICO O BIOLÓGICO (MEDICAMENTO O DROGA) AL PASIVO CON LA FINALIDAD DE ANULAR O VENCER SU RESISTENCIA (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE PUEBLA Y DURANGO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 396. Reg. IUS. 167601.
- Tesis: 1a./J. 78/2004 (9a.), DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE JUNIO DE 2000, PUEDE RECLAMARSE EN TODAS LAS DEMANDAS DE DIVORCIO PRESENTADAS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, CON INDEPENDENCIA DE QUE EL MATRIMONIO SE HUBIERA CELEBRADO CON ANTERIORIDAD A ESA FECHA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Diciembre de 2004, p. 107. Reg. IUS. 179922.
- Amparo Directo en Revisión 1184/2003. Sentencia definitiva de 22 de septiembre de 20120, México. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=59137>> (19 de junio de 2013).
- TEPJF. Juicio de Revisión Constitucional Electoral. Expediente SC-JRC-17/2010. Sentencia definitiva de 13 de junio de 2010. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SX/2010/JRC/SX-JRC-00017-2010.htm>> (19 de junio de 2013).
- TEPJF. Juicio de Revisión Constitucional Electoral y Jurídico para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano. Expedientes SUP-JRC-250/2010 y su acumulado SUP-JDC-1135/2010. Sentencia definitiva de 29 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2010/JRC/SUP-JRC-00250-2010.htm>> (19 de junio de 2013).
- TEPJF. Juicios para la Protección de los Derechos Político Electorales. Expedientes: SUP-JDC-12624/2011 y acumulados. Sentencia definitiva de 30 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-12624-2011.htm>> (19 de junio de 2013).

- IFE. Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se indican los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular que presenten los partidos políticos y, en su caso, las coaliciones ante los consejos del Instituto, para el proceso electoral federal 2011-2012. De 7 de octubre de 2011, Punto Décimo Tercero. Disponible en: <<http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2011/octubre/CGex201110-07/CGe71011ap9.pdf>> (19 de junio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No.4.
- Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205;
- Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- CIDH. *Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, Informe de Fondo, No. 4/01*. 19 de enero de 2001, párr. 36.
- CIDH. *Caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, Informe No. 54/01*. 16 de abril de 2001, OEA/Sr.L/VII.111.Doc.20.
- CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, 13 de octubre de 1998. OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17.
- CIDH. *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, 20 de enero de 2007. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68.

- CIDH. *El Camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*, 2011. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 79.
- Comité CCPR. *Observación General No. 18, No discriminación*. HRI/GEN/1/Rev.7 de 10 de noviembre de 1989.
- Comité CEDAW. *Fatma Yildirim vs. Austria, Comunicación No. 6/2005 (CEDAW/C/39/D/6/2005)*. Resolución de 1 de octubre de 2007, párrs. 12.1.4 y 12.1.5
- Comité CEDAW. *Sahide Goekce v. Austria, Comunicación No. 5/2005 (CEDAW/C/39/D/5/2005)*. Resolución de 6 de agosto de 2007
- Comité CEDAW. *Sra. A.T. vs. Hungría, Comunicación No. 2/2003 (CEDAW/C/32/D/2/2003)*, 26 de enero de 2005, párr. 9.3.
- Comité CEDAW, *Recomendación General No 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004.
- *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias*, Radhika Coomaraswamy. Presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, 10 de marzo de 1999, párr. 25. UN Doc. E/CN.4/1999/58.
- TEDH. *Karlheinz Schmidt v. Alemania*. Resolución del 18 de julio de 1994. App. No. 13580/88, párr. 24,
- TEDH. *Schuler-Zraggen v. Suiza*. Resolución de 24 de junio de 1993. App. No. 14518/89, párr. 67
- TEDH. *Burghartz v Suiza*. Resolución del 22 de febrero de 1994. App. No. 16213/90, párr. 27.

Artículo 13. Derecho al asilo/refugio: un derecho humano plenamente exigible en México

Teresita del Niño Jesús Lucía SEGOVIA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho de asilo y derecho de refugio*. III. *Refugiado/asilado*. IV. *Derecho humanos o prerrogativa del Estado*. V. *Elementos del derecho de asilo/refugio*. VI. *Conclusión*.

PALABRAS CLAVE: Asilo; Refugio; Cláusula de inclusión; Cláusula de exclusión; Principio de no devolución; Reunificación; Confidencialidad.

I. Introducción

El presente artículo busca establecer los parámetros a partir de los cuales las autoridades mexicanas deberán analizar, en el futuro, los casos particulares que se le presenten donde una persona solicite ser declarada asilada/refugiada.

Para ello, se hará una breve referencia a la resolución nacional que recayó al expediente Varios 912/2010 como fundamento de la nueva forma en que deben entenderse y aplicarse los derechos humanos en México; posteriormente, se presentará el derecho de asilo/refugio como un derecho constitucionalmente protegido; para finalmente concluir con una breve exposición de los lineamientos internacionales que han sido fijados en relación con el derecho en cuestión.

Ahora bien, dentro de esta última parte se tratarán los siguientes temas específicos: diferencias entre asilo y refugio, personas sujetas a protección, reconocimiento del estatuto de refugiado como derecho humano, principios específicos del Derecho Internacional de los Refugiados y derechos destacados que deberán ser especialmente protegidos a los solicitantes de asilo/refugio.

Dado que la intención de la presente compilación consiste en ofrecer los elementos que conforman el contenido de los derechos humanos aplicables en México a la luz de la juris-

prudencia nacional e internacional, me parece importante comenzar este artículo haciendo una breve referencia a la reciente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en el expediente varios 912/2010,¹ pues en ella se fijaron importantes bases para la protección jurisdiccional de los derechos de la persona humana, al adoptar criterios que deberán guiar la actuación de las y los jueces del país favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia a través del control de constitucionalidad y convencionalidad.

Según se observa de su texto y del contenido de los debates públicos del Pleno de la SCJN que le dieron origen, fueron dos los elementos que convergieron en su análisis: 1. El texto vigente del artículo 1o. constitucional, publicado el 10 de junio del 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* en el marco de la reforma constitucional en materia de derechos humanos; y, 2. Una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte"), el 23 de noviembre de 2009, que condena al Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco a manos de efectivos del Ejército, ocurrida en 1974 en el Estado de Guerrero.

Ahora bien, el aspecto más conocido de esta resolución es que en ella se determinó que los militares que cometan violaciones a los derechos humanos en contra de civiles serán juzgados por tribunales civiles y no por los del fuero castrense; sin embargo, a mi juicio, la parte realmente trascendente de dicho documento jurídico se ubica en los lineamientos que fija la SCJN en relación con el control de la convencionalidad, arribando a las siguientes conclusiones:

- Las sentencias emitidas por la CIDH en contra del Estado mexicano constituyen cosa juzgada y son vinculantes para todas las autoridades, por lo que la jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione su validez, siendo lo único procedente acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos.
- La jurisprudencia de la Corte que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, bajo la aplicación del principio *pro personae*.

¹ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Publicada en el *DOF* el 04/10/2011.

- Los jueces nacionales inicialmente deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.
- Todos los jueces nacionales deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad, lo cual implica que si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados internacionales en esta materia.

Habiendo dejado establecidos los lineamientos de interpretación y aplicación de los derechos humanos en general a los que están obligados todos los impartidores de la justicia mexicana, procede ahora referirnos al tema concreto del derecho al asilo/refugio, en tanto que éste constituye la columna vertebral del presente artículo.

II. Derecho de asilo y derecho de refugio

En este orden de ideas, con el fin de dar cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, el Estado mexicano reformó recientemente la Constitución a efecto de ampliar el reconocimiento, protección y promoción de aquellos derechos contenidos tanto en dicha Constitución como en los tratados internacionales, dotándolos de plena exigibilidad y protección judicial.

En el marco de esta reforma integral, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, se agregó al artículo 11 un segundo párrafo conforme al cual se incorpora al ámbito constitucional el derecho de asilo/refugio, en los siguientes términos: "En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones".

Como una cuestión de orden, debo comenzar precisando que, cuando menos en las últimas décadas, la SCJN no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido y alcance del derecho humano en cuestión, quizá debido a la ausencia de éste en la Constitución, o tal vez por la tradicional concepción de que no es un derecho sino una prerrogativa del Estado.

Sin embargo, lo cierto es que, dada la reciente reforma constitucional y tomando en consideración la resolución del caso varios 912/2010, al que ya se hizo alusión, se hace necesario plasmar los principales estándares internacionales y regionales del derecho humano al asilo/refugio que deberán ser atendidos por los órganos jurisdiccionales mexicanos al momento de resolver un asunto donde la litis planteada esté relacionada con un solicitante de este derecho.

Retomando la redacción del segundo párrafo del artículo 11 constitucional, el primer aspecto que salta a la vista es que se hace referencia a dos figuras jurídicas, a saber, "asilo" y "refugio", ambas, partes integrantes del derecho internacional de protección de la persona humana que se distinguen por ser instituciones jurídicas con una vocación predominantemente humanitaria.

Conviene precisar que sólo en América Latina se hace esta supuesta diferenciación entre conceptos y sistemas, pues en el resto del mundo se habla de asilo y de solicitantes de asilo, siendo que este concepto abarca el contenido de ambas figuras.

Sin embargo, dado que México es parte del sistema americano, resulta conveniente especificar los aspectos en los que se ha considerado que radica la diferencia, mismos que se refieren a las causas y a las consecuencias del estatuto.

En efecto, se ha considerado que la figura del asilo se concede por parte de los Estados en ejercicio de sus facultades discrecionales a una persona que alega ser perseguida por motivos políticos y, en el caso del asilo diplomático, puede ser otorgado sin necesidad de que el perseguido haya abandonado el país del que desea salir y se rige por convenciones expresas entre los Estados Contratantes, particularmente, las convenciones sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial de Caracas de 1954.²

² OEA, *Convención sobre Asilo Diplomático*, Caracas Venezuela, Adoptada el 28 de marzo de 1954; OEA, *Convención sobre Asilo Territorial*, Caracas, Venezuela, Adoptada 28 de marzo de 1954.

Por su parte, el estatuto de refugiado no se otorga por los Estados, sino que se reconoce a partir de la actualización de los elementos que se prevén en las convenciones internacionales, particularmente la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951³ y su Protocolo de 1967,⁴ razón por la cual se afirma que, en estos casos, los Estados sí están obligados a proporcionar la protección internacional que solicita el refugiado; además, las causas de persecución no se restringen al ámbito político, sino que abarcan otros motivos, tal como se verá más adelante.

Pese a lo expuesto y a la aludida diferencia de causas y consecuencias, el resto del derecho internacional asume ambas figuras como un solo derecho, toda vez que éstas se encuentran íntimamente relacionadas.

En efecto, tanto el asilo como el refugio, surgen de la necesidad de resolver una problemática de orden social, impuesta por las circunstancias, en virtud de persecuciones derivadas de diversos motivos, tales como políticos, de raza, religión, conflictos armados internacionales y no internacionales, violaciones masivas de derechos humanos, etc., siempre que la salida de las personas físicas sea con el objeto de salvaguardar derechos tales como la vida, la libertad o la integridad física, que son la base de la esfera jurídica inherente a todo ser humano.

Así pues, el asilo/refugio es un derecho humano reconocido como la institución jurídica que hace efectivos los derechos de los refugiados a nivel internacional, en tanto personas que engloban una categoría de población especialmente vulnerable, cuyo contexto y complejidad implica necesariamente la aplicación convergente e interrelacionada de los criterios y principios normativos que permean las tres ramas de lo que se ha dado en llamar "Protección de la Persona Humana".

Ahora bien, por cuanto hace a México, sobre el particular, resultan aplicables diversos tratados internacionales y regionales en la materia, entre los cual destacan, además de los ya citados, la Convención de La Habana de 1928;⁵ la de Montevideo de 1933⁶ y la Convención de Nueva York de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas.⁷

³ AGNU, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, Suiza. Adoptada el 28 de julio de 1951.

⁴ AGNU. *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, Nueva York, Estados Unidos. Adoptado el 31 de enero de 1967.

⁵ OEA, *Convención sobre Asilo*, La Habana, Cuba. Adoptada el 20 de febrero de 1928.

⁶ OEA, *Convención sobre Extradición*, Montevideo, República Oriental del Uruguay. Aprobada el 6 de diciembre de 1993.

⁷ AGNU, *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, Nueva York, Estados Unidos, Adoptada el 28 de septiembre de 1954.

Precisado lo anterior, a efecto de desarrollar los aspectos torales de la propuesta del presente ensayo, la primera pregunta que habría que resolver sería: conforme al segundo párrafo del artículo 11 constitucional interpretado a la luz de los tratados internacionales firmados y ratificados por México, ¿Quién debe ser considerado como refugiado/asilado?

III. Refugiado/asilado

Al respecto, conviene mencionar que el primer instrumento internacional que definió el refugio fue la Convención de Ginebra de 1951,⁸ según la cual, una persona refugiada es aquella que como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1o de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Posteriormente, el Protocolo de Nueva York de 1969 eliminó las restricciones geográfica y temporal de la definición original de refugiado, quedando vigentes las cláusulas de inclusión que establecía la Convención de Ginebra de 1951.

Por su parte, la declaración de Cartagena,¹⁰ amplió los motivos de persecución incluyendo, además de los previstos en la Convención de Ginebra de 1951, los siguientes: violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos armados internos, violación masiva de derechos humanos y otras circunstancias que perturben gravemente el orden público; sin embargo, cabe mencionar que este instrumento regional no forma parte del marco jurídico nacional, toda vez que el mismo no ha sido firmado y ratificado por México.

Así pues, de la anterior definición ampliada se pueden obtener diversos elementos que constituyen las denominadas cláusulas de inclusión y que deben ser considerados para que una persona pueda ser declarada refugiada:

⁸ AGNU, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, *supra* nota 3.

⁹ AGNU, *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*

¹⁰ OEA, *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, Cartagena, Colombia. Adoptada el 22 de noviembre de 1984.

1. Debe ser una persona física; es decir, el derecho a solicitar el estatuto de refugiado es una facultad que concierne a la persona humana no jurídica y, por consecuencia, la aplicación del término refugiado se hará individualmente, sin que el mismo pueda declararse o negarse respecto de un grupo de personas, lejos de ello, las autoridades deberá analizar caso por caso.
2. Debe existir un temor fundado de persecución; en esta parte se deben considerar dos aspectos, uno subjetivo –el temor– y otro objetivo –fundado–.¹¹ Respecto del primer aspecto, el *Manual de procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiado* propone que se analicen tanto las reacciones psicológicas del solicitante como de la verosimilitud de las declaraciones que estén integradas en el expediente; y por cuanto hace al segundo elemento, el mismo Manual refiere que éste quedará acreditado si el individuo logra presentar indicios suficientes relativos a que la vida se ha vuelto intolerable para él en su país de origen por las razones indicadas en la definición, o que lo sería, por las mismas razones, si regresara.¹²

Deben destacarse dos aspectos importantes sobre el tema de la persecución en sí misma, el primero, en el sentido de que, contrario a lo que han considerado algunos Estados, ésta no necesariamente debe actualizarse de manera individualizada, pues una persona puede ser perseguida por su pertenencia a determinado grupo y no por sus condiciones especiales; el segundo, en el sentido de que no es necesario que sea el Estado quien persiga al solicitante de refugio, pues basta que sea el aparato estatal quien no pueda o no quiera proteger al solicitante.

3. La persecución debe ser por los siguientes motivos:
 - Raza; entendido en su aspecto amplio, es decir incluyendo las cuestiones étnicas,¹³ de *raza, color, descendencia, u origen nacional*¹⁴

¹¹ Cfr. Jaeger, G. *Status and International Protection of Refugees*, UNHCR, 1978; WEIS, P. *The concept of Refugee in International Law*, U.N. Doc HCR/INF/49, Journal du Droit International, 1960.

¹² Cfr. ACNUR: *Manual de procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 1988*. Adoptado el 1 de diciembre de 1992, párr. 12 y 13.

¹³ Cfr. Consejo de la Unión Europea, (96/196/JAI), de 4 de marzo de 1996, punto 7.

¹⁴ Cfr. AGNU, *Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Resolución 2106 A (XX) del 21 de diciembre de 1965. art. 1

- Religión; En este aspecto, no es suficiente pertenecer a una comunidad religiosa, sino que deben producirse discriminaciones graves basadas en las convicciones religiosas del individuo.
 - Nacionalidad; también entendida en el concepto amplio, es decir, la pertenencia dentro de un mismo Estado de un grupo diferenciado por su identidad cultural o lingüística o por sus relaciones con la población de otro Estado, incluyendo a los apátridas.
 - Pertenencia a determinado grupo social; se refiere a la existencia de un grupo con el mismo origen y modo de vida.¹⁵
 - Opiniones políticas. Deben producir un conflicto político entre el individuo que alega persecución y el Estado que persigue.
4. La persona se encuentre fuera del país de su nacionalidad; elemento que resulta de suma importancia, toda vez que implica proporcionar protección internacional, misma que si se otorgara dentro del territorio del agente persecutor podría generar serios problemas diplomáticos. Un ejemplo claro fue el único caso que sobre la materia ha llegado al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia, también conocido como "caso Haya de la Torre", que ocasionó graves fricciones entre Perú y Colombia.¹⁶
5. Imposibilidad de recibir protección del país (de nacionalidad o residencia); requisito estrechamente vinculado con la situación de vulnerabilidad y desprotección del perseguido y puede actualizarse de manera objetiva –"no pueda" o subjetiva–"no quiera".

Así pues, bajo estos criterios queda claro quién debe ser considerado refugiado conforme a los lineamientos internacionales en la materia; sin embargo, puede suceder que aún cuando una persona reúna los elementos necesarios para serlo, el Estado mexicano no deba reconocerle el estatuto de refugiado en virtud de que se actualicen ciertas circunstancias especiales, las cuales se han dado en llamar "cláusulas de exclusión" y están previstas en el artículo 1o., letras D, E y F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

¹⁵ Cfr. Consejo de la Unión Europea. (96/196/JAI), de 4 de marzo de 1996, punto 7.5.

¹⁶ Cfr. ICJ, *Caso Haya de la Torre*, sentencia de 13 de junio de 1951. (C.I.J. Recueil 1951, pág. 71).

Las primeras dos circunstancias se fundamentan en que la persona no necesite el refugio por contar previamente con otro tipo de protección, bien internacional, bien nacional; en el primer caso se refiere al amparo que brindan organismos de Naciones Unidas distintos del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR), como sucedería con los refugiados palestinos, para quienes la Asamblea General de Naciones Unidas, creó mediante la resolución 302(IV) de 1949 el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (UNRWA); mientras que el segundo abarca a aquellos a los que el Estado donde hayan fijado su residencia les reconozca los derechos y obligaciones propios de los nacionales de ese país.

La otra razón por la que una persona quedaría excluida del concepto de refugiado está relacionada con el no merecimiento del estatuto debido a la comisión de hechos delictuosos por parte del solicitante de refugio; así, deberá negársele este reconocimiento a aquellos que hayan cometido crímenes internacionales (contra la paz, contra la humanidad o de guerra), delitos graves del orden común fuera del país de refugio, o actos contrarios a los fines y principios de las Naciones Unidas.

Una vez que han quedado asentados los criterios a partir del cual una persona es merecedora del estatuto de refugiado, la siguiente cuestión a tratar consiste en determinar si este estatuto se otorga o se reconoce por parte de los Estados.

IV. Derecho humano o prerrogativa del Estado

Tradicionalmente, en América Latina el asilo fue concebido como una potestad estatal, sin embargo este concepto comenzó una transformación a partir de su inclusión como derecho humano en diversos instrumentos internacionales y regionales, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH), la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).

En efecto, en 1948, la DADDH estableció en su artículo XXVII el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero;¹⁷ por su parte, el mismo año, la DUDH consagró en su artículo 14 el derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país;¹⁸ finalmente, la CADH señala en su artículo 22.7 el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero.

¹⁷ OEA, *Declaración de Derechos y Deberes del Hombre*. Adoptada en 1948.

¹⁸ AGNU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Adoptada mediante la resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Ahora bien, para los efectos del presente artículo, resulta de amplia trascendencia conocer el proceso legislativo que dio origen al artículo 14 de la DUDH. Así, la redacción original que se proponía era: "Todo Estado tiene derecho a dar refugio a los refugiados políticos", esto como consecuencia de reconocer el asilo como derecho del Estado y limitado a los aspectos políticos; posteriormente, al decidir que éste, además de ser una prerrogativa de los Estados, constituía también un derecho humano, se resolvió articularlo en el sentido actual, después de una acuciosa discusión sobre la pertinencia de incluir en la redacción la palabra "recibir", concluyendo en sentido negativo bajo la consideración de que este término daba lugar a una obligación correlativa de los Estados de otorgar el asilo en casos de persecución.

En este orden de ideas, dado el significado que se atribuyó al término "y recibir asilo" en el proceso legislativo que culminó con la DUDH, es de consecuencia lógica concluir que si el mismo es usado tanto en la DADDH como en la CADH, ello implica que los Estados parte, entre los cuales se encuentra México, adquirieron la obligación de reconocer dicho estatuto cuando los requisitos sean satisfechos.

Esta conclusión adquiere mayor relevancia si se considera que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "la Comisión"), al fijar el alcance del artículo XXVII de la DADDH, resolvió que éste era aplicable a casos de persecución por motivos de raza, sexo, idioma y credo,¹⁹ que los "convenios internacionales" pertinentes a los que hace referencia dicho artículo son la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951 y el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1967²⁰ y que da lugar a un derecho, para las personas que buscan refugio, a una audiencia para determinar si reúne las condiciones de refugiado.²¹

Todo lo anterior, permite afirmar que, conforme la interpretación que ha sostenido la CIDH respecto del artículo XXVII de la DUDH, existe una ineludible relación entre el derecho de buscar y recibir asilo y la obligación de los Estados de no denegar el mismo una vez que se acrediten las denominadas cláusulas de inclusión y siempre que no se actualice alguna de las diversas de exclusión, esto a partir de la normativa universal en materia de refugiados, en particular la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951 y el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1967.

¹⁹ Cfr. CIDH, Caso 10.675, Caso de la interdicción haitiana (Estados Unidos), Informe No. 51/96, de 13 de marzo de 1997.

²⁰ Cfr. CIDH, Caso 11.092, Joseph v. Canadá, Informe No 27/93, de 6 de octubre de 1993, párr. 31.

²¹ Cfr. CIDH, Caso 12.067, Michael Edwards v. Bahamas; Caso 12.068, Omar Hall v. Bahamas; Caso 12.086, Brian Schroeter y Jeronimo Bowleg v. Bahamas. Informe No. 48/01 de 4 de abril de 2001, párr. 111

En sentido paralelo, se destaca el estudio realizado en 1984 por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, según el cual, "del alcance humano del derecho de asilo territorial se desprendería (al tenor de la Convención Americana) la obligación correlativa del Estado de refugio de no denegar el asilo cuando se cumplan las circunstancias del párrafo 7 del artículo 22, de persecución (...)"²²

Sumado a lo anterior, si bien la Corte IDH no ha hecho pronunciamiento expreso sobre este derecho, lo cierto es que a lo largo de sus resoluciones es posible encontrar ciertos criterios que permiten interpretar que el artículo 22.7 de la CADH debe ser entendido en el sentido de que el mismo consagra un derecho que no otorgan los Estados sino que éstos deben reconocerlo una vez que se actualicen sus supuestos; así, ha señalado que el sistema de la CADH está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.²³

Lo anterior, me permite concluir que, a la luz de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y derecho de los refugiados, el derecho a asilo/refugio implica conferir a todo perseguido un derecho subjetivo pleno que tiene su correlativa obligación en las autoridades tanto administrativas como judiciales de un Estado de limitarse a declarar dicho estatuto una vez corroborado que se trata de una persona que cumple con los elementos de la definición internacional propia de dicho derecho.

V. Elementos del derecho de asilo/refugio

Ahora bien, el derecho de asilo/refugio debe ser respetado conforme a aquellos elementos fundamentales que rigen su esencia, pues si bien comparte ciertos principios con el resto de las ramas de la protección de la persona humana, como el *pro personae*, la prohibición de discriminar y la progresividad; lo cierto es que existen principios específicos en la protección internacional de los refugiados, entre los cuales destacan:²⁴

- Principio de no devolución o *non-refoulement*.
- Carácter humanitario y apolítico de la protección de los refugiados.

²² Cfr. OEA, *Estudio Comparativo entre los Instrumentos Internacionales de las Naciones Unidas y los del Sistema Interamericano Aplicables al Régimen de Asilados, Refugiados y Personas Desplazadas*, Washington, OEA, 1984, p. 50.

²³ Cfr. Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (art. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 7/86, de 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7, párr. 24.

²⁴ Cfr. OEA AG/Res. 838 (XVI-O/86), 9a. Sesión plenaria, 15 de noviembre de 1986.

- Carácter voluntario de la repatriación.
- Reunificación familiar
- Confidencialidad

En el presente ensayo, se hará referencia sólo a tres de los cinco principios mencionados, pues son los que, para efectos de la propuesta que se presenta, se consideran tienen las mayores implicaciones en un país como México.

El principio de no devolución o "*non refoulement*", previsto en los artículos 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y 22.8 de la CADH, consiste en la obligación de los Estados²⁵ de no enviar a ninguna persona a territorio en donde su vida, seguridad o integridad se encuentren en grave riesgo.

Ahora bien, cabe señalar que si bien la formulación de este principio en ambos preceptos legales es muy semejante, lo cierto es que la contenida en la CADH es más amplia al aplicarse a todo extranjero y no preverse excepción alguna; mientras que la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 restringe su ámbito personal al refugiado y establece que este principio no podrá ser invocado cuando el solicitante constituya un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

En sentido paralelo, el artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura prohíbe conceder la extradición ni proceder a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que peligras su vida, que será sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente.

Por su parte, la CIDH, compiló las reglas jurídicas producto de la evolución jurisprudencial en esta materia, concluyendo que la obligación de no devolución establecida en el artículo 22.8 de la CADH es absoluta y no depende de la condición del reclamante como refugiado; que en los procedimientos de expulsión del territorio se debe tener en cuenta debidamente el principio de *non-refoulement*; y que el Estado que expulsa, devuelve o extradita a una

²⁵ Cfr. Lauterpacht, Elihu y Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, Cambridge University Press, June 2003, consultable en: <http://www.refworld.org/docid/470a33af0.html> [fecha de acceso: 24 Junio 2013]

persona a otro Estado donde existen fundamentos sustanciales para creer que esta persona correrá peligro de ser sometida a torturas, será considerado responsable de la violación del derecho de esa persona a la seguridad o a un trato humano.²⁶

Así mismo, la CIDH, reiteró el respeto a este principio como una obligación suprema de los Estados²⁷ y una norma *de ius cogens*²⁸ afirmando, además, que significa que cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita el reconocimiento como tal, puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión, por lo que dichas personas no pueden ser rechazadas en la frontera, o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones".²⁹

En efecto, en 1993, la Comisión admitió una petición contra el gobierno de Estados Unidos, en la que se denunciaba la práctica de la interceptación en alta mar de embarcaciones provenientes de Haití atestadas de refugiados, obligándolas a retornar a su país³⁰ para, posteriormente, en 1997, resolver que el gobierno denunciado no sólo había violado el artículo XXVII de la DADDH, sino también, que al haberlos enviado masivamente a Haití sin hacer un examen adecuado de su estado, ni concederles una entrevista para determinar si reunían los requisitos de refugiados, había actuado en contravención del derecho de no-devolución, por lo que lo declaró responsable de la violación de los derechos a la vida, a la libertad y seguridad de las personas, a la igualdad y al recurso efectivo, así como al diverso a buscar y recibir asilo.³¹

En igual sentido, la Comisión ha emitido una serie de medidas cautelares a efecto de que los Estados no vulneren el principio de no devolución, entre las que destaca el caso de 6 ciudadanos colombianos que se encontraban en territorio panameño y bajo el control de sus autoridades, a favor de los cuales la Comisión solicitó a Panamá que garantizara el derecho de no-devolución del que gozaban las personas de nacionalidad colombiana en las comunidades de Boca de Cupe, Jaque, Puerto Obaladia y Punusa.³²

En ese mismo caso, la Comisión tuvo la oportunidad de pronunciarse a favor de otro de los principios medulares en esta materia, como lo es la reunificación familiar, pues entre esas

²⁶ Cfr. CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, Capítulo III. H.

²⁷ Cfr. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

²⁸ Cfr. CIDH, OEA/Ser.L/V/II.66, (CIDH, 1985)

²⁹ Cfr. CIDH, Caso 10.675, *Caso de la interdicción haitiana (Estados Unidos)*..., *supra* nota 19.

³⁰ Cfr. CIDH, Caso 10.675, *Caso de la interdicción haitiana (Estados Unidos)*. Informe de Admisibilidad No. 28/93 13 de octubre de 1993.

³¹ Cfr. CIDH, Caso 10.675, *Caso de la interdicción haitiana (Estados Unidos)*..., *supra* nota 19.

³² Cfr. CIDH, *Medidas Cautelares*, abril 25 de 2003.

6 personas se encontraban tres menores de edad que fueron separados de sus padres con motivo de la expulsión a Colombia, por esta razón, el órgano interamericano solicitó al Estado panameño que adoptara las medidas necesarias para salvaguardar su integridad; establecer el paradero de las tres niñas, proteger su seguridad y salud y asegurar la reunificación con sus padres.³³ Así mismo, en el año 2000, la CIDH manifestó a Canadá su preocupación por los efectos nocivos que la espera prolongada en la determinación del estatuto de refugiado causaba sobre la unidad familiar de los solicitantes.³⁴

Por su parte, al emitir su resolución de medidas provisionales por la expulsión masiva de haitianos y dominicanos de origen haitiano por parte de la República Dominicana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitó al Estado que, con base en la protección al derecho de la reunificación familiar, permitiera el retorno inmediato a la República Dominicana de personas que habían sido previamente expulsadas.³⁵

Un tercer principio medular en esta materia lo constituye la obligación de confidencialidad de los Estados, respecto de los hechos narrados por los solicitantes a los funcionarios públicos del país asilante, así como de sus datos personales.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos recomendó a Costa Rica que tomara las medidas necesarias para respetar plenamente el principio de confidencialidad de los expedientes personales de los solicitantes de asilo y refugiados debido a que la información sobre los nombres de cerca de 9.000 refugiados colombianos fue indebidamente compartida por las autoridades de Costa Rica con las autoridades colombianas.³⁶

Los anteriores criterios, reflejan las obligaciones que debe cumplir el Estado mexicano en aquellos casos en los que se encuentre involucrado un solicitante de asilo/refugio, precisando que si bien el artículo 33.1 de la CADH de 1951 prevé excepciones al principio de no devolución, lo cierto es que las mismas no podrían ser invocadas por el gobierno, pues México es parte de la CADH; por tanto, conforme al principio de *pacta sunt servanda* y a la interpretación *pro personae*, para efectos del Estado Mexicano deberá entenderse que el principio en comento es de carácter absoluto.

³³ Cfr. *Idem*.

³⁴ Cfr. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II1106, 28 de febrero 2000.

³⁵ Cfr. Corte IDH, *Resolución de medidas provisionales respecto de la República Dominicana, caso Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, resolución de 2 de febrero de 2006.

³⁶ Cfr. CCPR, Observaciones finales a los informes presentados por los Estados parte, Costa Rica, CCPR/C/CRI/CO/5, del 16 de noviembre de 2000.

Finalmente, conviene resaltar aquellos derechos que, de manera destacada y, en particular, por la vulnerabilidad que presentan los solicitantes de asilo/refugio, deberán ser especialmente protegidos por el Estado mexicano, pues este derecho debe ser leído de manera sistemática con el resto de las obligaciones y derechos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así pues, me referiré, brevemente y de manera concreta, a tres grandes rubros, a saber, el derecho al debido proceso, a un juicio justo y a la protección judicial, el derecho al trato humano y, por último, a la obligación de respetar y garantizar la no discriminación.

Respecto del derecho al debido proceso, a un juicio justo y a la protección judicial, los Estados parte de la CADH, deberán respetar, en los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado/asilado, las garantías previstas en los artículos 8 y 25 del citado instrumento.

Así, en uno de sus informes,³⁷ la Comisión afirmó que la determinación del estatuto de refugiado no debe ser administrativa sino sustantiva, razón por la que deben respetarse las garantías procesales respectivas por lo que, necesariamente, se requiere que los solicitantes de asilo sean oídos al presentar su solicitud. Asimismo, la CIDH señala que el derecho de buscar asilo necesariamente requiere que los solicitantes tengan la oportunidad de presentar su solicitud eficazmente ante una instancia competente, independiente e imparcial, de contar con la asistencia de un abogado, incluso proporcionado por el Estado y, en caso de requerirse, de un intérprete o traductor; así como la opción de acceder a diversos niveles de revisión judicial.

Ahora bien, en relación con el derecho al trato humano, la CIDH ha declarado que los Estados receptores de las personas solicitantes de asilo son responsables de salvaguardar los derechos a la vida,³⁸ a la integridad personal,³⁹ a la libertad personal⁴⁰ y a la salud⁴¹ y atención médica,⁴² entre otros. Igualmente, el proceso de determinación de refugiados debiera dar cumplimiento al principio de no discriminación y respetar el derecho a la igualdad ante la ley,⁴³ en tanto que constituyen normas de *ius cogens* y de obligatoriedad *erga omnes*.

³⁷ Cfr. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos...*, *supra* nota 34.

³⁸ Cfr. CIDH, Informe Anual de 1999, OEA/Ser.L/V/II.06 Capítulo III, C.1.q., párr. 52.

³⁹ Cfr. CIDH, Caso No. 9619, Honduras, Informe de Fondo No. 5/87, 28 de marzo de 1987.

⁴⁰ Cfr. CIDH, Caso No. 9903, *Informe sobre admisibilidad del caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos de América*, No. 51/01, de 4 de abril de 2001.

⁴¹ Cfr. CIDH, Medidas Cautelares, *Nacionales Colombianos...*, *supra* nota 32.

⁴² Cfr. CIDH, Informe Anual de 1999, OEA/Ser.L/V/II.06, Capítulo III, C.1.q., párr. 52.

⁴³ Cfr. CIDH, Caso No. 9903, *Informe sobre admisibilidad...*, *supra* nota 40.

VI. Conclusión

Como se ha visto, los lineamientos internacionales en esta materia atienden a las especiales condiciones de vulnerabilidad en que, por regla general, se encuentran los solicitantes de asilo/refugio; por tanto, llegado el momento, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como los demás jueces y magistrados nacionales, en tanto se ha reconocido la obligatoriedad de realizar un control de convencionalidad, estarán obligados a interpretar el contenido del sentido y alcance del artículo 11 constitucional de acuerdo a la interpretación sistémica y, en particular, de conformidad con el principio *pro personae*.

Criterios jurisprudenciales

1. Criterios nacionales

- Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Publicada en el *DOF* el 04/10/2011.

2. Criterios internacionales

- Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (art. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 7/86, de 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7.
- Corte IDH, *Resolución de medidas provisionales respecto de la República Dominicana, caso Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, resolución de 2 de febrero de 2006.
- CIDH, Caso 10.675, Caso de la interdicción haitiana (Estados Unidos), Informe No. 51/96, de 13 de marzo de 1997.
- CIDH, *Caso 10.675, Caso de la interdicción haitiana (Estados Unidos)*. Informe de Admisibilidad No. 28/93 13 de octubre de 1993.
- CIDH, Caso 11.092, Joseph v. Canadá, Informe No 27/93, de 6 de octubre de 1993.
- CIDH, Caso 12.067, Michael Edwards v. Bahamas; Caso 12.068, Omar Hall v. Bahamas; Caso 12.086, Brian Schroeter y Jeronimo Bowleg v. Bahamas. Informe No. 48/01 de 4 de abril de 2001.
- CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002.
- CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

- CIDH, Caso No. 9619, Honduras, Informe de Fondo No. 5/87, 28 de marzo de 1987, .
- CIDH, Caso No. 9903, *Informe sobre admisibilidad del caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos de América*, No. 51/01, de 4 de abril de 2001.
- CIDH, Medidas Cautelares, abril 25 de 2003.
- CIJ, *Caso Haya de la Torre*, sentencia de 13 de junio de 1951. (C.I.J. Recueil 1951, pág. 71).

El artículo 12 de la Constitución General de la República. Prohibición de títulos nobiliarios

Rafael ESTRADA MICHEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos*. III. *No discriminación vs. Estamentalismo*. IV. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Títulos nobiliarios; Nobleza; Sociedad estamental; Igualdad; Fueros; Prerrogativas; No discriminación.

I. Introducción

Parece pertinente preguntarse si un precepto como el duodécimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), uno de los pocos que no ha sufrido modificación desde que fue promulgado el texto fundamental de 1917, ha sufrido alguna mutación a raíz de la importante reforma de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos.

Por "mutación" hemos de entender, de conformidad con los postulados constitucionales pacíficamente aceptados en el espectro doctrinario comparado, la transformación semántica del precepto legal sin necesidad de verse sometido a reforma, adición o mutilación letrística alguna. Se trata, por tanto, de un cambio cultural y nos parece que, en efecto, sobre todo en razón de la incorporación de un quinto párrafo al artículo 1o. de la Constitución que a una vez incluye dentro del orden constitucional mexicano el principio de dignidad humana y la prohibición de todo tipo de discriminación, la añeja veda de privilegios y títulos nobiliarios debe comenzar a leerse en una forma cultural renovada.

II. Antecedentes históricos

En la República, por virtud del artículo 12, "no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país".

Sorprende la rapidez con la que, apenas caído el primer Imperio (1823), se operó el cambio que permitió pasar desde la sociedad profundamente desigual y aspiracionalmente estamental, a la República basada en la igualdad de leyes para todos y en la superación de las distinciones sanguíneas, linajudas y de castas. Con todo, y a pesar de expediciones legislativas a nivel secundario que desmontaron las pretensiones nobiliarias en la nación recientemente independizada, la Constitución federal y republicana de 1824 omitió referirse a la cuestión de los títulos de nobleza, muy en la línea que había seguido su antecesora la Constitución de Cádiz (1812) vigente en México durante la regencia y el Imperio de Agustín de Iturbide. Es de recordarse, sin embargo, que las Cortes generales de la Monarquía española que expidieron la Constitución doceañista se reunieron a finales de 1810 sin apelar a la antiquísima tradición estamental, es decir, sin considerar estados, estamentos u órdenes para la convocación de la Asamblea que desde un primer momento sesionó en pleno, con un sentido nacional y no corporativo. En agosto de 1811 esas mismas Cortes extinguieron, incorporándolos "a la Nación", todos los señorios jurisdiccionales "de cualquier clase o condición que sean". Ello debe interpretarse, con todo, más como una recuperación de potestades judiciares por parte del aparato estatal de la Monarquía española que como una abolición del estamento nobiliario. De hecho, varios diputados firmaron con sus títulos el decreto promulgatorio de la Constitución de Cádiz el 19 de marzo de 1812.

Pueden comprenderse las reticencias iniciales a atacar de frente al por lo demás incipiente y prácticamente inventado "primer estado" mexicano si se repara en que varios prohombres de la época tardonovohispana, algunos incluso firmantes del Acta de Independencia (28 de septiembre de 1821) pertenecían a él. Es el caso del marqués de San Juan de Rayas, del Apartado, del conde Romero de Terreros, del marqués de Vivanco, del de Salvatierra, del conde de Casa de Heras Soto, del de Jala y Regla y de un no tal largo etcétera. De hecho, un pensador que se reivindicaría a sí mismo como un decidido republicano, el padre Servando Teresa de Mier, sostenía en sus memorias, con un dejo de orgullo, su pertenencia a una cuna noble, nobilísima, rastreable en sus orígenes hasta el mismísimo Cuauhtémoc, así como consideraba que a los estudiantes doctorados en Universidades indianas, montadas según la planta de la Universidad de Salamanca, les correspondían honores nobiliarios y reconocimiento de títulos y tratamientos, lo mismo que a quienes descendían de los primeros pobladores europeos de las Américas, es decir, a los criollos criados —nunca mejor dicho— por los patricios y adelantados del siglo XVI, según disponía una no escrita Constitución histórica de las Indias.

Otro sacerdote, nortño como Mier, el padre Miguel Ramos de Arizpe, contribuyó desde la Europa de sus labores parlamentarias a la Independencia de la América septentrional sobre la base de ofrecer el reino independiente a una noble testa (el Plan de Iguala y los Tratados

de Córdoba la preferían coronada) si bien Ramos Arizpe, con otros compañeros diputados a las Cortes españolas, concibieron la idea de colocarla sobre las sienes del conde de Moctezuma, grande de España, político primodecimonónico de cierta relevancia y, como se puede advertir, descendiente de un linaje que, como pocos, se hallaba vinculado a la Corona de México.

Así las cosas, al advenir la Independencia nadie, o casi nadie, compartía las aspiraciones abolicionistas de otro cura, José María Morelos y Pavón que, en sus *Sentimientos de la Nación* (1813) se había pronunciado por no distinguir entre un americano y otro sino en razón del "vicio" y de la "virtud" con que acompañaran sus actos. Morelos, el gran general de la insurgencia, había sufrido en carne propia el crisol de condiciones que acompañaban a los habitantes de la Nueva España y, si bien su partida de bautizo lo reputaba integrante de la república de españoles, sus oscuros orígenes y su status socioeconómico poco favorecido lo habían llevado al ejercicio parroquial en curatos de poca o ninguna importancia, en la inhóspita tierra caliente michoacana. Así es que estaba por la labor de eliminar "la distinción de castas" y por lograr que "las leyes generales comprendan a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados, y que estos sólo lo sean en cuanto al uso de su ministerio". Es decir, en la línea de su maestro Miguel Hidalgo, Morelos pretendía mantener los no hereditarios privilegios del ministerio propio del segundo estado —el clerical— y no los del nobiliario.

Iturbide en cambio crea, apenas consumada la Independencia, la Orden de Guadalupe con la que premia a actores de las primeras insurgencias y de la insurgencia trigarante. Muy en la perspectiva de Simón Bolívar, concibe la idea de crear una especie de patriciado romano en las familias de los libertadores, patronato que daría a las jóvenes naciones un espacio para la moderación y para la templanza de los desbordados deseos populares. Buscaban ambos, como supo ver Alexis de Tocqueville poco después, evitar los excesos de la Revolución francesa y, en lugar de exterminar al primer Estado (no necesariamente nobiliario pero sí militar), someterlo a las leyes y ponerlo al servicio de la nación, espacio por excelencia de los iguales. La tarea, huelga decirlo, se antojaba titánica y los dos, tanto Bolívar como Iturbide, fracasaron en ella. Sin embargo, apenas caído Iturbide, el licenciado Juan Wenceslao Sánchez de la Barquera se pronunció, en los primeros fastos celebrados en honor del Grito de Dolores (16 de septiembre de 1825), por considerar "a los antiguos y beneméritos patricios... acreedores de la gratitud pública". Había buena disposición hacia la recompensa.

El ideal político clásico grecorromano, recibido y reinterpretado por la Edad Media, buscaba el equilibrio, la moderación y la templanza a través de una Constitución mixta, esto es, de una organización de la *polis* que incluyera a los tres principios de gobierno puro o recto que

sistematizó Aristóteles (el monárquico, el aristocrático y el popular) en un entramado funcional que permitiese a un magistrado gobernar en beneficio de toda la *civitas*, contando con el apoyo, el consejo y la autoridad de los mejores, los magnos hombres integrantes de las primeras familias, y con el poder y la fuerza del elemento ciudadano que andando los siglos sería llamado "tercer estado". La Constitución moderada impedía así caer en formas impuras de gobierno, es decir, en maneras desordenadas que atentaran en contra de la unidad política y se tradujeran en beneficios exclusivos para una sola entre las facciones y en modificación del ancestral y venerado *Ordo iuris*. El buen gobierno, por definición, era gobierno para todos. Y no podía pensarse en obtenerlo y garantizarlo sino a través de la inclusión de los *aristos*, los mejores. Ninguna "soberanía", invención moderna bodiniano-hobbesiana que Robespierre llevará a sus extremas consecuencias, debería poseer la potestad para impedir dicha participación.

Las Cortes del Imperio Mexicano, tan pronto votaron la coronación de Iturbide (si acaso un hidalgo y no un Grande de España o un archiduque austriaco, italiano o Borbón) procedieron a discutir si a su dinastía le corresponderían títulos como los de "princesa de Iturbide" o "príncipe de Michoacán". El diagnóstico de la situación, en esto como en tantas otras cosas, era equivocado: el estamentalismo novohispano había sido bastante artificial, la nobleza (en la mayoría de los casos otorgada) no había conseguido en tres siglos sino mínimas reivindicaciones (las Maestranzas, por ejemplo, no se autorizaron en territorio americano septentrional) y los grandes títulos como los marquesados del Valle de Oaxaca y de Orizaba y el ducado de Atlixco, vinculado por la vía conyugal con la casa de Moctezuma, hallaron siempre en la Corona española enormes reticencias y no poca oposición. Aunque se reconoce, sobre todo en el Quinientos, el peso de la nobleza indígena y no obstante que por tres siglos se le da cierta importancia a la hidalguía (muy extendida, por cierto, en las provincias vascongadas y en la montaña astur-cantábrica, zonas de intensa migración hacia México), pesa más, mucho más, la limpieza de sangre y la antigüedad en la profesión de la fe católica para la integración a los cuerpos privilegiados del Virreinato.

El Reglamento provisional del Imperio (10 de enero de 1822) había reconocido, en su artículo 16, que "las diferentes clases del Estado se conservan con sus respectivas distinciones", pero había introducido también interesantes matices al continuar señalando que conservaba las prerrogativas "... sin perjuicio de las cargas públicas comunes a todo ciudadano. Las virtudes, servicios, talentos y aptitud son los únicos medios que disponen para los empleos públicos de cualquiera especie". Así, al despuntar la vida independiente de México el problema mayor distaba de ser el del reconocimiento de una nobleza nativa y combativa. Si algo revolucionario había tenido la guerra de los once años había sido su carácter superador del Estado

jurisdiccional, esa organización política reacia a las transformaciones en la que gobernar es *jurisdictio*, es hacer justicia (ergo, mantener a cada quien en su sitio), poseedora de una Constitución estamental profundamente enraizada en un orden comunitario para el que la singularidad no es sólo la fuente del privilegio, sino la del derecho mismo. Un derecho al que, por encima de todo, hay que conservar: un orden jurídico dado, preestablecido y, cuando menos en el discurso al uso por tres siglos en la América hispana, indisponible.

Subsistían los privilegios otorgados centurias ha, por una Corona reticente aunque obligada moral y políticamente, a Hernán Cortés y su descendencia. Melchor de Talamantes, el mercenario limeño autor de un importante Plan de Independencia durante los movimientos veraniegos de 1808, exigía reunir un "Congreso Nacional Americano" encargado de "extinguir todos los mayorazgos, vínculos, capellanías y cualquiera otras pensiones pertenecientes a individuos existentes en Europa, incluso el Estado y Marquesado del Valle". El Marqués del Valle de Oaxaca poseía en señorío veintidós pueblos del centro de México, con sus míticos "veintitrés mil vasallos", y recaerá hasta mediados del siglo XIX en la persona de Diego María Pignatelli y Aragón, último señor del Valle.

Morelos y el Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana (Apatzingán, 22 de octubre de 1814) habían procurado modelar una nueva sociedad sobre la base de un Estado de leyes que asegurara la vigencia de una Constitución "liberal" (la palabra, acuñada en Cádiz, se refería a la "generosa" búsqueda de la superación del corporativismo) que no reparara en privilegios estamentales, de nacimiento o de condición, con miras de garantizar a todos la afrancesada "igualdad *en droits*". La liberalidad de Morelos, autoproclamado "siervo de la Nación", se extendía condorcetianamente a ámbitos más materiales que la mera igualdad ante la ley. Pero ello es cuestión que se relaciona con otros preceptos de la Constitución mexicana vigente, marcadamente con los relativos a los derechos sociales, y con la Fraternidad de la tríada tricolor más que con la Igualdad, que es de lo que con el tiempo hablará el artículo 12 constitucional. Por lo pronto, el artículo 25 del Decreto de 1814 establecía que "ningún ciudadano podrá obtener más ventajas que las que haya merecido por servicios hechos al Estado. Estos no son títulos comunicables ni hereditarios, y así es contraria a la razón la idea de un hombre nacido legislador o magistrado", al tiempo en que el numeral 19 ordenaba que la ley fuese "igual para todos, pues su objeto no es otro que arreglar el modo en que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guíen por esta regla común".

Iturbide había comenzado su periplo independentista llamando desde Iguala "americanos" a todos los habitantes del Septentrión aunque tuviesen su origen en Europa, Asia o –muy

importante para los efectos racistas de ciertos artículos gaditanos— África. Con todo, sus proclamas de Independencia y sus actos de gobierno se movieron siempre con ambivalencia frente al jurisdiccionalismo. Entre tanto, había cruzado el Atlántico el afán codificador propio de la Francia bonapartista y de la España veinteañista y no tardaría en rendir sus primeros frutos en tierras mexicanas, más concretamente oaxaqueñas (1827) sobre la base de que la igualdad de los hombres debía traer consigo, en trance de necesidad, la igualdad en las leyes y la abstracción de las circunstancias particulares.

Si bien no se trata de una Orden nobiliaria, la Orden de Guadalupe poseyó a no dudar el carácter privilegiante de las recompensas. Se creó para premiar los servicios prestados a la Nación por la Junta Provisional Gubernativa del primer Imperio, a propuesta del presidente de la propia Junta, Iturbide. El Congreso aprobó sus Estatutos y la Orden fue inaugurada el 13 de agosto de 1822, en el Tepeyac. La componían tres clases de caballeros: los llamados "Grandes Cruces", que tenían los mismos derechos que los nobles "Grandes del Imperio", los "Caballeros de número", con título imperial, y los "Caballeros supernumerarios", que poseían consideración de nobles. Como puede observarse, la "Nación" se comprendía todavía en sentido estamental.

Caído Iturbide, la Orden no será restablecida sino hasta el último gobierno del general Antonio López de Santa Anna (1853), siendo aprobada por Breve pontificio de Pío IX en 1854. Tratándose el de Santa Anna de un régimen republicano, así fuese simulado, las condecoraciones no podían considerarse nobiliarias ni hereditarias. De nueva cuenta la Orden de Guadalupe fue abolida por decreto del presidente Juan Álvarez tras el triunfo del Plan de Ayutla, el 12 de octubre de 1855.

El segundo Imperio mexicano la hará renacer en 1863. El emperador Maximiliano la reforma en 1865 y concede numerosas condecoraciones, sobre todo en grado de Caballero. Maximiliano crea también la Orden Imperial del Águila Mexicana, con vistas a "recompensar el mérito sobresaliente y los servicios hechos al Estado y a *nuestra persona*" y la Orden de San Carlos, santo patrono de la emperatriz, dirigida a "distinguir y premiar en nuestra patria la virtud y la piedad femenil". Las Órdenes serían extinguidas definitivamente con la restauración de la República (1867).

El Estatuto provisional del segundo Imperio (10 de abril de 1865) distó sin embargo de asumir posiciones estamentalistas. Su artículo 58 garantiza "a *todos* los habitantes del Imperio" la igualdad ante la ley, al tiempo en que el artículo 59 establece que los mismos sujetos

"disfrutan de los derechos y garantías, y están sujetos a las obligaciones, pago de impuestos y demás deberes fijados por las leyes vigentes o que en lo sucesivo se expidieren".

Es claro, por contraste, que los regímenes republicanos sortearon problemas a la hora de distinguir entre privilegio y recompensa. Si Igualdad es Constitución, como se ha dicho con fortuna, se comprende que la nula mención que el tema nobiliario le mereció a la Constitución de 1824 permita poner en tela de juicio su carácter extremadamente liberal. Con todo, el gobierno de Guadalupe Victoria procedió a la extinción de los títulos por vía legislativa secundaria sin enfrentar mayores problemas (cosa muy distinta ocurriría con los mayorazgos, fuente de pleitos y litigios hasta bien entrada la vigésima centuria, si bien muy pocos entre ellos vinculados a la nobleza). El 2 de mayo de 1826 se extinguieron "para siempre los títulos de conde, marqués, caballero y todos los de igual naturaleza", aunque la cuestión era —otra vez— más bien nacional que plebeya: al alimón se ordenó destruir "los escudos de armas, y demás signos que recuerden la antigua dependencia o enlace de esta América con España".

Con todos los avatares de nuestro tormentoso Ochocientos, la defenestración del primer estado, la igualdad en los tratamientos y la codificación del Derecho habían llegado para quedarse. De hecho, el segundo presidente de la República, general Vicente Guerrero, pertenecía a una casta originaria del África que hasta pocos años antes, incluso por virtud de la Constitución de Cádiz, había tenido vedado el acceso a las funciones legislativas, censitarias y municipales. Algo había operado revolucionariamente y con extraordinaria velocidad en el México del primer cuarto de siglo.

Sorprende también que la nobleza no "vuelva por sus fueros" (de nuevo, la expresión coloquial es exacta) durante las célebres batallas verificadas entre corporativos e individualistas durante el resto del XIX. Quienes reivindican privilegios son el segundo estado —el clerical— y el estamento militar, tan fuertemente posicionado desde la Guerra de Independencia. Sólo el advenimiento del segundo Imperio (1864-1867) hará resurgir algunos títulos, como el principado de Iturbide y los no nobiliarios vinculados con la Orden de Guadalupe, sin correr con demasiada fortuna, como hemos visto. El emperador Maximiliano dispuso por sí mismo la configuración y el ceremonial de su Corte, al frente de la cual puso, sin que la paradoja pueda pasar inadvertida, al hijo de Morelos, el gran mariscal Juan N. Almonte.

Desde 1824, tomando la tajante afirmación de Cádiz, se dispuso con claridad que la Nación —que era tanto como decir, tras la Revolución Francesa y las sistematizaciones de Sieyès, la reunión de los iguales— no podía ser patrimonio de familia alguna. Con las excepciones monarquistas (y con las simulaciones pseudorepublicanas al uso) tal fue la tónica del siglo.

La ausencia de regulación al nivel constitucional en relación con la supresión de los títulos en 1824 habla del consenso que la igualdad ante la ley (con deberes ciudadanizados, esto es, extendidos a todos sin consideraciones estamentales ni de linaje) ha alcanzado en la primera República. Ahora bien, la necesidad de explicitar la prohibición en 1842 y 1857 puede interpretarse como resultado de un repunte del estamentalismo: ya hemos contemplado al general Santa Anna reponiendo la Orden guadalupana fundada por Iturbide.

En efecto, el célebre proyecto de la minoría de la Comisión de Constitución en el frustrado Constituyente de 1842, suscrito por los diputados Mariano Otero, Octaviano Muñoz Ledo y Juan José Espinosa de los Monteros, pretendía prohibir (artículo 12) la aprobación de leyes que establecieran empleos o dignidades hereditarias, así como órdenes de nobleza y cualquier "otra clase de privilegios políticos". Los tratamientos y las precedencias, importantísimos factores de problemas políticos durante el periodo virreinal, quedarían limitados para los funcionarios al ámbito de "los negocios de oficio". Al proyecto de Constitución de aquel mismo año pasaría el precepto tal cual, con exclusión del asunto de los tratamientos. Es de entenderse que quedaban tácitamente eliminados y que los funcionarios no podrían gozar en delante de título o tratamiento semiestamental alguno.

Entre 1856 y 1857 arrecia el combate a los privilegios. El Estatuto Orgánico provisional de la República prohíbe establecer distinción alguna "por razón del nacimiento, ni del origen o raza" (artículo 73), así como la "erección de mayorazgos y de toda vinculación que tenga por objeto establecer la sucesión hereditaria de ciertos bienes por derecho de primogenitura (artículo 75) y el establecimiento de "empleos ni cargos vendidos, ni hereditarios, ni título alguno de nobleza" (artículo 76). En cuanto a "los tratamientos y consideraciones decretados a los funcionarios, serán en razón del empleo, y no podrán concederse para después de haber cesado en sus funciones", según reza el propio artículo 76.

Por su parte, el artículo 3o. del Proyecto de Constitución Federal (1856) pretende establecer que "no hay, ni se reconocen en la República, títulos de nobleza, ni prerrogativas, ni honores hereditarios. Sólo el pueblo por sí o por medio de sus representantes puede decretar recompensas en favor de los que hayan prestado o prestaren servicios eminentes a la Patria o a la humanidad". Como no se comprende de qué forma puede el pueblo "por sí" decretar recompensas, tras debate en el que destacaron los célebres diputados Ignacio Vallarta, León Guzmán, Ponciano Arriaga e Ignacio Ramírez, el artículo 12 de la Constitución de 1857 quedará redactado en los siguientes términos: "No hay, ni se reconocen en la República, títulos de nobleza, ni prerrogativas, ni honores hereditarios. Sólo el pueblo legítimamente representado puede decretar recompensas en honor de los que hayan prestado o prestaren servicios

eminentes a la Patria o a la humanidad", de lo que puede colegirse que sólo el Congreso de la Unión, a través de ley o decreto, o las legislaturas locales siguiendo el concepto del diputado Melchor Ocampo, podían conceder las mencionadas "recompensas" que, por lo demás, se hallaban injustamente tratadas en el mismo sitio de los "privilegios".

El precepto, pues, fue mutando culturalmente. En 1916-1917 tanto el proyecto del Primer Jefe Venustiano Carranza como el precepto definitivo erradican la confusión entre legítimas recompensas e indebidas prerrogativas hereditarias (las que no se transmitan *mortis causa*, así como los "honores", sí están autorizadas por la Constitución). Tras un par de redacciones confusas, durante el gobierno del presidente Ernesto Zedillo quedó claro, en el artículo 37 constitucional, que aceptar títulos nobiliarios de un gobierno externo es causal de pérdida de la ciudadanía, o bien de la nacionalidad mexicana por naturalización para el caso de que los títulos impliquen "sumisión a un Estado extranjero".

Más allá de reivindicaciones exóticas, como las de los Moctezuma cuya pensión mexicana fue suspendida, por causas económicas y no constitucionales, durante el gobierno del presidente Abelardo L. Rodríguez, lo cierto es que hoy el artículo 12 admite nuevas lecturas: es uno de los múltiples preceptos fundamentales que mutó con la transición democrática y con la reforma a otros artículos constitucionales, destacadamente al primero.

III. No discriminación vs. estamentalismo

La tajante prohibición a "todo tipo de discriminación" (artículo 1o. quinto párrafo de la Constitución) y la elevación al texto del principio de dignidad humana, válvula fundamental para la operación del Estado constitucional social y democrático de Derecho basada en la irrepetible unicidad de todo ser humano y en su carácter de fin en sí mismo, cierran las puertas legales a nuevas formas de estamentalismo no necesariamente nobiliarias. Lo propio hace la irrefutable incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al orden constitucional mexicano, puesto que la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) asegura que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (artículo 1o.) al tiempo en que tutela los derechos y libertades de "toda persona... sin distinción de... origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (artículo 2o.) en un marco de igualdad absoluta ante la ley para "todos" (artículo 7o.). Todo ello fue confirmado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y, en el ámbito nacional, como hemos visto, por la fundamental reforma promulgada por el presidente Felipe Calderón en 2011.

No basta ahora con no dar efecto alguno a los títulos heredables. Se requiere combatir los privilegios que indebidamente poseen aparatos corporativos que, si bien gradúan la desnudez del individuo en su relación con el Estado (es decir, introducen matices al sueño liberal), lo hacen con vistas a asegurar privilegios (esto es, leyes privadas, no republicanas) a sus integrantes, quienes son por tanto miembros de un selecto club privado al cual, encima, el ingreso se halla dificultado, que es tanto como decir no ciudadanizado.

La reforma de 2011 remueve los obstáculos para que los organismos públicos de defensa de los Derechos Humanos conozcan de violaciones a derechos fundamentales en materia laboral. Más allá de que la determinación de lo "laboral" puede resultar complicada, así como del debate en torno a la oponibilidad procesal de los Derechos Humanos a entidades que no son estrictamente públicas, lo cierto es que cuerpos estamentales o semiestamentales como los sindicatos de trabajadores y de empleadores violentan sistemáticamente derechos individuales a través de figuras como la cláusula de exclusión. Además, las prerrogativas que se generan mediante mecanismos semejantes son frecuentemente heredadas con base en criterios asociados al parentesco.

Tampoco son de recibo constitucional los privilegios que, por medio de sociedades anónimas, se transfieren hereditariamente en ámbitos fiscales o de financiamiento público. Las exenciones tributarias y las contrataciones públicas negociadas con lo que Luigi Ferrajoli llama "poderes salvajes", corporaciones de difícil identificación y de irresponsabilidad casi absoluta para efectos prácticos, requieren una lectura mucho más estricta desde las perspectivas que ahora abre el renovado texto fundamental.

Por lo que hace a los partidos políticos, entidades de interés público según refiere la Constitución, aún cuando los organismos de tutela a los Derechos Humanos siguen sin poseer competencia para conocer de asuntos electorales lo cierto es que el acceso de los ciudadanos a los organismos que poseen el monopolio en la posibilidad de sugerir candidatos para los puestos de elección popular posee rango de derecho fundamental, por lo que asegurar su universalidad y su inalienabilidad es obligación de todo funcionario de la República, en especial de aquél que labora en órganos de Justicia constitucional y, también, del que tiene a su cargo funciones en los organismos autónomos que llamamos *Ombudsman*. La materia, pues, no es solamente "electoral".

En todo caso, la expresión "prerrogativas" aplicada a los apoyos y subsidios que reciben los partidos políticos mexicanos es desafortunada y padece un fuerte tufo estamental. Los partidos, como derivación de una interpretación corporativa y no constitucional, se tornan

entidades de interés público pero de restricción privatística del acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder republicano.

IV. Conclusiones

En lo que atañe a la entidad de la reforma constitucional de 2011, considerando la naturaleza otorgada de la mayor parte de los títulos nobiliarios novohispanos y mexicanos, no cabe alegar reconocimiento alguno de derechos previos a la suscripción del *pactum societatis*. En el estado previo al político, es decir, en el estado de naturaleza que suponemos anterior a los imperios mesoamericanos no existe, por definición, aristocracia. Por lo tanto, los Derechos Humanos que el Estado mexicano "reconoce" ahora no tienen que ver con prerrogativas que, amén de no poder ser prepolíticas, no poseen calidad universal alguna, también por definición. No hay distinción posible por razones de sangre u origen en el orden constitucional mexicano.

La dignidad humana, principio que con su inclusión textual abre una nueva e importantísima etapa en la interpretación de nuestra Constitución, no puede estar condicionada a la pertenencia a estamento, facción, corriente, organización o comunidad alguna. Es tan esencial al ser humano que por sí misma explica toda aplicación y operación del Derecho, puesto que se debe favorecer "en todo tiempo a las personas la protección más amplia" (artículo 1o. segundo párrafo). Huelga decir que con ello, extendido el concepto de "persona" mucho más allá incluso que el de "ciudadano" (ese último reducto del privilegio que ha denunciado Ferrajoli), las disposiciones privativas y privilegiantes no tienen razón de ser.

Sobra afirmar también que sólo una educación efectiva que, como ya decía el artículo 3o. constitucional antes de la reforma, contribuya "a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la *dignidad* de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los *privilegios* de razas, de religión, de *grupos*, de sexos o de individuos" dejaremos de ser material, y no sólo formalmente, un Estado estamental.

Igualdad ante la ley

Karlos CASTILLA JUÁREZ*

* Maestro en Derecho por la UNAM y doctorando en la Universitat Pompeu Fabra.

SUMARIO: I. *A manera de introducción.* II. *Las normas integrantes del bloque de constitucionalidad respecto a la igualdad ante la ley en México.* III. *Algunos elementos teóricos respecto a la igualdad ante la ley.* IV. *¿Qué dice la jurisprudencia respecto a la igualdad ante la ley?* V. *Un entendimiento deseable de la igualdad ante la ley a manera de conclusión.*

PALABRAS CLAVE: aspecto normativo, bloque de constitucionalidad, aspecto teórico, igualdad, desigualdad, ley, principio *pro persona*, legislador, juez, diferenciación, discriminatoria, objetiva, razonable, jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

I. A manera de introducción

"Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos". Eso estableció el artículo 1o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, como un fiel reflejo de la máxima cuya formulación más simple era que "todos los hombres son o nacen iguales", la cual recorrió todo el pensamiento político occidental, desde los estoicos al cristianismo primitivo, para renacer con un nuevo vigor durante la Reforma, asumir formas filosóficas en Rousseau y los socialistas utópicos,¹ hasta trascender en dicha declaración y otras de la época como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, para finalmente encontrarse plasmada con ciertos matices y actualizada a la época en las declaraciones y tratados de derechos humanos que hoy se encuentran vigentes, así como en muy diversos textos constitucionales en prácticamente todas las latitudes del mundo. Sin embargo, tanto ha cambiado y evolucionado el entendimiento de igualdad, que hoy el hecho de que aquellos históricos documentos y los más recientes establezcan la igualdad del "hombre" y no de la persona o del ser humano, a fin de incluir también a la mujer, entre otros sectores de la sociedad, es una muestra de que

¹ Cfr. Bobbio, Norberto, "Igualdad y libertad", Paidós-ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, p. 68.

la igualdad de ayer, no es la igualdad de hoy, pese a que su esencia sea la misma y los objetivos se mantengan en los mismos parámetros de materialización.

Hablar de igualdad necesariamente nos lleva al planteamiento de debates filosóficos, políticos y jurídicos profundos que en mucho tocan lo antes señalado y que de una u otra manera nos llevan a plantearnos las preguntas: ¿iguales en qué? ¿iguales de qué? ¿iguales para qué? Responder a estas preguntas es un tema apasionante que al final, más que mostrarnos que es la igualdad, nos da un fiel reflejo de que los seres humanos no somos realmente iguales pues cada respuesta que se dé será distinta, así como que la naturaleza (o en quien se crea) nos ha hecho desiguales y que al final, la igualdad es tan sólo un constructo humano que busca que todos y todas seamos tratados, comprendidos y ubicados de la misma manera que otro u otras, al estar en las mismas circunstancias, sin importar las cualidades privilegiadas que la naturaleza nos haya dado, las desventajas que por nacer en algún lado se nos hayan impuesto, las diferencias que por cualquier razón tengamos. Pero por apasíonate y profundo que sea esto, en este documento sólo podre ocuparme de una parte muy acotada de la igualdad, de una manifestación de dicho principio: la igualdad ante la ley. Lo cual tampoco es poco, ya que éste, como todas las formulas igualitarias, es expresamente genérico y puede ser dotado de muy diverso contenido, según los objetivos que se busquen, esto es, una igualdad real-materializable, o una igualdad discursiva y retórica.

No obstante ello, tampoco nos ocuparemos de dicho derecho con fines de una construcción académica amplia y propositiva que se inserte en los debates genéricos o filosófico-jurídicos del tema, sino tan sólo de la igualdad ante la ley que es deseable que se configure teniendo como base diferentes componentes del sistema jurídico mexicano, es decir, lo que buscaremos en el marco del presente libro es aportar una herramienta que cualquier practicante del derecho en México pueda utilizar a fin de entender y definir los alcances y configuración de la igualdad ante la ley en nuestro país.

Para lograr eso, lo primero que debemos dejar en claro es que el entendimiento de la igualdad ante la ley en México sólo puede construirse a partir de asimilar que nuestro sistema jurídico se encuentra integrado por las normas de origen nacional –Constitución *stricto sensu*, leyes– y las normas de origen internacional –tratados–, no sólo a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, sino desde antes por medio del artículo 133 constitucional. Pero que, con el nuevo

contenido del texto constitucional, principalmente el artículo 1o. en sus tres primeros párrafos,² no debe existir razón alguna para negar ello, porque ahora ya no se deja lugar a dudas respecto al valor que tienen los derechos humanos contenidos en tratados, al ya no sólo ser éstos parte integrante de la Ley Suprema de la Unión, sino que también son fuente constitucional de derechos humanos, y además, son integrantes del bloque de constitucionalidad que en materia de derechos humanos está integrado por dos cuerpos normativos: i) los contenidos en la conocida como Constitución –Constitución *stricto sensu*–, y ii) los contenidos en los tratados en materia de derechos humanos de los que México es parte –Constitución *lato sensu*–.

Así las cosas, a continuación estableceré, en primer término, cómo se integra el bloque de constitucionalidad en materia de igualdad ante la ley, para lo cual, citare las normas integrantes y señalaré cuál de ellas es la que debe prevalecer en caso de conflicto entre normas integrantes del bloque de constitucionalidad en aplicación del principio *pro persona* contenido en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. En segundo término, desarrollaré algunas ideas que una parte de la doctrina ha establecido respecto a lo que debe entenderse por igualdad ante la ley, a fin de conocer algunas de sus aristas, complejidad y valor polémico, que permitirán en la práctica jurisdiccional y legislativa, avanzar en su configuración específica, y ya no a partir del principio general de igualdad en el que suele subsumirse y perder su sentido originario.

En tercer lugar, estableceré la manera en la que la jurisprudencia nacional e internacional ha ido moldeando, acotando, ampliando y configurando la igualdad ante la ley, a fin de establecer los parámetros con los que en éste rubro se cuenta. Para este fin, acudiré a sentencias, jurisprudencia y tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Finalmente, con todos esos elementos, buscare establecer un entendimiento deseable del derecho a la igualdad ante la ley, a manera de conclusión, fijando los aspectos que considero pueden resultar necesarios en la elaboración de un test de evaluación de la regularidad, garantía y cumplimiento de las demás obligaciones que respecto a este derecho deben cumplir todas las autoridades en el marco de sus competencias, de conformidad con el párrafo 3 del

² A este respecto véase para mayor detalle: Castilla Juárez, Karlos, "Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México", en *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, No. 2, año 9, 2011 (en prensa, pendiente de publicación).

artículo 1o. constitucional. Sin hacer de lado, algunas otras ideas que como conclusión puedan ser establecidas.

II. Las normas integrantes del bloque de constitucionalidad respecto a la igualdad ante la ley en México

El bloque de constitucionalidad respecto al derecho humano a la igualdad ante la ley está integrado en México por el contenido de los artículos:

- 4o., primer párrafo, del texto constitucional,³ que establece: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. [...]"
- 13, primer párrafo, de la Constitución,⁴ que ordena: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales"
- 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁵ que señala: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."
- 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁶ cuyo contenido es: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

³ Introducido mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

⁴ Pese a que éste artículo no contiene un enunciado explícito de la igualdad ante la ley, por mucho tiempo se ha considerado en México que en él se encuentra contenido de manera específica. El sustento de esa afirmación es en esencia, según lo reflejan los criterios jurisprudenciales que así lo establecen, lo ocurrido durante los debates del Congreso Constituyente de 1856-1857 respecto al proyecto de artículo 2o., que posteriormente se transformaría en el artículo 13 de la Constitución, el cual incluía el enunciado: "Todos los habitantes de la República, sin distinción de clases ni de origen, tienen iguales derechos". Enunciado que al final fue eliminado del texto de dicho artículo por los debates que generó, y por ello, se ha dicho por años que ahí está contenida la igualdad ante la ley. Para más detalles a este respecto se recomienda: Ovalle Favela, José, "Comentario al artículo 13 constitucional", en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política mexicana comentada y concordada*, 16a. ed, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 154.

⁵ Adhesión de México: veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno.

⁶ Ratificación de México: veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y uno.

- 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,⁷ la cual establece de manera amplia y enunciativa: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención,⁸ los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia; b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución; c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas; d) Otros derechos civiles, en particular: i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país; iii) El derecho a una nacionalidad; iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge; v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros; vi) El derecho a heredar; vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión; ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse; iii) El derecho a la vivienda; iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; v) El derecho a la educación y la formación profesional; vi) El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales; f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques."

⁷ Adhesión de México: veinte de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

⁸ Dichas obligaciones en esencia son: condenar la discriminación racial, seguir una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas, promover el entendimiento entre todas las razas, no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial, no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones; enmendar, derogar o anular las leyes que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista; garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por toda persona de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

- 15.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,⁹ que señala: "Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley."
- 5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,¹⁰ el cual establece: "Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna."
- 4. f de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém Do Pará",¹¹ que indica: "el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;"

Todas las anteriores como normas principales que de manera expresa reconocen el derecho a la igualdad ante la ley. Esto, sin olvidar el contenido del artículo II de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre,¹² y el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹³ las cuales por su naturaleza jurídica no ubico como normas integrantes del bloque de constitucionalidad en un sentido estricto por la forma en la cual la Constitución configura dicho bloque, pero sí como importantes referentes normativos e interpretativos, imperativos del derecho internacional de los derechos humanos, que todo practicante del derecho debe tener presentes, no sólo por ser importantes antecedentes de los instrumentos convencionales, sino por la naturaleza de *ius cogens* que se les ha reconocido en el derecho internacional.

Además de ello, también vale la pena precisar que el hecho de que en la anterior enunciación de normas integrantes del bloque de constitucionalidad en materia de igualdad ante la ley no esté mencionado el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional,¹⁴ ni el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo 2.1 del Pacto Internacional de

⁹ Ratificación de México: veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y uno.

¹⁰ Ratificación de México: diecisiete de diciembre de dos mil siete.

¹¹ Ratificación de México: doce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

¹² Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

¹³ Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

¹⁴ Antes del once de junio de dos mil once, tercer párrafo del artículo 1o. constitucional.

Derechos Civiles y Políticos, entre otros artículos de tratados de los que es parte México,¹⁵ no es un error ni omisión en el estudio de este tema, ya que dichas normas incluyen el principio general de igualdad, como componente axiológico que vincula de modo general e irradia todo el ordenamiento jurídico, pero no, de manera particular al derecho a la igualdad ante la ley.

Años atrás, en los que el desprecio al derecho internacional de los derechos humanos era más amplio, al no existir un mandato que al menos como hoy lo haga despreciable pero "positivamente" obligatorio de observar, estudiar el principio general y el derecho particular en un todo resultaba lo mismo, pero hoy, en mi opinión, debemos articularlos de manera independiente, a fin de que sólo tengan puntos de encuentro en donde sea necesario, pero que no quede uno subordinado al otro, pues ello sólo limita el desarrollo del derecho y el entendimiento del principio, limitando el primero por temor al segundo, o expandiendo el segundo con sustento en el primero en materias donde la igualdad y no discriminación son más bien temas de equidad, o igualdad en otros ámbitos ajenos a análisis normativos. Lo cual es importante recalcar, toda vez que, como más adelante se observará, los más importantes desarrollos jurisprudenciales mexicanos se han dado en torno al principio general de igualdad y no de la igualdad ante la ley, limitando a éste último a meras cuestiones de generalidad y abstracción de la ley, olvidando todo lo que puede significar y la manera en que debe ser garantizado.

Hechas esas precisiones, hasta octubre de 2011, y en tanto no sea adicionada la Constitución *stricto sensu* ni *lato sensu* con una nueva norma, el bloque de constitucionalidad mexicano en materia de igualdad ante la ley está conformado esencialmente por las 7 normas antes citadas. Siendo en mi consideración, la más limitada en su formulación y alcance la contenida en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y las que

¹⁵ Algunos de estos instrumentos internacionales son: AGNU, Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945, artículo 1.3; OEA, Carta de la OEA, No. 1-C de 30 de abril de 1948, artículo 3.I; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", No. A-52 de 17 de noviembre de 1988, artículo 3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículos 2.2 y 3; *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículo 2; *Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores migratorios y de sus familiares*. Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 artículos 1.1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43.1, 43.2, 45.1, 48, 55 y 70; Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, resolución 36/55 de 25 de noviembre de 1981, artículos 2 y 4; OIT, Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, 18 de junio de 1988, 2.d; Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), 1o. de julio de 1949, artículo 6; Convenio No. 111 relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, 25 de junio de 1958, artículos 1 a 3; Convenio No. 143 sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), 24 de junio de 1975, artículos 8 y 10; Convenio No. 168 sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo, 21 de junio de 1988, artículo 6; UNESCO, Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 14 de diciembre de 1960, artículos 1, 3 y 4.

favorecen en todo tiempo a las personas la protección más amplia, las contenidas en los artículos 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III. Algunos elementos teóricos respecto a la igualdad ante la ley

De las diversas determinaciones históricas de la máxima que proclama la igualdad de [todas las personas], la única universalmente recogida, cualquiera que sea el tipo de constitución en la que esté inserta y cualquiera que sea la ideología sobreentendida, es la que afirma que "tod[as las personas] son iguales frente a la ley", o, con otra formulación, "la ley es igual para todos".¹⁶ Pero pese a esa universalidad que no sólo se refleja en las normas de origen nacional, sino como también hemos visto en las normas de origen internacional, está lejos de ser claro en su sentido, contenido y alcances. Esto es así, ya que, por ejemplo, no hay total consenso si el mandato que incluye está dirigido a los jueces, y en general a quienes aplican el derecho, o también al legislador, y en general a quienes crean normas jurídicas, lo que ha dado lugar a diversas interpretaciones no siempre coincidentes.

En donde sí hay coincidencia plena es en dos aspectos. Primero, que la igualdad ante la ley es un reflejo o una de las manifestaciones del principio de igualdad,¹⁷ siendo, como veíamos, una de las manifestaciones más diseminadas en las normas jurídicas del mundo. Aspecto importante a destacar y tomar en cuenta, porque si bien el principio general de igualdad recoge a la igualdad ante la ley, ésta es una manifestación particular de aquél, que debe tener un entendimiento propio pese a estar incluido en el más amplio. En México esta distinción no se ha hecho en la práctica y la igualdad ante la ley ha sido devorada por el principio general, en gran medida, considero, por la estrecha visión con la que ello había sido analizado, al utilizar de manera exclusiva el contenido de las normas de origen nacional, y éstas no permitir hacer tal distinción.

La segunda coincidencia, aunque no generalizada en su origen pero sí en sus fines, es que la igualdad ante la ley hoy en día no puede ser vista de otra forma que no sea como un derecho

¹⁶ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 71.

¹⁷ Véase en este sentido, entre otros: Nogueira Alcalá, Humberto, "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas" en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña-Revista jurídica interdisciplinar internacional* (AFDUDC), 10, 2006, p.p. 799-831; Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p.p. 56-89; Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2005, p.p. 47-60; De Lucas, Javier, "La igualdad ante la ley"; en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta J., Francisco, *El derecho y la justicia*, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, p.p. 493-499.

humano,¹⁸ aunque algunos sectores señalan que no es una norma que reconoce un derecho, sino un principio del que, potencialmente, pueden derivar titularidades subjetivas. Lo que al final, es llegar a lo mismo. Además, justificaciones sobran para afirmar que es un derecho humano, basta con señalar la más simple y teóricamente refutable pero cierta, que consiste en revisar el contenido de diversos tratados en la materia y las obligaciones que se generan para los Estados.

En cuanto al tema controvertido, esto es, si es una obligación que debe cumplir el legislador o el juez, en mi opinión, no es una ni otra, sino las dos, al ser un mandato que necesariamente tiene dos momentos: la creación de la ley y la aplicación/evaluación de dicha ley, de ahí que tiene un mandato inicial dirigido al legislador y un mandato derivado al juez, o más aún, de conformidad con el contenido del tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, a todos los poderes públicos.

Inicialmente la igualdad ante la ley implicaba solamente igualdad en el contenido de ésta en cuanto norma general, abstracta y atemporal, además de dotar de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción alguna, porque buscaba eliminar los privilegios y arbitrariedades generados por los regímenes monárquicos y la estructura social estamental. Sin embargo, ello no era suficiente en sí mismo, ni porque la amplitud de la norma permitía que en su aplicación se diera algún tipo de discriminación.

Así, ahora, en la vertiente de creación, la igualdad ante la ley obliga al legislador al establecimiento de las diferencias normativas que sean razonables dentro de la generalidad y abstracción de la ley para que toda persona tenga el mismo trato frente a ésta. De esa manera, en la creación de la norma el poder legislativo se ve cada día más obligado a realizar el valor igualdad, mediante la distinción de los rasgos o características que deben ser objeto de regulación normativa. Para ello, debe conocer la realidad social con la finalidad de establecer diferencias razonables en el contenido de la ley. Esto también significa que el legislador no es más la medida de la igualdad, sino que el legislador está sometido al principio de la igualdad, a no establecer discriminación, a no establecer diferencias arbitrarias, exigiéndole que haga todo lo posible para conseguir que quienes estén en situación de inferioridad puedan conseguir una posición de igualdad real, pero siempre justificando el porqué de ello, su racionalidad y el objetivo que pretende alcanzarse. Lo que al final significa que el mandato de

¹⁸ Cfr. Cruz Villalón, Pedro. "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No.25, Madrid, 1989, p.p. 35 y ss; Nogueira Alcalá, Humberto, "El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional", en *Revista Ius Et Praxis*, año 2, número 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, 1997, p.p. 235-267; Garrido Gómez, Ma. Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, p.p. 83-88.

trato paritario ante las normas obliga a establecer un tratamiento *igual para todas y todos* que no sea *discriminatorio*, pero no impide una *diferenciación* basada en causas *objetivas y razonables*,¹⁹ que sirvan justamente para alcanzar ello. Esto es, el legislador debe tratar a toda persona por igual, con la obligación de establecer las diferencias que sean necesarias para alcanzar ello, mismas que en todo caso debe justificar de manera amplia y detallada por qué son objetivas y razonables.

En el plano de la aplicación, la igualdad ante la ley implica que los órganos encargados de dicha labor no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca previamente, esto es, que la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas.²⁰ Es de una forma simple pero muy clara, una manifestación del principio de legalidad, ya que la igualdad ante la ley en esta manifestación se reduce a una aplicación de la ley tal y como está descrita y sin consideraciones de ningún tipo.²¹ Es, podría pensarse por algunos, una limitante a la labor del juez o de cualquier aplicador del derecho, pero más bien, es una fórmula que asegura que la distinción o ausencia de distinción, se debe aplicar tal y como se encuentra, sin poder hacer una distinción particular en un caso concreto, porque se pre supone que el legislador ya hizo previamente la operación racional y objetiva de justificación, necesidad y objetivos a cumplir con el supuesto contenido en la norma.

Esto no significa que al final y en todos los casos el juez sea un mero aplicador mecánico de la ley, sino tan sólo que, si no tiene la facultad para evaluar la regularidad de la constitucionalidad de una norma, tampoco está autorizado para incluir distinciones, privilegios, salvedades o excepciones, donde la ley no lo ha hecho.

De esta manera, la igualdad ante la ley de manera simple se refleja de dos maneras e incluye dos mandatos específicos: uno al legislador, para crear leyes que generales y abstractas den un tratamiento igual para todas y todos que no sea discriminatorio, y que, en caso de que exista la necesidad de hacer una diferenciación, ésta sólo será válida si está basada en causas objetivas y razonables, que sirvan justamente para alcanzar ello. Otro al aplicador de la ley,

¹⁹ Cfr. García Morillo, Joaquín, "La cláusula general de igualdad", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, V. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 177.

²⁰ Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Madrid, 1995, p.p. 110-111.

²¹ Cfr. Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, p. 54 y ss.

sea juez o cualquier ente del Estado, para no incluir ni hacer distinciones que las normas no hagan y aplicar la ley de manera igual para toda persona, en tanto no tenga facultades para evaluar la regularidad constitucional de la norma y para dejar de aplicar esa por no garantizar la igualdad ante la ley, aplicando otra que sí lo haga.

Así, el derecho a la igualdad ante la ley, en una perspectiva jurídica significa que, en todos los aspectos relevantes, las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo. El derecho a la igualdad ante la ley y en la ley constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias.²²

Por lo que atendiendo a ello, la igualdad ante la ley significa que las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente siempre de manera justificada objetiva, razonable y proporcionalmente, siendo inconstitucional tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes, como asimismo, es inconstitucional tratar de manera diferente a quiénes se encuentran en una misma hipótesis jurídica, desde la creación de la ley y en su aplicación. Por lo que supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas consecuencias jurídicas que también sean iguales y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.²³ Por lo que, no hay duda alguna, la exigencia de la igualdad ante la ley actúa en el momento de legislar y en la aplicación del derecho.

No es el momento ni objetivo de este trabajo profundizar en aspectos teóricos en discusión y construcción del derecho a la igualdad ante la ley, pero tampoco puedo dejar de señalar que ante el doble efecto que genera, con diversos matices, como derivaciones directas de la igualdad ante la ley o bien como expresiones más avanzadas de ello e independientes originadas como parte de la evolución histórica del principio general, se ha señalado que la obligación dirigida al legislador es la igualdad "en" el contenido de la ley, en tanto que la que está dirigida a los aplicadores es la igualdad "frente" a la aplicación de la ley. Matices que en mi opinión, sólo son una precisión terminológica y teórica de las obligaciones que genera el derecho a la igualdad ante la ley, por lo que, ante los fines propuestos, prefiero dejar únicamente planteado el "nuevo" análisis de la igualdad ante la ley.

²² Nogueira Alcalá, Humberto, "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas", *op. cit.*, p. 806.

²³ Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001, p. 39.

IV. ¿Qué dice la jurisprudencia respecto a la igualdad ante la ley?

La jurisprudencia nacional (sentencias, jurisprudencia *stricto sensu* y tesis aisladas) derivada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la jurisprudencia internacional derivada principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos contenciosos y opiniones consultivas) y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es escasa en cuanto a número. Lo más abundante, al menos en la jurisprudencia nacional, deriva del análisis del principio general de igualdad contenido en el antiguo párrafo tercero del artículo 1o. constitucional (hoy quinto párrafo), pese a que algunos de los asuntos en los cuales se ha desarrollado atienen más a un análisis de la igualdad ante la ley, que al principio general.²⁴

En ese sentido, y con el fin de, por una parte, generar el interés en el desarrollo de criterios interpretativos actuales e integradores de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad respecto a la igualdad ante la ley separados del principio general, y por otra, no mezclar ni hacer repetitivo el análisis que respecto al principio general se encuentra desarrollado en el presente libro, únicamente destacaré los criterios más relevantes que existen respecto a la igualdad ante la ley, por limitados que éstos puedan parecer.

1. Jurisprudencia de origen nacional mexicano

Uno de los primeros criterios relevantes en este tema se emitió en la Octava Época, al resolverse el amparo directo en revisión 1122/91, el 18 de agosto de 1992, en el que se analizó como aspecto central la regulación del arrendamiento de inmuebles para casa habitación en

²⁴ Véanse como ejemplo de ello, entre otras, las tesis jurisprudenciales y aisladas: Tesis P./J.30/2011, PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, agosto 2011, p. 11, Reg. IUS. 161228; Tesis 1a./J. 48/2011, SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, junio 2011, p. 141, Reg. IUS. 161756; Tesis 1a./J. 48/2011, Tesis 1a. CIII/2011, NULIDAD DEL MATRIMONIO. EL QUE LOS PRODUCTOS DE LOS BIENES COMUNES PASEN ÍNTEGRAMENTE AL PATRIMONIO DEL CÓNYUGE QUE ACTUÓ DE BUENA FE, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, junio 2011, p. 173, Reg. IUS. 161808; Tesis 2a. XXIV/2011, INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO PRIMERO TRANSITORIO, INCISO B), DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2008). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, marzo 2011, p. 886, Reg. IUS. 162565; Tesis 2a./J. 42/2010, IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, abril 2010, p. 427, Reg. IUS. 164779; Tesis 1a. LIII/2010, LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y PRINCIPIO DE IGUALDAD. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE UN INDIVIDUO PERTENEZCA A MÁS DE UN COLEGIO DE PROFESIONISTAS ES INCONSTITUCIONAL; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, marzo 2011, p. 927, Reg. IUS. 164994.

el Distrito Federal. Para establecer que dichas normas no violaban el artículo 13 constitucional, de manera general se estableció que ello eras así, por el hecho de que el legislador en ejercicio de la facultad que le es propia, regula de forma abstracta y general una clase de relación sin determinar individualmente a una persona o grupo de personas y, por tanto, la igualdad ante la ley prevista en la constitución estaba siendo respetada.

En la sentencia dictada el 22 de febrero de 1995 en el amparo en revisión 85/93, la Suprema Corte analizó la constitucionalidad del artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo que autoriza a la Junta de Conciliación a eximir de la carga de la prueba al trabajador cuando ésta por otros medios pudiese llegar al conocimiento de los hechos. En ese sentido, se estableció que dicho beneficio en favor del trabajador no podía considerarse como un privilegio especial, ya que la norma otorgaba un trato desigual a los desiguales en una relación laboral (trabajadores y patrones) e igual entre iguales (a todos los trabajadores por un lado y a todos los patrones por el otro) si se colocaban en el mismo supuesto normativo y, por tanto, no resultaba violatorio del artículo 13 constitucional. La evaluación de porque eran desiguales, tan sólo se sustentó en la valoración histórica que dicha relación ha tenido, sin sustentar en mayores argumentos la conclusión a la que se llegó.

Más adelante, al resolver la Suprema Corte la acción de inconstitucionalidad 6/99, el 8 de agosto de 2000, en donde se analizó, entre otras normas, el artículo 123, fracción VI, de la Ley del Notariado del Estado de Baja California Sur, dicho tribunal concluyó que la referida norma sí era contraria al artículo 13 constitucional, ya que ésta quebrantaba las características esenciales de generalidad, abstracción e impersonalidad que todo ordenamiento jurídico debe tener, en virtud de que la no observancia de la ley podía recaer sólo en personas determinadas, según el libre criterio del Consejo de Notarios de dicho Estado. Pese a que no se justifica de manera clara y detallada esa conclusión general, por el hecho de que de manera discrecional se dejaba en manos de un Consejo la aplicación de la ley, se consideró elemento suficiente, en torno al que giran todas las argumentaciones, para establecer que con ello se afectaba la igualdad ante la ley. Es poco claro el criterio, pero se construye a partir de la falta de abstracción y generalidad de la ley, no en un estudio estricto de desigualdad.

De este asunto derivó un criterio jurisprudencial,²⁵ y alrededor de ese análisis de la generalidad, abstracción e impersonalidad de la ley para determinar si había o no igualdad ante ésta,

²⁵ Tesis: P/J. 131/2000, NOTARIADO. EL ARTÍCULO 123, FRACCIÓN VI, DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL BOLETÍN OFICIAL DEL GOBIERNO DEL ESTADO EL TREINTA Y UNO DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO, QUE FACULTA AL CONSEJO DE NOTARIOS PARA OTORGAR DISPENSAS EN RELACIÓN CON LAS DISPOSICIONES EN ELLA CONTENIDAS Y DEMÁS ORDENAMIENTOS LEGALES VINCULADOS CON LA FUNCIÓN NOTARIAL, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD JURÍDICA PREVISTA EN

existen muchas resoluciones en el mismo sentido dictadas entre los noventa y los primeros años del dos mil por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²⁶ Por lo que, para evaluar si una ley cumplía con la igualdad, la Suprema Corte se limitaba a establecer si la norma impugnada era general, abstracta e impersonal. Precizando en todos los casos que, eso ocurría aún cuando dicha norma incidiera sobre un conjunto de sujetos que se encontraran en el mismo supuesto, en virtud de que la hipótesis que en cada caso contenía la norma bajo evaluación se establecía por igual para todos los que se situaran en el mismo supuesto legal, sin contraerse a un caso concreto y previsto de antemano y sin que se aplicara en consideración a especie o persona en particular.²⁷

La manera de analizar la igualdad ante la ley en la Suprema Corte cambió de manera importante al resolverse por el Pleno la acción de inconstitucionalidad 2/2002 el 19 de febrero de 2002,²⁸ en donde se analizaba la constitucionalidad de los artículos 20, 21 y 26, fracciones VI y VII, de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado de Coahuila, relacionadas con la equidad de género en materia electoral, al considerarse que al fijar una cuota de representación en la postulación de los candidatos a ocupar puestos de elección popular para diputados de mayoría relativa e integrantes de los ayuntamientos (no más del 70% de candidatos de un mismo género), se atentaba contra "el principio constitucional de igualdad entre el varón y la mujer". Al establecer que ello no ocurría, se dan por primera vez argumentos que empiezan a evaluar de manera diferente la igualdad ante la ley, al establecerse que:

- No implica necesariamente que todos los individuos deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce en el derecho de todos los

EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XII, diciembre de 2000, p. 761, Reg. IUS. 190714.

²⁶ Similar criterio al que se había establecido en los amparos en revisión 1351/99 de 7 de junio de 2000 y 201/99 de 16 de agosto de 2000 que analizaron la Ley del ISSSTELEON, así como el amparo directo en revisión 1235/99, del 17 de abril de 2001, en el que se estudio la constitucionalidad del artículo 2311 del Código Civil para el Distrito Federal. Pero además, es un criterio que viene desde la octava época, cuando se resolvió el amparo directo en revisión 1122/91 el 18 de agosto de 1992, en el que se analizaron los artículos 157 y 426 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, porque dichas normas establecen una regulación abstracta y general, sin determinar situaciones jurídicas referidas individualmente a una persona o numéricamente a un grupo de personas.

²⁷ Con esas mismas palabras lo estableció también en el amparo directo en revisión 1213/2000, resuelto el 24 de enero de 2001, en el que se argumentaba una violación a la igualdad ante la ley por el contenido del artículo 137 bis, fracción XII, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²⁸ En esta sentencia se hace una larga cita y exposición de los principales elementos que introdujo la reforma al artículo 4 constitucional en mil novecientos setenta y cuatro. Lo que llama la atención es que pese a que en parte de la exposición de motivos se citan instrumentos internacionales de derechos humanos, la formulación normativa final en el texto constitucional haya sido tan limitada y al resolver la Suprema Corte tampoco haya hecho uso de los instrumentos internacionales. Estudio similar al que se hace en el amparo directo en revisión 881/2007.

gobernados de recibir el mismo trato, que aquéllos que se encuentran en similar situación de hecho.

- No toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva; por ello, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas, pues en este sentido el legislador no tiene prohibición para establecer en la ley una desigualdad de trato, salvo que ésta resulte artificiosa o injustificada.

Así, en el amparo en revisión 392/2001, por sentencia de 21 de agosto de 2002, al analizar si el artículo 50 bis de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros al disponer que cada institución financiera deberá contar con una unidad especializada que tendrá por objeto atender consultas y reclamaciones de los usuarios violaba la igualdad ante la ley, la Primera Sala de la Suprema Corte para concluir que no había afectación estableció, desarrollando lo antes resaltado, que la igualdad ante la ley debía servir como criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, de manera que opera para que los poderes públicos tuvieran en cuenta que los particulares que se encuentran en igual situación de hecho deben ser tratados de la misma forma, sin privilegio alguno. Aunque este asunto también llama la atención, porque en su desarrollo argumentativo utiliza sin distinción en diferentes momentos los términos igualdad y equidad, así como, igualdad ante la ley como sinónimo de igualdad jurídica, sin sustentar en ninguna parte las razones de ello.

Uno de los criterios relevantes que se ha convertido en jurisprudencia obligatoria²⁹ y que sigue en mucho lo establecido en la acción de inconstitucionalidad antes referida derivó del amparo directo en revisión 1707/2002, cuya sentencia dictada por la Primera Sala es del 12 de noviembre de 2003 y en el cual se analizó el artículo 101 del Código Fiscal de la Federación que preveía los casos en los que no procedía otorgar los beneficios de sustitución y conmutación de sanciones o cualquier otro beneficio a los sentenciados por delitos fiscales, así como los requisitos que debían satisfacerse en los que sí proceda su otorgamiento. Para concluir que no había afectación alguna, la Suprema Corte estableció como criterio relevante, en esencia, que la igualdad ante la ley no implica que todos los individuos deban encontrarse

²⁹ Tesis: 1a./J. 75/2010, DELITOS FISCALES. EL ARTÍCULO 101 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE ESTABLECE LOS CASOS EN QUE NO PROCEDE LA SUSTITUCIÓN Y CONMUTACIÓN DE SANCIONES O CUALQUIER OTRO BENEFICIO A LOS SENTENCIADOS POR AQUELLOS ILÍCITOS, ASÍ COMO LOS REQUISITOS QUE DEBEN SATISFACERSE EN LOS QUE SÍ PROCEDE SU OTORGAMIENTO, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 36, Reg. IUS, 163372.

siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que se refiere a la igualdad jurídica, la cual se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que aquellos que se encuentran en similar situación de hecho. Y que además, en la misma línea de argumentación que la acción de inconstitucionalidad, no toda desigualdad de trato era violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva, de manera que a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas.³⁰

En esta evolución de análisis, uno criterio que sorprende un poco, por ser un regreso al pasado, es el que deriva del amparo directo en revisión 2865/2010, resuelto por la Primera Sala en sesión de 9 de marzo de 2011,³¹ en el que se analizó el artículo 479 de la Ley General de Salud que contiene la "Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato", estableciendo restrictivamente el listado de narcóticos respecto de los cuales se actualiza el delito contra la salud en la modalidad de narcomenudeo. Lo primero que llama la atención es que en ese asunto se regresa al estudio de la igualdad ante la ley a la luz del artículo 13 constitucional, y con ese parámetro, se concluye que no había afectación a la igualdad ante la ley porque no se trataba de una ley de carácter privativo, sino de una disposición legal de aplicación general, abstracta, impersonal y permanente para todos los individuos que se ubicaran en los supuestos que comprendía. Una resolución extraña, que tal vez tuvo una justificación, pero que sin duda parece fuera de lugar en esta evolución del entendimiento de la igualdad ante la ley.

³⁰ Criterio similar en sus premisas, conclusiones y argumentos al que se fijó en el amparo en revisión 395/2007, resuelto por sentencia de 4 de julio de 2007, en el que se analizó si el artículo 152 de la Ley del Seguro Social, vigente hasta el 30 de junio de 1997, al imponer cargas procesales distintas al hombre que pretendía hacerse acreedor a una pensión de viudez, respecto de las impuestas a la mujer, violaba la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer. Antes en el amparo directo en revisión 1762/2002, resuelto el 21 de febrero de 2003 y que analizó el artículo 83, fracción II, de la Ley Federal de Armas de Fuego en cuanto a las penas fijadas. De igual manera en los amparos directos en revisión 835/2004, 1130/2005, 406/2009 y 721/2009 de la Primera Sala. Asimismo, el criterio ha sido reiterado en el amparo en revisión 11/2008, resuelto el 6 de febrero de 2008, y con un estudio más detallado respecto a la finalidad objetiva y constitucionalmente válida de la medida, la racionalidad o adecuación de la diferencia, y la proporcionalidad de la medida en el amparo en revisión 169/2008, resuelto por la misma Primera Sala el 23 de abril de 2008. De igual forma que en el amparo en revisión 1030/2007, resuelto por sentencia de 18 de enero de 2008, en el cual se analizó si se violaba la igualdad ante la ley con el contenido de los artículos 37 y 60 de la Ley General de Población, así como 106 y 139 de su Reglamento, que otorgaban un trato diferenciado para los extranjeros respecto de los mexicanos, y por requerir únicamente a aquéllos la autorización de la Secretaría de Gobernación para poder trabajar y obtener cierta calidad migratoria respecto a su estancia en el país.

³¹ Criterio similar en sus conclusiones al que se dio en el amparo directo en revisión 1063/2005, resuelto el 7 de septiembre de 2005, en donde se analizó el artículo 63 del Código Penal Federal, no por la aplicación de una tabla, sino respecto a la aplicación de penas en tentativas. Antes en el amparo directo en revisión 1762/2002, resuelto el 21 de febrero de 2003 y que analizó el artículo 83, fracción II, de la Ley Federal de Armas de Fuego en cuanto a las penas fijadas.

Como se puede observar de lo antes reseñado, salvo éste último caso en el que se regresa a la igualdad del artículo 13 constitucional, la jurisprudencia mexicana en materia de igualdad ante la ley tiene 2 grandes momentos y un parte aguas. Los dos grandes momentos van desde la séptima y octava época y hasta mediados de los años 90's en los que la igualdad ante la ley se analizaba a partir de determinar si una ley era general, abstracta e impersonal. A partir del año 2001, se introducen ya elementos de mayor valoración de la igualdad ante la ley, aunque sin especificar sus contenidos, al señalarse que el legislador puede hacer distinciones y que no toda desigualdad de trato era violatoria de "garantías", sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva.

Pero la sentencia que cambió la forma de analizar la igualdad en general y que ha influido y trascendido, aunque no siempre ha sido bien entendida, en el análisis de la igualdad ante la ley, es la resolución que se dictó el 29 de septiembre de 2004 en el amparo directo en revisión 988/2004, en la que se analizó, entre otras cosas, si los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal violaban "la garantía" de igualdad consagrada en el artículo 1o. constitucional al tratar de modo distinto a dos personas a pesar de que las dos hayan cometido un delito calificado por la ley como grave o no grave. En esta sentencia se abandonan los limitados análisis que se hacían ante planteamientos similares y se hace, en primer lugar, un interesante estudio de la igualdad y sus diferentes facetas contenidas en la Constitución, aunque, al final, dicha resolución se apoya más en el principio general de igualdad y deja de lado la igualdad ante la ley que era en realidad lo que se debía estudiar.

Así, esta sentencia incorpora por primera vez elementos para la evaluación del principio general de igualdad, no en estricto sentido de igualdad ante la ley, aunque a partir de ahí el principio general ha absorbido prácticamente a todas las manifestaciones específicas de igualdad, no siempre para bien, y establece una serie de criterios que a partir de ese momento se utilizarán en prácticamente todas las sentencias en que se analice la igualdad,³² sin importar que tipo de igualdad se señale. Estos elementos son ya el desarrollo preciso de lo que sólo se enunciaba en resoluciones dictadas entre 2000 y 2004, y son en esencia:

- El principio de igualdad debe entenderse como un principio que exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

³² Véanse por ejemplo: Amparo directo en revisión 1379/2006 de cuatro de octubre de dos mil seis, amparo directo en revisión 949/2006 de diecisiete de enero de dos mil siete, amparo directo en revisión 1492/2007 de diecisiete de septiembre de dos mil nueve (en este por primera vez se incorporaron elementos del derecho de origen internacional, aunque en la línea del principio de igualdad general y no se repite de manera regular en todos los casos subsecuentes); amparos en revisión 563/2010 y 577/2010 de ocho de septiembre de dos mil diez, entre otros.

- En algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o incluso constitucionalmente exigido.
- La Suprema Corte, ante un caso en el que la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada.
- La base objetiva y razonable de análisis incluye:
 - 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 constitucionalmente válidos –esto es, 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 introducida por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción parezca un medio *prima facie* apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin que se quiere alcanzar.
 - En tercer lugar, la medida legislativa debe cumplir el requisito de la *proporcionalidad*: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional. El juez constitucional 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 la misma. La persecución de un objetivo constitucionalmente válido no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.
 - Por último, es de la mayor importancia determinar *respecto de qué se está predicando la igualdad o la desigualdad en el caso concreto*.

De esta manera, estos elementos que se encuentran plasmados en tesis jurisprudenciales y aisladas³³ son los que establecen, pese a ocuparse del principio general de igualdad, los elementos de evaluación que permiten establecer si se cumple con la igualdad ante la ley, mismo que, con el entendimiento que de dicho derecho humano había hecho antes en la Suprema Corte, construyen en una mirada cerrada a partir del derecho de origen nacional, el entendimiento de la igualdad ante la ley. Pues cabe destacar que pese a la importancia del criterio antes descrito, en éste no se acude al derecho de origen internacional. Tal vez si se hubiera acudido, la distinción teórica de las facetas del principio de igualdad general que desarrolla habría dado paso a la clara división entre el principio general y su manifestación de la igualdad ante la ley, como se hace en los tratados internacionales y, con ello, generado menos complicaciones la aplicación del *test* propuesto, pues en la práctica no siempre se ha llegado a conclusiones ajustadas a ello.

2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco tiene un gran número de resoluciones que se ocupen del derecho a la igualdad ante la ley. Sin embargo, sí tiene elementos en su jurisprudencia que resultan muy útiles para hacer la distinción entre el principio general de igualdad y no discriminación, y la igualdad ante la ley. Así en 2 de sus 20 opiniones consultivas y en 12 de sus 233 sentencias en casos contenciosos (hasta el 1 de septiembre de 2011) ha analizado de una u otra forma el contenido del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El primer asunto en el que lo hizo fue en la opinión consultiva 4,³⁴ en la que analizó la compatibilidad de una reforma constitucional de Costa Rica relativa a la naturalización con la Convención Americana. En el tema que nos ocupa se señaló que el artículo 1.1 y el artículo 24 de la referida Convención no eran nociones idénticas, por lo que en el futuro iba a precisar las diferencias. Además, que la igualdad ante la ley prohibía todo tratamiento discriminatorio

³³ Tesis: 1a./J. 55/2006, IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75, Reg. IUS, 174247; Tesis: 1a./J. 37/2008, IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO REFORZADO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXVII, abril de 2008, p. 175, Reg. IUS, 169877; Tesis: 1a. CXXXIV/2004, IGUALDAD. LOS ARTÍCULOS 70 Y 90 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, QUE RESPECTIVAMENTE PREVEN LOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN Y LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDICIONAL, NO SON VIOLATORIOS DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, diciembre de 2004, p. 363, Reg. IUS, 179902.

³⁴ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

de origen legal, aunque no todo tratamiento jurídico diferente era propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Añadiendo en ese sentido que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable, porque no hay discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. Y que, la distinción para que no exista discriminación debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

En la opinión consultiva 16,³⁵ dictada 15 años después que la anterior y teniendo ya algunos desarrollos jurisprudenciales derivados de los casos contenciones que en seguida analizaremos, al estudiar si el derecho a la información sobre la asistencia consular del Estado que es nacional un condenado a pena de muerte formaba parte de las garantías judiciales previstas en la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos, el tribunal interamericano señaló respecto a la igualdad ante la ley que:

- La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.
- Distinción se emplea para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo.
- Discriminación hace referencia a lo inadmisibles, por violar derechos humanos.
- El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación de poder del Estado relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos.
- El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del

³⁵ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

Por lo que hace a los casos contenciosos, el tribunal interamericano no encontró violaciones a la igualdad ante la ley en los casos *De la Cruz Flores*,³⁶ *Salvador Chiriboga*,³⁷ *Castañeda Gutman*,³⁸ *Mejía Idrovo*³⁹ y *López Mendoza*.⁴⁰ Pese a ello, si precisa que para que el análisis de ese derecho fuera posible, las partes debían proporcionar información suficiente que buscara demostrar la desigualdad, y no sólo señalamientos generales.

En el caso *Yatama*⁴¹ en el que se analiza el derecho a la participación política de los integrantes de una comunidad indígena de Nicaragua, se destaca respecto a la igualdad ante la ley lo siguiente:

- Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de ese carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.
- El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.
- El artículo 24 no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.

³⁶ Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.

³⁷ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

³⁸ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

³⁹ Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C No. 228.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

En el caso *López Álvarez*,⁴² relacionado con la detención arbitraria y la prohibición de expresarse en su lengua materna que éste indígena sufrió durante la retención que injustamente le fue aplicada, el tribunal interamericano siguió parte de lo antes resaltado, lo cual también ha reiterado en otros asuntos,⁴³ además de precisar que en esos casos los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos.

En el caso *Apitz Barbera*⁴⁴ relacionado con la destitución como magistrado que ésta persona sufrió en Venezuela, la Corte Interamericana pese a que no entra al estudio de la igualdad ante la ley, establece un criterio importante para distinguir el principio general y el derecho en particular, tal y como lo había prometido desde su opinión consultiva 4. En ese sentido, la Corte Interamericana estableció:

- La diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24.

Como se observa, la Corte Interamericana no aporta muchos elementos particulares para evaluar el respeto y garantía de este derecho, pero sí establece los marcos generales de análisis, el valor que tiene como *ius cogens* el derecho a la igualdad ante la ley y la distinción entre el principio general de igualdad y su manifestación más conocida. Aunque sin duda, son pocos los casos y muy repetitivos los argumentos que usa, teniendo pocos desarrollos a este respecto, si ello se ve frente a lo que ha hecho al estudiar otros derechos humanos a lo largo de su historia jurisprudencial.

⁴² Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

⁴³ Criterio esencialmente igual al que había establecido en: Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 y lo ha reiterado en los casos: Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195; y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

3. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado en algunos casos de los que ha conocido respecto a la igualdad ante la ley.⁴⁵ Sin embargo, los aspectos que en mi consideración más destacan y han sido seguidos en el análisis de casos particulares, son los que derivan, en primer lugar, de su observación general 18,⁴⁶ en la que analizó aspectos relativos a la discriminación. Así, respecto al derecho a la igualdad ante la ley el referido Comité estableció:

- El artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que establece en sí un derecho autónomo.
- El artículo 26 prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas.
- El artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes.
- Al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio.
- La aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.
- 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.

Posteriormente, en su observación general 23,⁴⁷ en la que hace importantes desarrollos respecto a los derechos de las minorías, en complemento a lo antes dicho, el Comité de

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, los casos Comité DH, *Caso Danning Vs. Países Bajos*, Comunicación No. 180/1984, A/42/40 (1987), párr. 14; *Caso Zwann de Vries Vs. Países Bajos*, Comunicación No. 182/1984, A/42/40 (1987), párr. 13; *Caso Gueye y otros Vs. Francia*, Comunicación No. 196/1985, A/44/40 (1989), párr. 9.4; *Caso Järvinen Vs. Finlandia*, Comunicación No. 295/1988, (1990), párr. 6.4 y *Caso Adam Vs. República Checa*, Comunicación No. 586/1994, (1996), párr. 12.7, entre otros.

⁴⁶ Comité DH, *Observación general No.18, No discriminación*, 37o. período de sesiones (1989), párr. 12.

⁴⁷ Comité DH, *Observación general No. 23, Artículo 27, Derecho de las minorías*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 50o. período de sesiones (1994), párr. 4.

Derechos Humanos de Naciones Unidas estableció que la igualdad ante la ley es un derecho que rige el ejercicio de todos los derechos, ya sea que estén amparados o no en virtud del Pacto, que el Estado Parte reconoce por ley a las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de que pertenezcan o no a alguno de los tipos de minoría a que se refiere el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin ser estos todos los criterios que en la materia existen, son los más destacados y lo que se deben seguir como guía interpretativa autorizada, o en su caso, obligada, para interpretar el derecho humano a la igualdad ante la ley contenido en el bloque de constitucionalidad mexicano. Aunque lo realmente deseable, más que simplemente seguirlos, es establecer un nuevo criterio integral e integrador de toda la normativa de origen nacional e internacional y las interpretaciones de éstas, para dar un paso en la evolución jurisprudencial que, a su vez, en el futuro permita nuevos desarrollos en la garantía y respeto de la igualdad ante la ley en México.

V. Un entendimiento deseable de la igualdad ante la ley a manera de conclusión

Con todo lo que antes hemos desarrollado, desde los aspectos normativos, pasando por los aspectos teóricos y finalmente los jurisprudenciales, son muchos los datos que se han aportado y no todos van necesariamente en el mismo sentido por las variaciones de criterio, la evolución del entendimiento de la igualdad ante la ley y la manera en la cual se ha hecho su estudio. En ese sentido, a continuación, estableceré los aspectos que en mi consideración deberán tomarse en cuenta para los casos futuros a partir del coyuntural momento que a partir del año 2011 nos está tocando vivir.

Así, un entendimiento deseable del derecho a la igualdad ante la ley debería considerar:

- a) A todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad para tomar como referencia la que otorgue la mayor protección o la menor restricción a toda persona y no sólo al hombre, o al hombre y la mujer.
- b) La distinción entre el principio general de igualdad y la igualdad ante la ley.
- c) Que se dirige a la creación, evaluación y aplicación de la ley, no a hechos y actos distintos de ello.

- d) La obligación que corre a cargo del legislador respecto a todas las leyes que apruebe y a su aplicación, a cargo de todos los poderes públicos.
- e) Que la exigencia al legislador incluye:
 - i. No discriminar.
 - ii. Combatir las prácticas discriminatorias.
 - iii. Establecer normas que traten igual a los iguales y desigual a los desiguales, generando que reciban el mismo trato aquéllos que se encuentran en similar situación de hecho.
 - iv. Establecer distinciones normativas que sean razonables dentro de la generalidad y abstracción de la ley, si no hay prohibición expresa de ello.
 - v. Justificar de manera clara en todos los casos las distinciones que haga, las cuales sólo estarán basada en causas objetivas y razonables, si estas se traducen en:
 - Tener una finalidad objetiva y constitucionalmente válida,⁴⁸ esto es, que no persiga fines discriminatorios, arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.
 - Ser razonable, útil y adecuada la medida empleada para hacer la distinción, esto es, que esté destinada exclusivamente a alcanzar el fin legítimo que se busca.
 - Ser proporcional al objetivo legítimo que se busca, esto es, que exista una correspondencia entre las diferencias que se pretenden equilibrar y las medidas utilizadas, de tal forma que su puesta en marcha no genere un nuevo desequilibrio o afecte otro derecho humano.
- f) Que la exigencia en la aplicación de la ley implica:
 - i. No discriminar.

⁴⁸ Sin olvidar que la expresión "constitucionalmente válida" incluye a los tratados en materia de derechos humanos.

- ii. No aplicar leyes que discriminen.⁴⁹
 - iii. No hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca previamente, a toda persona que se encuentre en la misma situación.
 - iv. Aplicar a iguales situación de hecho el mismo trato, sin privilegio alguno.
- g) Se dirige a la regulación normativa de todos los derechos humanos.
 - h) Las medidas deben establecerse con fines temporales para que una vez que cumplan el fin sean eliminadas al haberse alcanzado ello.
 - i) Que es un derecho que evoluciona, por lo que la igualdad de ayer no es la igualdad de hoy y no será la igualdad de mañana.

Contrario a lo que ocurre en otros derechos humanos que se analizan en este libro, la correspondencia entre la jurisprudencia nacional e internacional ha ido de una total separación a tener acercamientos que con lo antes señalado pueden llegar a una integración complementaria en beneficio de toda persona. Aunque sin duda alguna, lo que sí nos muestra toda la jurisprudencia es una evolución de la igualdad ante la ley, que ha ido de la generalidad, abstracción e impersonalidad de la ley, al reconocimiento que dentro de ello hay distinciones admisibles, para llegar a la particularización de las características que dichas distinciones deben satisfacer, y seguramente, evolucionar hasta determinar si éstas admiten una reevaluación y re justificación con el pasar de los años.

La gran falla de la jurisprudencia nacional por progresista que se pueda considerar, es, en primer lugar, que ha metido en el principio general de igualdad, todas sus variantes, como lo es la igualdad ante la ley. En segundo lugar, que hasta hoy, la jurisprudencia no ha logrado integrar el derecho de origen internacional pese a que existen esfuerzos y citas de éste en algunas resoluciones, sin que por diversas razones se haya logrado la integración.

La igualdad ante la ley es un derecho humano que busca que todos y todas tengamos igual dignidad sin importar más que nuestra condición humana, partiendo de la realidad innegable de que el que lee esto, no es igual a quien lo escribe, ni quien lo edita, lo critica y lo usa por resultarle interesante, pues la naturaleza (o en quien se crea, porque hasta en eso somos

⁴⁹ Sin olvidar que discriminación es lo que viola derechos humanos y, distinción lo que es objetivo y razonable.

diferentes) nos hizo desiguales. En ese sentido, el derecho no implica lograr lo imposible, ni generar una utopía de la igualdad absoluta, sino en eliminar en lo más posible las diferencias evidentes de ayer y de hoy, las desigualdades que las circunstancias históricas, políticas y sociales nos han heredado por diferentes razones.

Pero, en tanto algunos se sientan superiores a otros por las cuestiones materiales que los rodean, por el lugar en el que nacieron, por el color de piel que tienen, por las características físicas que los distinguen, por los conocimientos a los que se acceda, la lengua que se hable, el dios en que se crea o la posición que en un momento determinado se ocupe, será más difícil llevar a la realidad la igualdad ante la ley, seguirá siendo una aspiración. Pues por ejemplo, ¿cómo lograr la igualdad ante la ley si los legisladores que deben establecerla se sienten superiores al pueblo al cual deben de servir? ¿cómo lograr la igualdad ante la ley si los máximos jueces del país luchan por mantener sus privilegios que sólo los colocan cada vez más lejanos a las grandes capas de la sociedad mexicana? ¿cómo lograrla si "lloramos como niñas"? ¿cómo hacerla posible si no rechazamos la discriminación en todos los ámbitos y menos cuando ésta no nos toca o nos beneficia?

La igualdad ante la ley es un tema del Derecho, un tema de seres humanos y, por tanto, muchos argumentos se pueden construir para justificar la discriminación y validar la desigualdad. Herramientas hay muchas y otras más se pueden construir para que la igualdad ante la ley, como constructo humano que debe estar presente en un Estado democrático y social de derecho, sea efectivamente respetado y garantizado. Lo que falta, es voluntad y dejar de usar a los derechos humanos como la parte retórica del discurso jurídico y político.

1. Criterios Nacionales

- Tesis P./J.30/2011, PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, agosto 2011, p. 11, Reg. IUS. 161228.
- Tesis 1a./J. 48/2011, SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, junio 2011, p. 141, Reg. IUS. 161756.
- Tesis 1a./J. 48/2011, Tesis 1a. CIII/2011, NULIDAD DEL MATRIMONIO. EL QUE LOS PRODUCTOS DE LOS BIENES COMUNES PASEN ÍNTEGRAMENTE AL PATRIMONIO DEL CÓNYUGE QUE ACTUÓ DE BUENA FE, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, junio 2011, p. 173, Reg. IUS. 161808.
- Tesis 2a. XXIV/2011, INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO PRIMERO TRANSITORIO, INCISO B), DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2008). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, marzo 2011, p. 886, Reg. IUS. 162565.
- Tesis 2a./J 42/2010, IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, abril 2010, p. 427, Reg. IUS. 164779.
- Tesis 1a. LIII/2010, LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y PRINCIPIO DE IGUALDAD. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE UN INDIVIDUO PERTENEZCA A MÁS DE UN COLEGIO DE PROFESIONISTAS ES INCONSTITUCIONAL; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, marzo 2011, p. 927, Reg. IUS. 164994.
- Tesis: P./J. 131/2000, NOTARIADO. EL ARTÍCULO 123, FRACCIÓN VI, DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO

EN EL BOLETÍN OFICIAL DEL GOBIERNO DEL ESTADO EL TREINTA Y UNO DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO, QUE FACULTA AL CONSEJO DE NOTARIOS PARA OTORGAR DISPENSAS EN RELACIÓN CON LAS DISPOSICIONES EN ELLA CONTENIDAS Y DEMÁS ORDENAMIENTOS LEGALES VINCULADOS CON LA FUNCIÓN NOTARIAL, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD JURÍDICA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XII, diciembre de 2000, p. 761, Reg. IUS. 190714.

- Tesis: 1a./J. 75/2010, DELITOS FISCALES. EL ARTÍCULO 101 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE ESTABLECE LOS CASOS EN QUE NO PROCEDE LA SUSTITUCIÓN Y CONMUTACIÓN DE SANCIONES O CUALQUIER OTRO BENEFICIO A LOS SENTENCIADOS POR AQUELLOS ILÍCITOS, ASÍ COMO LOS REQUISITOS QUE DEBEN SATISFACERSE EN LOS QUE SÍ PROCEDE SU OTORGAMIENTO, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 36, Reg. IUS, 163372.
- Tesis: 1a./J. 55/2006, IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75, Reg. IUS, 174247.
- Tesis: 1a./J. 37/2008, IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO REFORZADO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXVII, abril de 2008, p. 175, Reg. IUS, 169877.
- Tesis: 1a. CXXXIV/2004, IGUALDAD. LOS ARTÍCULOS 70 Y 90 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, QUE RESPECTIVAMENTE PREVÉN LOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN Y LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDICIONAL, NO SON VIOLATORIOS DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, diciembre de 2004, p. 363, Reg. IUS, 179902.

2. Criterios Internacionales

- Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4

- Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.
- Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.
- Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C No. 228.
- Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.
- Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Artículo 24. Minorías religiosas

Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA*

* Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad la Salle, en la Universidad Iberoamericana y en la Universidad Autónoma de Chiapas, es autor del libro "La acción o recurso de inconstitucionalidad-Estudio comparativo entre España y México".

SUMARIO: I. *Delimitación del tema.* II. *Opinión sobre la jurisprudencia relativa a minorías religiosas.* III. *Importancia que reviste la jurisprudencia constitucional y supranacional sobre minorías religiosas.* IV. *Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa; Libertad de culto; Minorías religiosas.

I. Delimitación del tema

A pesar de que el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM) así como el artículo 12 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), establecen el derecho fundamental a la libertad religiosa, se nos solicitó delimitar el presente comentario a la jurisprudencia constitucional e interamericana relativa a las "minorías religiosas"; al respecto, es conveniente adelantar que para abordar dicho tema, es imprescindible destacar algunos aspectos relevantes de la libertad religiosa como derecho fundamental en su íntima vinculación con otros derechos del mismo rango como lo son la libertad de expresión, la libertad ideológica y la libertad de enseñanza.

Es también necesario destacar, que son escasas las ocasiones en las que la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹ (en adelante, SCJN) así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos² (en adelante, Corte IDH), han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la libertad religiosa como derecho fundamental.

¹ El primer asunto en que la SCJN se pronunció en relación a la libertad religiosa, fue en el Amparo Administrativo en Revisión 445/1933, resuelto por la Segunda Sala; varios años más tarde, en la Novena Época, la Primera Sala, conoció del Amparo en Revisión 1595/2006; y finalmente, en la misma Época, el Tribunal Pleno, resolvió el cinco de septiembre del año dos mil, el Amparo en Revisión 295/1999; en nuestra opinión, es en esta última resolución, el único caso en que la SCJN abordó –someramente y bajo una interpretación restringida– el tema de las "minorías religiosas". Para mayor referencia: *infra* nota 6.

² La Corte IDH, abordó la libertad religiosa, en la sentencia de 5 de febrero de 2001; se trata del polémico caso, "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile); en el que el Estado chileno censuró judicialmente

La SCJN interpretó que la libertad religiosa es la libertad de sostener y cultivar las creencias religiosas que cada uno considere, libertad que también incluye la de cambiar de creencias religiosas.

Por su parte, la Corte IDH conceptualizó el derecho fundamental a la libertad religiosa como el derecho de las personas a conservar, cambiar, profesar y divulgar sus religiones o creencias.

Tal déficit de resoluciones por parte de ambos tribunales, no nos parece en absoluto casual; en Latinoamérica –en oposición, al continente europeo–, por regla, casi general, son pocos los ciudadanos que denuncian los delitos de los que son víctimas –México, no es la excepción–, en este sentido, sí es ese el escenario en materia penal, es lógico deducir que impugnar leyes o actos violatorios de sus derechos fundamentales emanados de las autoridades del estado, resulta un derecho que con escasa frecuencia es ejercitado.

Ante ese desolador escenario, el mayor número de juicios de amparo que se ventilan en la jurisdicción constitucional en nuestro país, están enderezados en contra de violaciones a los artículos 14 y 16 de la CPEUM; sin que ello implique la inexistencia de jurisprudencia sustantiva sobre otros derechos fundamentales, lo que sucede, es que la "cultura de la defensa de la constitucionalidad" o en otras palabras "la defensa de los derechos fundamentales", es un conjunto de derechos que un gran número de ciudadanos, desconoce y que en ocasiones quiénes tienen a su alcance la posibilidad de ejercitar tal defensa, prefiere evitar el someterse a un proceso ante la jurisdicción constitucional.

Bajo ese contexto, queremos abordar y delimitar el tema que presentamos al lector.

Al igual que el reconocimiento de otros derechos fundamentales en las constituciones escritas, la consagración de la libertad religiosa en la CPEUM es un fenómeno históricamente reciente, muestra evidente de lo anterior es que el artículo 3o. de la Constitución Federal de 1836, establecía que: "La religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la católica apostólica y romana. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra"; en ese contexto, el estado mexicano además de imponer de manera forzada a la sociedad entera la creencia en una sola religión, prohibía en forma adicional la posibilidad de profesar alguna otra diferente a la católica.

la exhibición cinematográfica de dicha película, sin embargo, la CIDH, declaró que el Estado chileno no violó el derecho a la libertad religiosa establecido en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Hoy no forma parte de nuestros pensamientos cotidianos la posibilidad de que el estado proteja por leyes "sabias y justas" la religión católica; que nos imponga religión alguna; mucho menos que nos prohíba profesar el ejercicio de alguna otra, por el contrario, el pluralismo religioso en México, se percibe con facilidad en las metrópolis, en los municipios urbanos, rurales, semi-rurales y en los pueblos indígenas que practican diversas creencias religiosas.

La libertad religiosa, es por tanto uno de los derechos fundamentales de primer orden a pesar de que, *prima facie*, pudiese parecer que no forma parte de la vida cotidiana del ciudadano, es una de las libertades que cada día ejercemos bajo las más diversas manifestaciones; sin ella, la visión de la relación del ser humano con lo divino –incluida la posibilidad de no creer en tal relación o en religión alguna–, no existiría.

En ese orden de ideas, el reconocimiento constitucional de la libertad religiosa, al lado de la libertad de expresión, la libertad ideológica y la libertad de enseñanza, no es más que el resultado lógico de la configuración de los Estados Unidos Mexicanos como un estado democrático que propugna valores superiores en su ordenamiento jurídico tales como la libertad, la igualdad y el pluralismo político aunado al de la justicia, orientando de esta manera el establecimiento de un régimen de libertades públicas individuales así como colectivas, entre las que, la libertad de expresión, la libertad ideológica y la libertad de enseñanza, son recogidas y entrelazadas con este derecho fundamental en la CPEUM.

Así, la libertad religiosa, encuentra su razón de ser en el reconocimiento de la libertad de expresión, por una parte, la libertad ideológica, por otra y finalmente con la libertad de enseñanza, en tanto que dichas libertades son concreciones puntuales de la libertad y el pluralismo político; en esa tesitura, podemos afirmar que tanto la libertad religiosa como la libertad ideológica, necesitan de la libertad de expresión y de enseñanza como cauce natural de su efectiva existencia y manifestación.

Líneas arriba manifestamos que el artículo 24 de la CPEUM, al establecer la libertad religiosa como derecho fundamental, es en realidad la concreción de la libertad, la igualdad y el pluralismo político aunado al de la justicia, orientando así el establecimiento de un régimen protector de libertades públicas individuales así como colectivas; la libertad religiosa, tiene ambas proyecciones, la individual y la colectiva.

La individual o interna, vinculada íntimamente con la libertad ideológica, que atiende a la capacidad del individuo para, en forma aislada, desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que define, por sí mismo, la relación del ser humano con lo

divino, lo que comprende también la protección de ideas, actitudes y planes de vida agnósticos.

La colectiva o externa, mejor entendida como libertad de culto, tutela justamente, los actos de culto público, específicamente orientados a desarrollar de manera colectiva los ritos, ceremonias y prácticas propias que las diferentes religiones conciben como actividades integrantes de su religión, definidas por reglas preestablecidas por ellas.

Es en la dimensión colectiva de la libertad religiosa, dónde encuentran asidero las actividades de culto connaturales a las minorías religiosas, crecen día con día y se multiplican no sólo en nuestro país, sino en todo el globo terráqueo.

Las minorías religiosas son

(...) un grupo residente con carácter permanente en el territorio de un Estado, numéricamente inferior y no dominante en relación con el resto de la población, cuyas creencias o convicciones y prácticas religiosas, diferentes a las de la mayoría o a las del resto de la población, se pretenden mantener, conservar y promover para el futuro, aunque sea implícitamente, de manera colectiva y solidaria como grupo, con lealtad al Estado en el que vive, y ello con independencia del grado de reconocimiento jurídico que el grupo tenga atribuido en el Estado del que forma parte.³

Partimos del concepto anterior para realizar las consideraciones que más adelante presentamos.

Sostuvimos –y, evidenciamos– al inicio del presente comentario que la actividad, tanto de la SCJN así como de la Corte IDH, ha sido escasa en relación con la de otros tribunales supremos, constitucionales e incluso supranacionales que han analizado la libertad religiosa, desde diversas problemáticas, como ejemplo: la instalación de lugares de culto y las exigencias legales urbanísticas; la mención de la religión que cada individuo profesa en su identificación oficial; la disolución mediante resoluciones judiciales⁴ de partidos políticos con determinada

³ Contreras Mazarío, José María, "Minorías y Naciones Unidas, Especial Referencia al Concepto de Minoría Religiosa", Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, los días 3, 4 y 5 de diciembre de 2003 –Cizur Menor (Navarra): Thomson/Aranzadi, 2006– p. 5030.

⁴ Destacadamente: TEDH, El Partido Refah Partisi (RP- Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, Sentencia de 31 de julio, No. 496/2001; mediante la cual el Tribunal de Estrasburgo, determinó en su resolución que no existió

orientación religiosa; las exigencias del respeto a los animales y las tradiciones religiosas, sacrificios rituales y autorizaciones administrativas; la objeción de conciencia al servicio militar y a la objeción religiosa; el enfrentamiento entre grupos religiosos y neutralidad administrativa; la autonomía de los grupos religiosos en relación con su organización interna; la selección de docentes en una universidad de corte católico y el respeto a su ideario; la protección constitucional de los atuendos religiosos como parte integrante de la libertad religiosa y la presencia de símbolos religiosos en actividades y espacios públicos.⁵

Como es evidente, la jurisprudencia, los pronunciamientos, la conflictividad constitucional y convencional que se ha generado en diversos tribunales constitucionales de otros países así como jurisdicciones supranacionales, en torno al derecho fundamental a la libertad religiosa es abundante; lo cual, constituye sin lugar a dudas una cultura de defensa de los derechos fundamentales más elevada que en nuestro país.

II. Opinión sobre la jurisprudencia relativa a minorías religiosas

Tanto en la SCJN⁶ así como en la Cortel DH,⁷ no se ha presentado un caso en el que las jurisdicciones aludidas, hayan resuelto en concreto un asunto en el que las minorías religiosas sean las afectadas directamente en tal derecho por una ley o acto de autoridad; no obstante, la resolución que más se acerca a la tutela de los derechos connaturales a las minorías religiosas,

violación alguna al artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; en síntesis, resolvió que no atentaba desde perspectiva alguna el contenido del Convenio, que la disolución del partido de la prosperidad, establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional Turco en la que desintegró al Refah Partisi; además de sancionar al Presidente así como a los dirigentes del partido, con la destitución como diputados y la prohibición por 5 años de ser fundadores, socios dirigentes o comisarios de otros partidos políticos, restringiendo su derecho a la libertad de asociación, además de la confiscación de todos los bienes del partido de la prosperidad.

⁵ En forma destacada, el caso *Lautsi vs. Italia* (TEDH, *Caso Lautsi contra Italia*. Sentencia de 3 noviembre 2009 JUR\2009\441676), si bien no constituye la primera ocasión en que se analiza la problemática de la colocación de crucifijos en escuelas públicas en la que los recurrentes han alegado fundamentalmente distintas violaciones a la libertad religiosa en su conexión, con la libertad ideológica, la libertad de enseñanza así como una trasgresión del principio de un Estado laico (artículo 130, CPEUM), en la que el mismo inculca indirectamente la implantación de una religión única, mediante la colocación de dichos símbolos.

⁶ Véase: [TA]. LIBERTAD DE EXPRESIÓN *Semanario Judicial de la Federación* Quinta Época México Tomo: XXXVIII Página: 2747 Registro IUS 336742; Tesis: 1a. LX/2007 LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Novena Época México Febrero de 2007 Tomo XXV página 654 Registro No. 173253; Tesis: 1a. LXI/2007 LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO. SUS DIFERENCIAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Novena Época México XXV Página: 654, Febrero de 2007 Registro IUS 173252; y, Tesis: P. CXXXVI/2000 COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 48 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 50. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL QUE ORDENA QUE AQUELLOS SE MANTENGAN AJENOS A TODA DOCTRINA O ACTIVIDAD RELIGIOSA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Novena Época México Tomo: XII, Página: 14 Septiembre de 2000 Registro IUS 191133.

⁷ Corte IDH. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

es la emitida por la Primera Sala de la SCJN al resolver el Amparo en Revisión 1595/2006, mediante la cual delimitó el contenido esencial de la libertad religiosa plasmando sus facetas además de diferenciarla de la libertad de culto.

Los elementos normativos y jurisprudenciales que la Corte mexicana utilizó para resolver el asunto fueron la CPEUM, la CADH y (hay que destacarlo) jurisprudencia emitida por la Corte IDH y el TEDH.

La sentencia generó la emisión de tesis jurisprudenciales aisladas⁸ que hoy, sirven de criterios orientativos a los operadores jurisdiccionales –tanto federales como estatales– para que sean aplicadas con posterioridad en casos concretos.

Resulta de vital importancia manifestar que la protección otorgada por los altos órganos jurisdiccionales de un país a las minorías religiosas –en este caso, la SCJN– no necesariamente se proyecta sobre un "grupo"; es decir, por minoría religiosa, también es posible entender la referencia a una sola persona,⁹ tal como ocurrió en el caso en análisis.

Stephen Orla Searfoss, solicitó la protección y tutela jurisdiccional de diversos derechos fundamentales que consideró violentados por un artículo contenido en un bando municipal que imponía una multa a quién sin permiso, distribuyera o propaganda de carácter comercial o de cualquier otro tipo en la vía pública, toda vez que fue multado por repartir papeles en la calle sin contar con un permiso previo de las autoridades municipales; uno de los documentos repartidos era una octavilla en la que se invitaba a asistir a un concierto gratuito y el otro era un cuadernillo que contiene el Evangelio según San Juan.

La SCJN, resolvió por unanimidad de votos conceder el amparo a Stephen Orla Searfoss, bajo el entendimiento de que el bando municipal era inconstitucional y por tanto debía ser inaplicado en el caso concreto.

La demanda o recurso así como la sentencia de la SCJN, en el caso Stephen Orla, son documentos emblemáticos desde distintas perspectivas:

1. En primer lugar, el recurrente en sus agravios realizó un amplio estudio de derecho comparado sobre la libertad de expresión como derecho fundamental, análisis en el

⁸ Véase *supra* nota 6. En particular Registro IUS 173253; y, Registro IUS 173252.

⁹ La cual sin duda en el momento en que fue multado estaba actuando aisladamente, por sí solo, pero que sin duda forma parte de un grupo colectivo, el cual en función de su representación numérica podrá o no ser calificado como una minoría religiosa, todo indica, que en este caso, se trataba de una de ellas.

que en primer lugar, planteó a la SCJN todo un conjunto de artículos plasmados en las constituciones de distintos países que tutelan dicha libertad; en segundo término, expuso normatividad que configura el "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" –relativa al citado derecho fundamental– como en forma por demás ostensible lo son el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en adición a lo anterior, citó jurisprudencia extranjera emitida por las Cortes Supremas de los Estados Unidos de América; de Canadá y de México; finalmente, mencionó jurisprudencia supranacional formulada por la Corte IDH así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo anterior, no constituye un documento común. En la práctica,¹⁰ son muy pocos los ciudadanos que presentan en México una demanda o recurso ante la jurisdicción constitucional, utilizando en ella el bloque de constitucionalidad como planteamiento normativo de defensa del derecho fundamental que consideran vulnerado; no existe impedimento constitucional, legal o jurisprudencial que les impida hacerlo.

2. Si bien la SCJN, ha utilizado en algunas de sus resoluciones¹¹ el bloque de constitucionalidad en forma expresa como parámetro de control normativo, esta resolución es un ejemplo paradigmático ya que empleó para determinar la inconstitucionalidad del artículo del bando municipal impugnado, la CPEUM, constituciones extranjeras, jurisprudencia nacional, extranjera y supranacional.

En ese sentido, no existía en ese año impedimento constitucional, legal o jurisprudencial que le impidiera hacerlo. Por el contrario, opinamos que el artículo 133 CPEUM era en ese momento, la norma que habilitaba a la SCJN así como a cualquier órgano jurisdiccional, federal o estatal,¹² a emplear el citado parámetro de control.

¹⁰ Si bien tal situación ya comenzó a cambiar, no es una costumbre generalizada, utilizar normatividad y jurisprudencia, ajena a la nacional.

¹¹ Ejemplo de ello, lo es la sentencia emitida en la acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006 (Disponible: <http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/Novena%20%C3%A9poca/2006/0028-2006%20_y%20sus%20acumuladas%200029-2006%20y%200030-2006_%20AI%20PL.pdf> (25 junio 2013), relativa –entre otros temas– a las candidaturas independientes, en la que se empleó el bloque de constitucionalidad, integrado por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 25 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos así como los artículos 35, 41, 52, 53, 54, 56, 115, 116 y 122, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹² En nuestra opinión, el bloque de constitucionalidad ha sido empleado desde la quinta época o en épocas aún mas remotas; no resulta extraño leer sentencias de la jurisdicción federal en la que se citan como elementos normativos para determinar la constitucionalidad de los actos o de las leyes, tratados internacionales así como otras normas interpuestas entre el objeto de control y la CPEUM; quizás lo que resulta ajeno y distante a una gran mayoría de operadores jurisdiccionales es justamente el concepto "bloque de constitucionalidad".

Por fortuna, la nueva redacción del artículo 1o. constitucional impone la obligación de utilizar el bloque de constitucionalidad, para todo operador jurisdiccional, en ese sentido los jueces locales y de cualquier nivel en México, se han convertido en garantes no sólo de la CPEUM sino también de la CADH.¹³

La sentencia declaró la inconstitucionalidad del artículo impugnado del bando municipal por transgredir la libertad de expresión consagrada en el artículo 6o. CPEUM, más no por atentar contra la libertad de culto, determinación que no compartimos ya que, en nuestra opinión, la aplicación y la ejecución del artículo impugnado de dicho bando comportó también una violación a dicha libertad.¹⁴

La sentencia arribó a una conclusión "satisfactoria" para los operadores jurídicos, no obstante, nos parece que ya existía abundante jurisprudencia emitida por la SCJN sobre la libertad de expresión, lo cual no implica minusvalorarla, sin embargo, hubiese sido deseable que la SCJN resolviera que el artículo cuestionado del bando municipal era inconstitucional por atentar contra la libertad de expresión y también por vulnerar la libertad de culto.

De haberse emitido una declaración que resolviera la inconstitucionalidad del artículo en ese sentido –que en el caso concreto no existía impedimento alguno para hacerlo–, el resultado hubiera sido sentar bases jurisprudenciales que confirmaran la protección constitucional del estado mexicano a las minorías religiosas además de dar los primeros pasos en un camino jurisprudencial que aún no ha dado inicio.

Lo anterior constituía un imperativo, no es desconocido por nadie que la reivindicación más controvertida de las minorías religiosas es la relacionada con la exención de las leyes y las disposiciones que les perjudican, dadas sus prácticas religiosas.

Sobran ejemplos que nos ayudan a sostener tal afirmación; los judíos y los musulmanes han solicitado en Gran Bretaña que se les exima del cierre dominical o de la legislación relativa

¹³ Véase el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220)

¹⁴ Muestra de ello es que el recurrente en sus agravios también planteó la violación a la libertad de culto, en forma destacada la libertad de difundirlo. En la demanda se realizó el estudio del artículo 16 de la Constitución española, del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como del artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en adición a mencionar la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivada del caso *Olmedo Bustos*, en la que la Corte IDH, señaló que la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias, y que estas posibilidades juntas conforman uno de los cimientos de la sociedad democrática.

al sacrificio de los animales; los varones sijs en Canadá han solicitado que se les exima de la legislación que obliga a llevar casco a los motociclistas así como de las normas de indumentaria oficiales de las fuerzas de policía, para poder seguir portando sus turbantes; los judíos ortodoxos en los Estados Unidos han reivindicado el derecho a vestir la yarmulka durante el servicio militar; finalmente, las jóvenes musulmanas han solicitado en Francia que se les exima de las normas de indumentaria escolar para poder usar el chador.¹⁵

III. Importancia que reviste la jurisprudencia constitucional y supranacional sobre minorías religiosas

Toda la jurisprudencia que se emite sobre Derechos Humanos tiene mayor importancia que cualquier otra, pero la que se refiere a los Derechos Humanos de las minorías religiosas, reviste hoy en día una trascendencia especial, que entre otros efectos reconoce el valor de la diversidad cultural, asegura su voz otorgándoles un valor como grupo minoritario en un estado que de forma paralela a la libertad de culto ejercida en forma colectiva configura su existencia constitucional como tales dotándolas en forma adicional de tres libertades fundamentales: la libertad de expresión, la libertad ideológica y la libertad de enseñanza, por lo que la libertad de culto de las minorías religiosas coadyuva a que expresen sus particularidades y su orgullo cultural. Con ello se reconocen todos sus derechos constitucionales —no solo la libertad religiosa y la libertad de culto— y fomentan su integración en el conjunto de la sociedad.

IV. Conclusiones

La jurisprudencia mexicana e interamericana en relación a las minorías religiosas es muy reducida, la existente de hecho no se refiere en forma concreta a ellas; en realidad, se trata de una interpretación del concepto de "minorías religiosas" que en conjunto con los considerandos de las resoluciones, nos permite deducir que nos encontramos ante una resolución que por lo menos, de forma somera, aborda el tema, tan es así que la determinación a la que arribaron ambas jurisdicciones, no fue ni por asomo por tratarse de vulneraciones a la libertad religiosa o a la libertad de culto.

Sin embargo, tenemos una lectura diferente, estamos convencidos que en la sentencia analizada es posible ver y leer entre líneas, la flagrante existencia de una minoría religiosa; hay

¹⁵ Cfr., Kymlicka, Will, "Ciudadanía multicultural—Una teoría liberal de los derechos de las minorías", Barcelona, Editorial Paidós, 1996, págs. 52 y 53.

que abrir muy bien los ojos, México, está plagado de las más diversas asociaciones religiosas que dicho en otras palabras son, minorías religiosas.

Se trata de un fenómeno que no va a detenerse, por el contrario va a aumentar por diversos de factores que no cabrían por sus implicaciones, en este espacio, sin embargo, las minorías religiosas tienen como objetivo fundamental que sus creencias, convicciones así como sus prácticas religiosas, diferentes o no a las de la mayoría, se mantengan, conserven y que llegado su momento, ante una problemática concreta, gocen no solo del reconocimiento que hoy les reconoce la CPEUM, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público y el Reglamento de dicha ley; su expectativa es aún mayor y radica en que la SCJN y la Corte IDH sienten bases jurisprudenciales claras y contundentes, en las que los órganos de control constitucional así como de convencionalidad, más allá de toda consideración que pretenda reconocer la existencia de las mismas configure bases en las que construya un ambiente de tolerancia, igualdad y respeto interreligioso frente a la autoridad, a la mayoría religiosa así como ante cada uno de los miembros integrantes de la sociedad, que en no pocas ocasiones en el ejercicio de su libertad de expresión –sobre todo frente a este derecho– minusvaloran todo tipo de creencia diferente a la dominante; en esa tesitura, la jurisprudencia debe crear los más elevados estándares de tolerancia propios de toda democracia constitucional.

Criterios jurisprudenciales

1. Criterios Nacionales

- Acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006.
- TAJ. LIBERTAD DE EXPRESIÓN *Semanario Judicial de la Federación* Quinta Época México Tomo: XXXVIII Página: 2747 Registro IUS 336742;
- Tesis: 1a. LX/2007 LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Novena Época México Febrero de 2007 Tomo XXV página 654 Registro No. 173253;
- Tesis: 1a. LXI/2007 LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO. SUS DIFERENCIAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Novena Época México XXV Página: 654, Febrero de 2007 Registro IUS 173252;
- Tesis: P. CXXXVI/2000 COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 48 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 50. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL QUE ORDENA QUE AQUÉLLOS SE MANTENGAN AJENOS A TODA DOCTRINA O ACTIVIDAD RELIGIOSA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Novena Época México Tomo: XII, Página: 14 Septiembre de 2000 Registro IUS 191133.

2. Criterios Internacionales

- Corte IDH. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73
- Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

Composición

• pluricultural
de la nación

Estándares sobre
composición pluricultural
de la nación

I. Derecho a la propiedad

De este derecho se desprende una dimensión individual y una dimensión colectiva de protección. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. El derecho a la propiedad del territorio ancestral, sino también a la explotación de los recursos naturales, ya que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo.

Los pueblos indígenas mantienen una estrecha relación con la tierra por lo que ésta debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.

Existe un *examen tripartito* para resolver conflictos sobre la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular que entran en contradicciones reales o aparentes. Las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos son: estar establecidas por la ley; nece-

sarias y proporcionales; y deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

Cuando existan conflictos de intereses entre propiedad comunal y propiedad indígena deberá realizarse un “juicio de proporcionalidad”, para el cual habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.

Respecto de la posesión de las tierras indígenas se debe de considerar de la siguiente manera: la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

Los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio ya que de ellos depende la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo.

II. Derecho a la consulta

Reconoce la participación activa de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre cuestiones que atañen su universo cultural y social, así como la obligación del Estado de

proveer de una legislación efectiva y dotar al entramado administrativo para el reconocimiento y aplicación de dicho derecho.

III. Derecho a la participación política

En cuanto la autonomía de los pueblos indígenas para elegir sus autoridades o representantes por el sistema de usos y costumbres, se debe analizar la legitimación activa de manera flexible por las particularidades que revisten esos grupos o comunidades, y las posibilidades jurídicas o fácticas que tengan sus integrantes para allegarse de los elementos necesarios para acreditarla, debiendo evitar en lo posible, exigir requisitos o medidas que son propias del sistema ordinario de acceso a la jurisdicción electoral, que puedan impedir la impartición de justicia y el ejercicio de algún derecho o su reconocimiento en favor de los mencionados grupos o comunidades. Los integrantes de una comunidad indígena tienen derecho a solicitar la elección de sus propias autoridades, siguiendo para ello sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, con pleno respeto a los derechos humanos.

En el ejercicio de los derechos políticos de los indígenas es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que puedan ser ejercidos de forma activa, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

IV. Derecho de autodeterminación

Para garantizar efectivamente los derechos indígenas, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.

La asignación del nombre y la identificación de la comunidad es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía y un rasgo que se vincula a la autodeterminación. Esto va de la mano con la capacidad de los pueblos indígenas de gestionar sus propios medios para garantizar su derecho a preservar y desarrollar su identidad cultural.

Principales criterios jurisprudenciales

- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.
- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- *Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Expediente SUP-JDC-9167/2011) MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ALEJANDRO LUNA RAMOS SECRETARIO: FERNANDO RAMÍREZ BARRIOS. México, Distrito Federal, a dos de noviembre de 2011.*

Composición pluricultural de la nación. Artículo segundo constitucional

Mario CRUZ MARTÍNEZ*

* Profesor-investigador de la Universidad Iberoamericana, Plantel Santa Fe.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos indígenas en México y el nuevo derecho común latinoamericano*. III. *La gramática de los derechos indígenas en México*. IV. *Igualdad jurídica y dignidad humana*. V. *La costumbre indígena*; VI. *Derecho de autodeterminación*. VII. *Derecho a la consulta*. VIII. *Derecho a la participación política*. IX. *Derecho al territorio*. X. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas; discriminación; multiculturalidad, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; autodeterminación; derecho a la consulta; costumbre indígena; propiedad comunitaria.

I. Introducción

En los últimos años la cuestión indígena ha sido concebida y entendida, principalmente, bajo dos perspectivas: los movimientos sociales indígenas y el auge del derecho internacional de los derechos humanos. En el primer rubro la lucha denodada de un buen número de actores sociales y políticos ha sido determinante para la conformación de un poderoso movimiento que en los últimos años ha adquirido importancia en América Latina, y que ha hecho visible la falta de equidad del Estado nacional en la aplicación correcta de políticas públicas que palien las carencias materiales, económicas y sociales en que históricamente han vivido los pueblos indígenas.¹ En este sentido, el escuálido andamiaje jurídico y la falta de esquemas institucionales, han prohiado en México, lo que un autor ha caracterizado como un modelo estatal débil y por consiguiente, una "democracia débil".² Esto ha ido a la par, de un fenómeno en donde la ciencia jurídica y los aplicadores del derecho han participado de forma determinante: la internacionalización de los derechos indígenas bajo el

¹ Véase AMBOS, Kai, *et al*, *Justicia de transición con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo 2009, p. 326 y ss., donde se explica el caso de México y la fuerte presencia de grupos sociales, indígenas en ciertas entidades federativas, que han señalado las grandes desigualdades de México. El informe sobre México lo desarrolla Elia Patricia Neri Guajardo.

² Véase, Holzner, Claudio A., "Mexico: Weak state, Weak Democracy", en *The Quality of Democracy in Latin America* (Edited by Daniel H. Levine and José E. Molina), Lynne Rienner Publishers, Londres 2011, p. 83 y ss.

esquema de los derechos humanos. Así, en lo que concierne la globalización de los derechos humanos, como discurso e ideología, el derecho indígena ha logrado constituir un corpus bien definido, como evidenciar la desigualdad en el ejercicio de los derechos civiles y políticos y más aún, la falta total de atención de los gobiernos nacionales para el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades indígenas.³ Es evidente que la cuestión social y cultural es un tema recurrente en el debate sobre los derechos indígenas. En otras palabras, se advierte una cuestión indispensable en el derecho indígena, la forma cómo los derechos humanos de los pueblos indígenas se ejercen de manera colectiva.⁴ Tan es así, que la bibliografía ha resultado copiosa para la poliédrica cuestión indígena. De tal manera se advierte la importancia que tiene el derecho indígena en el constitucionalismo y en las democracias latinoamericanas.

En esta perspectiva, resulta necesario el análisis que se planteará en las siguientes páginas. La reciente reforma constitucional del 10 de junio de 2011 articula una oportunidad única al sistema jurídico mexicano para la salvaguarda efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas, a partir de la utilización de los principios que se pueden identificar en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia internacional y en el derecho comparado. Este ejercicio se llevará a cabo privilegiando el estudio de sentencias que hayan dado una solución a una controversia donde estuvieran en juego derechos indígenas⁵ y con vistas a establecer una serie de principios o reglas comunes.⁶ En esta sede, se buscará articular una taxonomía resultante de la consideración de principios jurídicos indígenas emanados del derecho estatal e internacional de los derechos humanos, reglas jurídicas que han dimanado de variadas jurisdicciones nacionales, así como de otros documentos que

³ La proclamación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el 13 de septiembre de 2007, marca un hito en la mundialización de los derechos de los pueblos indígenas.

⁴ Así, se lee en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, "Los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros"; en el mismo orden, señalan los Comentarios del Comité Jurídico Interamericano a dicho Proyecto de 1998: "El derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos protege, con pocas excepciones, derechos individuales, si bien se reconoce que, en ciertos casos el ejercicio de derechos individuales solo puede ejercerse efectivamente de manera colectiva", citado por *Voto concurrente del Juez Eduardo Vío Grossi*, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, p. 2.

⁵ La utilización de la comparación jurídica a partir de sentencias judiciales en el ámbito latinoamericano es una práctica que ha comenzado a cobrar importancia en los últimos años. Véase por ejemplo, Rolla, Giancarlo, "La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales en América Latina", en *La ciencia del derecho procesal constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, T. II (Tribunales constitucionales y democracia), UNAM-IMDPC-Marcial Pons, México 2008, pp. 545-568; en la misma obra puede consultarse el texto de Pegoraro, Lucio, "La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: Un análisis comparado", pp. 385-436.

⁶ Sobre la importancia de la articulación de un derecho común a la luz de la comparación jurídica, véase, Delmas-Marty, Mireille, "Le phénomène de l'harmonisation: L'expérience contemporaine", en *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de Législation Comparée, France 2003, pp. 39-54.

han logrado especificar el perfil del derecho indígena.⁷ En suma, se presentará una serie de principios hermenéuticos que den luz a las disposiciones programáticas en materia indígena que delinea el texto constitucional mexicano, y sobre todo, después de la reforma constitucional indígena de 2001.

Precisamente, en esta sede resulta indispensable subrayar la trascendencia de los estudios comparativos en el discernimiento de los derechos de los pueblos indígenas,⁸ ya que la importancia de la veta comparativista es indispensable al momento de considerar los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El estudio jurisprudencial y la referencia a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas colocan en el fulcro de la discusión a la función hermenéutica del derecho comparado, sobre todo en el espectro latinoamericano. Por otra parte, la comprensión de los problemas jurídicos que surgen en virtud de los pueblos indígenas no pueden más que considerarse desde diferentes realidades nacionales. Asimismo, el derecho comparado resulta una buena veta de análisis frente a los fallos planteados por el poder judicial mexicano y evidencia brechas de reflexión y nuevas posibles respuestas en la solución de controversias dimanadas de la cuestión indígena. En una palabra. El seguimiento del derecho indígena en el ámbito comparativo posibilita la creación de un derecho comparado⁹ latinoamericano y establece los ejes para la defensa auténtica de los derechos de los pueblos indígenas.

El análisis de los derechos indígenas a la luz de diversas sentencias tanto de México como del derecho comparado implica considerar el fenómeno indígena desde un horizonte rico en matices. Vayamos por partes. 1994 es un año decisivo en la historia de México y sobre todo, en la geografía de la ciencia jurídica mexicana. Por una parte, la entrada en vigor del

⁷ Por ejemplo, la utilización de los informes técnicos denominados *Amicus Curiae* han sido de gran ayuda para el discernimiento de los derechos indígenas en el orbe latinoamericano. Esto es importante, porque "el Amicus es una herramienta interesante para aportar a favor de la democratización y la transparencia del debate judicial, en ciertos casos que excedan el mero interés de las partes, o supuestos que puedan resultar paradigmáticos por la proyección social y pública de la decisión por adoptar. (...) De igual manera, los Amicus contribuyen al mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social al poner en escena argumentos públicamente ponderados y puede proporcionar a los magistrados, actualizadas pautas atinentes a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos (TIDH), por parte de los diferentes órganos del sistema interamericano de derechos humanos, instrumentos de jerarquía constitucional que hoy no pueden ser ignorados", Ruiz Molleda, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), con relación al proceso de amparo presentado por la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cusco contra PROINVERSION, con el objeto que suspenda la ejecución del Proyecto Majes Siguan II por amenaza de los derechos a la vida y a la salud ante el Primer Juzgado Mixto de Wanchaq (expediente No. 2010-370), p. 5.

⁸ Resulta interesante descubrir la rica jurisprudencia internacional y la considerable doctrina a partir de la aplicación y exégesis del Convenio 169 de la OIT o de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, o bien, la creación de la figura del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas a principios del nuevo milenio.

⁹ Una de las funciones del derecho comparado es la búsqueda de una *lingua commune*. Cfr. Legrand, Pierre (Coord.), *Comparer les droits, résolution*, PUF, París 2009, especialmente el texto de Marie-Laure Mathieu-Izorche, *Approches épistémologiques de la comparaison des droits*, pp. 123-146.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la imbricación de la cultura jurídica mexicana, de tradición de derecho escrito, y el sistema jurídico de *common law*;¹⁰ por otro lado, el surgimiento del movimiento social encabezado por el EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) galvanizó la discusión sobre los derechos indígenas, que cristalizó en la reforma constitucional de 2001. En dicha reforma se establecieron disposiciones programáticas que establecían derechos a los pueblos indígenas. Gradualmente las diferentes entidades federativas fueron estableciendo un derecho legislativo que establecía los principios de la Constitución Federal.

Veamos la importante galvanización que han tenido los derechos indígenas en México en los últimos tiempos. Desde la última década de los años noventa del siglo pasado, el derecho en México comenzó a cambiar su óptica de análisis y de comprensión. Una infinidad de factores explican dicha situación. Por ejemplo, la comunicación de ciertas características del derecho anglosajón, como el reposicionamiento de la figura del juez y el papel determinante del poder judicial en el sistema democrático, aunado a la visibilización de los derechos indígenas en el marco constitucional, constituyó un buen punto de partida para entender la dimensión jurídica del fenómeno indígena. Aunado a lo anterior, es posible advertir que el derecho mexicano singularizó los principios de la modernidad jurídica. En este sentido, el ordenamiento jurídico mexicano omiso en principio a la regulación de los derechos indígenas, constituyó un sistema jurídico pleno de contradicciones, ya que bajo el auspicio del principio de igualdad, pretendió enfrentar cualquier causa, atribuyendo al ordenamiento legal, la falta de regulación normativa.

Siguiendo este análisis, las posibles facetas de reflexión señaladas son convergentes en un aspecto. No es posible brindar justicia social, disminución de la pobreza de las comunidades indígenas si no existen las herramientas jurídicas para galvanizar la defensa de los derechos en todos los órdenes. O como señalara el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en 2004:

La justicia debe entenderse no sólo como la aplicación efectiva de la ley y el funcionamiento de un buen sistema judicial, sino también como un proceso en el que las personas que se encuentran permanentemente en situación de acusada desventaja pueden encontrar la forma de superar los distintos tipos de desventajas por medios legítimos y socialmente aceptables a largo plazo.¹¹

¹⁰ Sobre este particular véase nuestro texto, Cruz Martínez, Mario, "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: ¿El civil law en revisión?", en *Jurídica (Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana)*, Número 39, México 2009, pp. 93-124.

¹¹ ONU. "Las cuestiones indígenas", Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, (E/CN.4/2004/80), 26 de enero de 2004, p. 7.

En otras palabras, es evidente la importancia que tiene el auténtico ejercicio de los derechos en el ámbito de los pueblos indígenas para lograr la existencia de un sistema equitativo en las sociedades indígenas. No tan solo los movimientos sociales, o las acciones de los gobiernos harán eficaces los derechos, sin la participación de los sistemas judiciales. Los aplicadores del derecho, pues, serán actores determinantes en la configuración de un nuevo sistema jurídico que pretenda hacer efectivas las disposiciones programáticas de los textos constitucionales y las acciones de las entidades gubernamentales.

A pesar de que la regulación jurídica indígena fue prácticamente omisa en México, hasta finales del siglo XX, los pueblos indígenas articularon un poderoso caudal de reclamos básicos a través de diversos movimientos sociales y de la decidida participación de diferentes ciencias sociales, como la antropología o la etnología. Se encuentra en este punto un aspecto que debe traerse a la discusión. La falta de asertividad de la ciencia jurídica en el discurso de los pueblos indígenas y la escuálida jurisprudencia ha sido sustituida por un debate jurídico pleno de referencias culturales pero en muchos casos sin ningún asidero técnico-jurídico.¹² Por ello, es evidente, que el camino de la reivindicación de los pueblos indígenas ha sido difícil y lleno de contradicciones. El discurso público lleno de alusiones a lo indígena y ciego a cualquier diversidad que afecte o cuestione la aplicación de los principios básicos del liberalismo jurídico. En otras palabras. El fenómeno jurídico indígena ha sido una muestra clara del cabalgar de los grupos sociales ansiosos de evidenciar las incongruencias de la acción pública.

En esta perspectiva, se puede resaltar que la ciencia jurídica y la búsqueda de necesidades y expectativas sociales han resultado aspectos llenos de matices y de cuestiones críticas, que han sido un reclamo de los movimientos sociales y que han enarbolado con decisión los pueblos indígenas mexicanos. ¿Cómo es posible conciliar orden y la cascada proteica de las necesidades de los pueblos indígenas? Todos los cuestionamientos han sido analizados por diversas disciplinas sociales. En esta tesitura, las comunidades indígenas resultan un excelente modelo para entender las cuitas de la ciencia jurídica en dos ámbitos perfectamente acotados. El derecho como una encarnación de lo público y el derecho como un conjunto normativo que pretende recrear las libertades ciudadanas y más aún, con el objetivo de potenciar la cultura, y los universos morales. Dicho con otras palabras, se advierte que la visión que comprende al fenómeno jurídico como paradigma lleno de oropeles formales y requisitos legislativos, ha transitado a un horizonte donde el derecho se presenta como universo de la imaginación política de los ciudadanos y como un buen número de posibilidades de actuación ciudadana. Justamente, las declaraciones de derechos humanos demostraron la

¹² Para ahondar sobre esta cuestión, véase nuestro trabajo, Cruz Martínez, Mario, "¿Es necesaria la desculturización de los derechos indígenas?", *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 38, 2008, pp. 29-75.

existencia de un dilema en el ámbito indígena. Su perfección geométrica en el plano ideal, y la difícil aplicación en la espinosa y cruda realidad. Por ello, resultaba quimérico crear paradigmas jurídicos, leyes, códigos que pretendieran colmar un continente amorfo y lleno de veleidades que resultaban en la hibridización de las culturas indígenas y su interacción con otros modelos culturales. Un auténtico mito de Sísifo en el plano jurídico-formal: la norma jurídica siempre intentando avanzar con el desarrollo de las comunidades políticas y cayendo siempre en el terreno de la *desuetudo*. Por otra parte, en algunos casos se han cuestionado los derechos indígenas por su eventual colisión con derechos individuales. Un debate resulta claro. Cuando dos derechos humanos se hallan enfrentados, quién asumiría la responsabilidad de decidir sobre la jerarquía de uno o de otro. Es aquí donde emerge la participación de los poderes judiciales en el ámbito de la ponderación jurídica. Sin embargo, más adelante se abundará sobre este importante tópico.¹³

Por otra parte, la regulación jurídica en el ámbito de lo indígena demostró su carácter parcial; el derecho entendido como sinónimo de la voluntad popular, y su concomitante cristalización legal, demostró su inferioridad frente a la exuberante realidad social y sobre todo, la incapacidad de los aplicadores y tribunales de dar una solución a los problemas que surgen en la realidad. En otras palabras, tradicionalmente, el sistema jurídico no ha logrado ser concebido bajo su órbita de emancipación. El perfil de las comunidades políticas no tan solo es delineado por la regulación y reconocimiento de sus derechos sino fundamentalmente, la efectiva posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos.

En este punto, resulta necesario añadir al discurso una reflexión sobre la jurisprudencia en el ámbito indígena. Víctor Hugo Cárdenas, Presidente del Comité Directivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe en los años noventas, señala una anécdota importante:¹⁴ en 1995, varios dirigentes indígenas pisaban por vez primera las

¹³ Desde esta perspectiva de análisis, resulta interesante la frase de un ministro de la Corte Mexicana: "Es fácil advertir en sus 136 artículos (de la constitución mexicana) tres propósitos fundamentales previstos por el Constituyente Originario y dinamizados por el Constituyente Permanente, o Poder Reformador: 1.- Garantías individuales que tienden a salvaguardar y hacer efectivos los derechos humanos de todos los miembros de la comunidad mexicana; 2.- Protecciones especiales a favor de los indígenas, los campesinos y los obreros, con el fin de corregir desviaciones socioculturales, políticas y económicas que han propiciado su marginación y, con ello, han dificultado seriamente que puedan gozar de la forma de vida que suponen los derechos que la Constitución reconoce a todos; 3.- principios y reglas de la organización y funcionamiento del gobierno a fin de que sea eficaz y eficiente para lograr cotidiana y dinámicamente que se consigan a plenitud los objetivos señalados en las líneas anteriores", Voto Particular que formula el ministro Mariano Azuela Güitrón en contra de la resolución mayoritaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las controversias constitucionales 48/2001 y 82/2001 promovidas por los ayuntamientos de Santiago Amoltepec y San Pedro Quiatón Tlacolula, del Estado de Oaxaca, respectivamente, p. 13. Disponibles en <<http://www.scjn.gob.mx/CentroBusqueda/results.aspx?k=controversias%20constitucional%2048/2001%20y%2082/2001>> (26 de junio de 2013).

¹⁴ *Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999, p. 65.

instalaciones de la Corte Suprema de Justicia y, según el autor, se evidenciaba una paradoja: desde cuándo la administración justicia ha estado vinculada de manera cercana y efectiva con el mundo indígena. En realidad la historia resulta interesante por su valor simbólico y la pléyade de cuestionamientos que surgen. ¿Dentro de la ciencia jurídica es posible hablar de un paradigma multicultural? ¿El ordenamiento jurídico mexicano debe reconocer la diferencia étnica y sacrificar, en ciertos casos, el principio de homogeneidad surgido o recreado por el principio de igualdad? ¿Los pueblos indígenas han tenido la posibilidad real de ejercer sus derechos colectivos? ¿Las diferentes entidades del Estado y los aplicadores del derecho han propiciado la búsqueda efectiva de criterios de justicia en el ámbito del derecho indígena? ¿El sistema jurídico mexicano cuenta con las herramientas necesarias para la aplicación del derecho en la órbita indígena? ¿Es posible referirse al concepto de autonomía y autodeterminación en el universo indígena? ¿Cómo se articularía y cuáles serían los alcances de la autonomía y autodeterminación en el sistema jurídico mexicano? Los cuestionamientos son tan amplios como complejos. Pero, en los últimos años, después de que una buena parte de países de América Latina realizaron en sus diseños constitucionales el reconocimiento de paradigmas constitucionales multiculturales, surgen otro tipo de desafíos para los diversos sistemas jurídicos. ¿Cómo hacer efectivos los principios ordenadores del derecho consuetudinario indígena y permitir la homologación en el ámbito jurisdiccional? En otras palabras, como conciliar los diferentes modelos normativos del derecho indígena y lograr su justiciabilidad en la administración de justicia del Estado nacional. La tarea no es fácil y sobre todo, no puede delegarse la obligación al legislador nacional para resolver las cuitas que sobresalen por esta cuestión, porque como se señalara, el acceso a la justicia "constituye el más fundamental de los derechos".¹⁵ De lo contrario, se puede caer en un dudoso círculo vicioso sin salida.

Un problema resulta evidente en esta sede; la falta de reconocimiento de la cuestión indígena por parte de las diferentes legislaciones, pero más aún, el desconocimiento de los principios jurídicos que animan el paradigma indígena. En este sentido, resulta contundente la afirmación de Rodolfo Stavenhagen: "la violación sistemática de los derechos humanos y colectivos de los indígenas se debía, en buena medida, al desconocimiento de su derecho consuetudinario y de las normas y costumbres que regulan su vida social".¹⁶

Las páginas que a continuación se esbozarán, pretenden ir más allá del debate sobre el conocimiento del derecho consuetudinario o modelo social indígena; esta actividad podría ser

¹⁵ Frase de Mauro Cappelletti citada en Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, p. 1.

¹⁶ Citado en Chenaut, Victoria, y Sierra, Teresa, "La antropología jurídica en México: temas y perspectivas de investigación", en *Pueblo indígenas ante el derecho*, CIESAS, México 1995, p. 13.

abordada en otra reflexión con pretensiones más teóricas y auxiliándose de otras disciplinas. Lo que se destacará en este ensayo, es la integración de un modelo de análisis jurídico, a través de la enunciación de principios o reglas jurídicas surgidas en la interpretación judicial mexicana o de algunos fallos judiciales por jurisdicciones internacionales o de otros ordenamientos nacionales. Obviamente, este estudio plantea un análisis que deberá ser continuado en otra sede, pero que busca marcar una impronta. Identificar dentro de la actividad judicial los principios que se han construido por los tribunales. Lo anterior tiene una teleología bien definida, constituir un modelo de orientación en la impartición de justicia y sobre todo, comenzar a construir una gramática auténticamente jurídica sobre los diferentes principios o reglas que surgen con motivo de la aplicación de normas jurídicas en el ámbito indígena. Dicho trabajo resulta necesario porque tradicionalmente la doctrina mexicana al analizar los meandros del sistema jurídico indígena ha privilegiado la exégesis de textos constitucionales y se ha enfocado a identificar los principios existentes en el propio derecho constitucional;¹⁷ o bien, en otra tesitura, algunos establecen la necesidad de que los propios ciudadanos sean garantes del cumplimiento de las normas tanto nacionales como internacionales;¹⁸ esta veta de reflexión es también un aspecto que no consideraremos en esta investigación. Más allá de lo anterior, entre otras posibles de análisis del derecho indígena, se puede hacer una caracterización o más bien, se puede hacer el esfuerzo por sistematizar los frutos de los diferentes tribunales y de las diversas jurisdicciones, tanto locales como de otras tradiciones. Esto porque desde diversos fallos judiciales se ha establecido la necesidad de menuzar los diversos derechos indígenas en el ámbito de las legislaturas estatales. Lo anterior es un buen punto de partida para señalar que casi siempre se ha pretendido dejar toda la obligación al legislador para hacer más específicos y concretos los derechos de los pueblos indígenas.¹⁹

¹⁷ Véase, por ejemplo, *El reconocimiento legal y vigencia de los sistemas normativos indígenas en México*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, México 2008. También puede leerse, Gregor Barié, Cletus, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, México 2000, 594 p., donde se hace un análisis donde se estudian aproximadamente 21 legislaciones de América Latina.

¹⁸ Señala Stavenhagen, que en materia de derechos indígenas, "si bien son los gobiernos quienes firman los tratados internacionales, es la sociedad civil quien debe estar pendiente de ver cómo el gobierno cumple sus obligaciones", Stavenhagen, Rodolfo, "Derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas", en *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México 2006, p. 25.

¹⁹ "Constituye por tanto, labor de las entidades federativas y, concretamente, de sus Poderes Legislativos, establecer el marco legal de este reconocimiento, los requerimientos que deberán satisfacerse para poder ser considerados pueblos, comunidades y sujetos indígenas en lo individual, con las consecuencias que este reconocimiento implica en la aplicación de las disposiciones constitucionales y legislativas. Concretamente, se establece la obligación para los Estados, tratándose de comunidades indígenas, de dictar las normas para su reconocimiento como entidades de interés público", Amparo en revisión 123/2002. Sentencia definitiva de 4 de octubre de 2002, México, p.1644. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=IND%C3%8DGENA%20%20&Consecutivo=0&Anio=2002&TipoAsunto=2&Pertenecia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0>> (26 de junio de 2013).

Nuestro ensayo focalizará pues, de manera general, el ámbito judicial y su tratamiento de los derechos indígenas; más aún, se buscará destacar como algunas sentencias judiciales que han sido emitidas por conflictos donde han estado involucrados pueblos indígenas, han logrado establecer ciertos lineamientos en la comprensión de las disposiciones programáticas del texto constitucional mexicano. A partir de ahí, se buscará señalar los principios jurídicos que serán necesarios en la articulación de una auténtica teoría jurídica indígena.

En este sentido, resulta necesario concebir el derecho indígena, no tan solo desde la perspectiva legislativa sino desde la óptica judicial. Como señalara un autor, "hay constituciones que expresamente se fundan en derechos. Jueces hay que eficientemente los aseguran. Una y otra cosa no siempre se dan juntas".²⁰ Es necesario menuzar fallos de cortes judiciales para poder vertebrar una tipología de principios que resulten útiles para los diferentes aplicadores del derecho, y demás sectores interesados en la aplicación de la justicia indígena. Si se atisba en el derecho comparado, se puede identificar un buen número de iniciativas que han buscado posicionar la labor de los tribunales y su incidencia en la construcción de mecanismos necesarios para la consolidación de los sistemas democráticos. En este orden de ideas, es claro cómo el derecho ha logrado ser un adecuado vehículo para la canalización de demandas ciudadanas. Detrás de la vieja discusión si los cambios sociales empujaban los cambios jurídicos, se ha advertido en la cuestión indígena, que los cambios sociales requieren del acompañamiento jurídico. Harold Berman planteó una interesante tesis en su célebre texto *Law and revolution*: Si una revolución no trasciende el ámbito del cambio social violento, por la búsqueda de un nuevo ordenamiento jurídico, la revolución se metamorfosea en una mera asonada o revuelta más. Esto es, el derecho es necesario para la constitución de nuevos horizontes normativos que recrean un espacio democrático de participación ciudadana. Los diferentes movimientos indígenas en México ha logrado articular un poderoso discurso social en donde el derecho tiene un lugar preeminente.²¹

De tal suerte, se puede advertir que en los últimos años, la dimensión del fenómeno indígena en México se ha transformado, pasando de una realidad social y discurso político para convertirse en el punto de partida de una profunda discusión en la ciencia jurídica. La reforma del 14 de agosto de 2001 estableció los ejes esenciales del sistema jurídico indígena.

²⁰ Clavero, Bartolomé, *Los derechos y los jueces*, Cuadernos Cívitas, Madrid 1988, p. 15.

²¹ Véase mi texto, Cruz Martínez, Mario, "La otra revolución: El neozapatismo y sus implicaciones jurídicas", en *Derecho y revolución*, (En prensa), y Ansolabehere, Karina, *Diversidad retórica: Suprema Corte de Justicia y Diversidad Cultural (Borrador)*: "Es notorio que desde mediados de la década del 90, cuando toma luz pública el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), se produce una paradoja, quienes toman las armas para hacer visible la situación de marginación de los pueblos indios de México, y las diferentes expresiones de las organizaciones indígenas eligen la vía del derecho como una de las principales para dar curso a sus reivindicaciones históricas", p. 1.

Si bien, la reforma no resultó convincente en muchos aspectos, al menos se estableció un marco legal para la existencia de los derechos indígenas en México y de esta manera se "visibilizaron" los derechos indígenas. La ausencia de la nominación de los derechos indígenas en el sistema mexicano era un gran déficit del modelo constitucional mexicano. Paradójicamente, la discusión política y social del indigenismo en México ha sido tan amplia como heterogénea y con una larga historia en el siglo XX. Si se revisa la amplia bibliografía de los movimientos indígenas se advertirá, que con raras excepciones, la argumentación jurídica, hecha por juristas, ha estado ausente en la articulación de propuestas. Este panorama ha sido modificado con el posicionamiento de la temática de los derechos humanos y ha creado una notable discusión y ha conformado, incluso, una ideología sobre los conflictos y los derechos de las comunidades indígenas. En efecto, la relación estrecha entre pobreza y retraso económico de la mayoría de los pueblos indígenas en México ha sido determinante para crear una teoría crítica sobre los paradigmas políticos y jurídicos del México del XXI. Se puede señalar que tácitamente se ha aceptado la discriminación de los pueblos indígenas.²² De esta forma, en los últimos años se ha logrado consolidar un buen corpus teórico sobre los sistemas jurídicos indígenas, que han permitido abrir, importantes brechas de reflexión científica y sobre todo, posicionar la cuestión indígena en el ámbito de los derechos humanos. Sin embargo, una interrogante surge en el ámbito del estado constitucional mexicano con motivo de los derechos indígenas: cómo articular el derecho indígena en el derecho nacional. Las posibles respuestas van desde lo político hasta lo social;²³ sin embargo, escasamente se ha argumentado la importancia que tendría lograr la validez del derecho indígena desde la actividad de los tribunales.

Además, vale la pena recordar, que los últimos años han sido pródigos en la discusión jurídica sobre los pueblos indígenas y sus ordenamientos jurídicos desde un ámbito bien definido. Vemos con cuidado. No obstante, aunque los diversos análisis han ampliado el espectro de los derechos indígenas y se han identificado diversos enfoques interdisciplinarios, la doctrina ha privilegiado la investigación teórica y ha concentrado sus esfuerzos en establecer los

²² "El órgano reformador de la Constitución, como encargado de adaptarla a la realidad social, estableció ahora diversos derechos en materia indígena al encontrarse estos sectores de la población en situaciones de rezago y desigualdad frente al resto de la población que conforma la nación mexicana", Amparo en revisión 123/2002... *supra* nota 20, pp. 455 y ss.

²³ Por ejemplo, el jurista Jorge Alberto González Galván sugiere como propuestas para la inclusión de lo indígena en el ámbito del Estado nacional: "Se tendría que ir incorporando personal a las instancias ejecutivas, legislativas y judiciales del Estado, con conocimientos de las lenguas y culturas de los pueblos indígenas. Parte de este proceso podría considerar la posibilidad de convocar a nuevos congresos constituyentes para darnos Constituciones (federal y locales) con representantes de los pueblos indígenas, que respondan a la demanda de respeto a las diferencias culturales para que las relaciones sociales sean igualitarias, y respondan a la demanda de solidaridad social para que las condiciones de vida de la mayor parte de la población de este país sean dignas", González Galván, Jorge Alberto, "Validez del derecho indígena en el derecho nacional", en *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, Carbonell Miguel y Portilla Karla (coord.), México IJ-UNAM, 2002, pp. 48-49.

diferentes elementos del derecho indígena. Justamente, en las siguientes páginas se construirá una reflexión sobre el derecho indígena considerando algunas sentencias emitidas por el poder judicial. Dicho ejercicio entraña una actividad necesaria y escasa en nuestro sistema jurídico: a saber, un estudio jurídico que haga las veces de una serie de principios que puedan orientar al académico, al aplicador del derecho, en definitiva al jurista que busque encontrar una solución a los dilemas y problemas que plantea el ejercicio de los derechos humanos de las comunidades indígenas. Varios son los motivos, de diverso calibre, que animan esta investigación y cómo se verá las razones son tan amplias, que deben menuzarse. La falta de referencias jurídicas en el sistema jurídico mexicano sobre el derecho indígena, a partir de la práctica de los tribunales, y más aún, el desarrollo escaso de la sistematización de dichos fallos ha provocado una cuestión muy evidente. La discusión jurídica ha sido notoriamente polarizada por los actores políticos. Es decir, el argumento jurídico ha sido relegado por el razonamiento social o político. Por ello, se debe privilegiar el derecho comparado, especialmente, aquellos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "la Corte") y otros, porque es posible construir una teoría jurídica indígena a partir de los reclamos concretos que han planteado los pueblos indígenas ante los diversos tribunales en diferentes países de América Latina. Además, una de las razones que sobresalen para estudiar tribunales que Aplican Derecho internacional o derecho común, es la protección que hacen esas jurisdicciones a los derechos colectivos²⁴ y además porque algunos de ellos, "perfilan una dimensión transnacional de la jurisdicción constitucional".²⁵ Asimismo, en la arena internacional se ha intentado dialogar los derechos individuales y los derechos colectivos de las comunidades indígenas, sobre todo, en lo concerniente en el ámbito de los derechos humanos.²⁶ Finalmente, un aspecto que resalta el análisis de los derechos indígenas es la falta, en un inicio, por parte de los Estados nacionales de reconocer su naturaleza. Incluso, paradójicamente, en el derecho internacional es posible advertir la necesidad de las comunidades indígenas de buscar el reconocimiento, pero sobre todo, el auténtico ejercicio de sus derechos. Paradoja clara, porque la expresión derecho internacional²⁷ resultaría contradictoria; "derecho" se

²⁴ Véanse los Comentarios del Comité Jurídico Interamericano al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: "El derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos protege, con pocas excepciones, derechos individuales, si bien se reconoce que, en ciertos casos el ejercicio de derechos individuales sólo puede ejercerse efectivamente de manera colectiva". Citado por el Juez Diego Vio Grossi, *Voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi*. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra* nota 5, p. 2.

²⁵ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, "México y el sistema interamericano de protección", en *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, México 2002, p. 619.

²⁶ Cfr. Art. 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007: "Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos".

²⁷ En los últimos años se han escrito una buena cantidad de textos que buscan contextualizar a los pueblos indígenas en el ámbito del derecho internacional. Véase por ejemplo, Anaya, Jame, *Los pueblos indígenas en el derecho*

referiría a una órbita soberana del Estado e "internacional" se establece a partir de la pluralidad de sistemas jurídicos y las diferentes inte-relaciones de éstos. Se requiere señalar que el fenómeno indígena se vincula a derechos de pueblos originarios, es decir, a realidades culturales y sociales que tiene una dinámica propia y que en ciertos casos se alejan de la realidad que establece el Estado-nacional. Las razones de esto escapa a esta investigación, sin embargo, en el ámbito jurídico tiene grandes consecuencias.

Otro elemento que es posible añadir a las características de este ensayo es el referido a la originalidad del sistema jurídico latinoamericano. Esto es, considerando ciertos fallos de Tribunales Latinoamericanos es posible establecer un nuevo derecho común de los pueblos indígenas de América Latina. Es claro destacar, que se buscará caracterizar una tipología de principios jurídicos que establezcan insumos que permitan a los juristas resolver los conflictos jurídicos.²⁸ Es pues, que el *leit motiv* que anima este ensayo es notablemente conceptual, pero buscando en la praxis de los tribunales. Debe recordarse, que este estudio es general y seguramente deberá ser continuado y profundizado.

II. Los derechos indígenas en México y el nuevo derecho común latinoamericano

Resulta necesario analizar la necesidad del sistema jurídico mexicano de "internacionalizar" los derechos nacionales de los pueblos indígenas de México. Esto debido a diversas circunstancias. Aunado a la utilización del derecho comparado se plantea un escenario de reivindicaciones indígenas en el sistema internacional, o como se ha señalado, la globalización de reclamos sociales. Los derechos indígenas han demostrado en los últimos años su vocación universal, desplazando su órbita nacional para inscribirse en el ámbito de la denominada globalización jurídica. Dicho de otra manera, el fenómeno indígena ha adquirido notoriedad por su cariz político social para constituirse uno de los principales temas de la agenda democrática de América Latina. En esta línea de reflexión resulta necesario destacar la importancia de la actividad judicial en materia de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas.

internacional, Editorial Trotta, Madrid 2005; Castrillón Orrego, Juan Diego, *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*, UNAM, México 2006.

²⁸ En esta investigación no se analizará el tema de la actividad del Estado para establecer elementos que efectivamente logren elevar los índices sociales y económicos de los pueblos indígenas. Todo esto estaría más bien en la órbita de políticas públicas. Como se ha afirmado, "las políticas públicas de derecho judicial en relación con los pueblos indígenas se refieren, por una parte, al reconocimiento de su derecho a ejercer su derecho, es decir, sus sistemas normativos y su jurisdicción, y, por la otra, a la obligación del Estado a garantizar su derecho a acceder a la justicia estatal", González Galván, Jorge Alberto, "El convenio 169 de la OIT y la reforma constitucional indígena en México", en *Los derechos humanos y la globalización. Fascículo 4. Derechos humanos. Del multiculturalismo a la interculturalidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2008, p. 29.

Diversos países han logrado transitar de modelos homogéneos a diseños institucionales complejos o plurales y es justo, que el papel de los poderes judiciales ha sido determinante.

Sin embargo, surge una cuestión. Uno de los grandes retos de la ciencia jurídica ha sido identificar los linderos entre lo político, lo social y lo cultural. En efecto, el derecho al dar soluciones técnicas necesita del planteamiento multidisciplinario para tener una concepción holística del problema social. En este sentido, es claro que una de las bondades de los grandes debates de la ciencia jurídica contemporánea es la de establecer la necesidad de concebir el fenómeno de lo jurídico desde los diferentes meandros que alimentan la complejidad de las comunidades políticas. En lo relativo a los derechos indígenas, el gran debate ha sido lograr plantear los diferentes conceptos culturales y sociales indígenas de acuerdo a la gramática jurídica. Esta tarea ha sido uno de los principales obstáculos, lograr homologar adecuadamente nociones como autonomía, autogobierno, usos y costumbres desde los diversos conceptos jurídicos que integran el entramado jurídico. Esto se presenta como un elemento indispensable de la discusión, porque solo a través de un adecuado abecedario jurídico de los pueblos indígenas se logrará un acceso efectivo a la salvaguarda y protección de los derechos del mundo indígena. Dicho con otras palabras, existen disciplinas, como la antropología y sociología por ejemplo, que han ayudado a explicar los meandros de la cuestión indígena,²⁹ pero ha faltado una adecuada taxonomía jurídica para entender los conceptos jurídicos a la luz de otras disciplinas.³⁰

Veamos algunas consideraciones que han impedido comprender los principios jurídicos subyacentes de la realidad indígena. Justamente uno de las interrogantes que han desvelado la ineficacia del sistema de justicia en México es la aplicación, desde el siglo XIX, del principio

²⁹ Véase por ejemplo, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, en el ámbito de las pruebas del Caso, los testimonios de dos especialistas antropólogos Theodore Macdonald y Rodolfo Stavenhagen, donde señala el primero la importancia del concepto de cultura indígena para entender la noción indígena del territorio: "Para hablar de los Mayagna como comunidad hay que verlo todo como un proceso. Actualmente es un grupo que tiene su propio liderazgo, tiene su propia forma de organización social y se reconoce a sí misma como una comunidad indígena", p. 23. Stavenhagen afirma: "Los pueblos indígenas se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la autoidentificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos", p. 25.

³⁰ Como señalara de manera contundente Héctor Díaz Polanco: "Hay mucha ignorancia de lo que pasa en las comunidades indígenas en relación con el derecho consuetudinario, y es algo que hay que trabajar para rellenar este hueco. Pero me parece que no se debe descuidar el conocimiento de la lógica jurídica nacional, es decir, la lógica de los juristas, porque el desconocimiento imposibilita la posibilidad de articulación". Otro problema de volver demasiado antropológico el estudio de los derechos consuetudinarios indígenas, continúa Díaz Polanco, es la de referirse "a esta tradición de la antropología a convertir en objeto absoluto su objeto de trabajo, de investigación y de reflexión; es probablemente nuestra enfermedad infantil y además la miseria de la antropología. Ya descubrimos una mina, la del derecho consuetudinario, ahora la convertimos en algo absoluto, algo que tiene lógica propia", Díaz Polanco, Héctor, participación en Presentación de Libro *Entre la Ley y la costumbre*, Cuadernos del Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.

de igualdad de manera indiscriminada. En el caso de las comunidades indígenas, el siglo XIX demostró la intención del sistema político y jurídico de "incluir" a los pueblos indígenas en el discurso nacional. Son pocos los análisis que se pueden obtener del derecho indígena en el siglo XIX y por ello resulta imprescindible atisbar en otras disciplinas para desvelar las características de lo indígena y de la forma en que la justicia concibió a la cuestión indígena.

Subrayamos una idea. Resulta necesaria una reflexión que busque establecer las características técnicas que presenta la aplicación de la justicia en el ámbito de la multiculturalidad. Se debe recordar que la bibliografía no ha sido pródiga en el análisis y discernimiento del derecho indígena y su aplicación; existe, sin embargo, una buena literatura sobre las características del fenómeno indígena desde la óptica de variadas disciplinas sociales, como la historia, la antropología, la sociología, la filosofía, la ciencia política, entre otras.

En este sentido, es necesario presentar un análisis que tenga como objeto establecer una serie de principios que establezcan un modelo orientador a los miembros del poder judicial mexicano, en el ámbito de la interpretación y argumentación jurídica. Esta propuesta nace del análisis sumario de las principales teorías del multiculturalismo, y sobre todo, desde el estudio de algunas sentencias que han sido casos relevantes en la ciencia jurídica mexicana y sobre todo, desde el derecho comparado, especialmente, la jurisprudencia emanada de la Corte IDH; esto debido a la actividad dinámica de la Corte en la protección de derechos humanos, pero considerando la raigambre comunitaria o colectiva de los derechos indígenas. Más aún, la Corte ha sido determinante en la constitución de un *ius commune* en el ámbito del derecho indígena ya que ha establecido principios jurídicos a partir del derecho indígena local de los diferentes países latinoamericanos considerando los derechos humanos como el núcleo de la democracia de los países latinoamericanos. Resulta pues, necesario que estos principios sean conocidos por los integrantes del Poder Judicial Mexicano, aplicadores del derecho, el foro, universidades, entre otros actores. En definitiva, se requiere la socialización de los principios que alimentan el ordenamiento jurídico indígena en la comunidad jurídica, para que la cultura jurídica en México pueda considerar sin ningún aspaviento del ejercicio irrestricto de los derechos indígenas. El ejercicio de los derechos no pasa solo por el reconocimiento legal, aplicación en sentencias, o del establecimiento de políticas públicas; también es necesario que la cuestión indígena sea un elemento de la cultura jurídica de los ciudadanos. Lo interesante de este enfoque, es que el estudio de sentencias indígenas provee un material vital para la discusión en el aula universitaria.

Por otra parte, en México el estudio del derecho desde el ámbito judicial ha sido más bien escaso, y sobre todo se ha privilegiado el estudio de la ciencia jurídica desde la teoría; lo

anterior no se afirma con el ánimo de menoscabar la importancia de la "teoría pura" sino más bien, destacar la necesidad de contar con principios sobre la interpretación concerniente a la multiculturalidad a partir del análisis jurídico de lo social concreto (sentencias) y enhebrando la teoría filosófica de la multiculturalidad. Las razones de esta decisión deben evidenciarse. Desde hace un buen tiempo se ha considerado a la práctica judicial totalmente supeditada a las reglas legislativas; este punto de vista resulta cierto. Sin embargo, existe un buen número de sentencias que han logrado establecer principios que la legislación y la teoría jurídica no habían podido desvelar.³¹

Otra cuestión que ha creado una serie de obstáculos a la adecuada impartición de justicia en el ámbito indígena, ha sido el de la histórica corrupción y la perenne desigualdad social y económica que padecen las comunidades indígenas en México. Si bien en el México decimonónico la discusión sobre la cuestión indígena fue exigua y notoriamente ausente de los grandes debates políticos y sociales, es posible encontrar algunas referencias interesantes. Una de las consideraciones más notables de la reflexión judicial fue la planteada en el siglo XIX por el jurista Ignacio Vallarta. Para este notable abogado, el principio de igualdad jurídica debía borrar cualquier diferencia entre las comunidades indígenas y los derechos individuales. Como se puede advertir, la igualdad entraña uno de los principales símbolos del constitucionalismo mexicano con el que se buscó plantear las soluciones al fenómeno indígena. En este sentido, se ha señalado que a pesar de que el sistema jurídico mexicano estableció con el principio de igualdad, una certeza técnica al momento de impartir justicia, y de esta manera se sujetó a las comunidades indígenas a la utilización del principio de individualismo jurídico, los pueblos indígenas intentaron reivindicar sus derechos a través de los instrumentos procesales existentes.

Como se había señalado con anterioridad, la escasa bibliografía sobre la defensa de los derechos de las comunidades indígenas establece la necesidad de establecer una tipología de la justicia indígena a partir de algunos fallos que el Poder Judicial Mexicano ha dado en los últimos años, para de esta manera establecer una suerte de principios orientadores en el ámbito de la impartición de justicia. A continuación se presentarán algunos de los derechos que son innatos al sistema jurídico de los pueblos indígenas en México. Se debe señalar que la siguiente es una tipología enunciativa y que se desprende de las sentencias que se han dado en México y en el derecho comparado. Si bien esto tiene la finalidad de menuzar los derechos consagrados en el texto constitucional mexicano, es atendible recordar que la

³¹ Por ejemplo, la Sentencia Yatama de 2005 dictada por la Corte Interamericana resulta una excelente orientación sobre la aplicación de los derechos políticos de las comunidades indígenas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención"), y su acompañante la Corte IDH, serán acompañadas por otros tratados internacionales de derechos humanos de los que forma parte México y la copiosa jurisprudencia del derecho comparado de Latinoamérica.

III. La gramática de los derechos indígenas en México

Inicialmente, es necesario identificar la importancia que tiene en el sistema jurídico mexicano la Convención Americana. Tanto en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH" y "la Comisión") como en el de la Corte IDH, se advierte una importante labor interpretativa de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Esta tarea resulta determinante para lograr establecer principios de armonización de los derechos humanos en su carácter individual y algunos de los derechos indígenas que tienen un contenido colectivo o comunitario. Una infinidad de debates sobre la correcta aplicación de los derechos indígenas ha sido la aplicación irregular de los principios del Estado de derecho. Por ello, para la comprensión cabal de dicho proceso hermenéutico es necesario mirar el itinerario de las actividades de la Comisión y de la Corte. Como se ha estudiado,³² el sistema interamericano tiene tres momentos de análisis de la cuestión indígena latinoamericana: La primera se inscribe en la década de los años ochenta del siglo XX, donde se articula una serie de importantes debates sobre la naturaleza de los derechos fundamentales de las pueblos indígenas y que advirtieron los aspectos culturales de éstos y su articulación en el sistema interamericano. El segundo momento corresponde a la actividad de la CIDH en donde se destaca la realización de diagnósticos que buscaban la protección especial de los derechos indígenas; finalmente, la tercera ola se encuentra en el momento de los inicios del funcionamiento de la Corte IDH y en donde gradualmente, como veremos más adelante, se han ido perfilando los derechos indígenas a la luz de la CADH.³³

El análisis de las sentencias de la Corte despierta un sinfín de reflexiones jurídicas y evidencian, en el tema que nos concierne, a un buen número de perspectivas, que a veces palmarías otras implícitas, sugieren una forma diferente de entender el fenómeno de los derechos indígenas y la forma en cómo los aplicadores del derecho han entendido la construcción de

³² Véase sobre la tipología sobre el desarrollo de los derechos indígenas en el sistema interamericano y las vicisitudes de su fraseo en el sistema interamericano, Castrillón Orrego, Juan Diego, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México 2007, pp. 143-150.

³³ En este sentido se puede aseverar que "no es ilógico entonces, en los contextos ubicados, que para la Corte Interamericana los *pueblos indígenas* sean estructuras socioculturales que poseen derechos como colectivos de orden político, económico, cultural y territorial que deben ser garantizados y respetados por los Estados", *Ibidem*, p. 149.

razonamientos que evidencian el perfil del ordenamiento jurídico indígena en América Latina.

¿Cuál sería la utilidad de sentencias internacionales sobre derechos indígenas? La respuesta a este aserto resulta compleja como práctica, porque efectivamente, las sentencias comienzan a constituir constituye un buen "corpus" de derecho comparado que servirá como lineamientos o criterios de interpretación para hacer más amplia la consideración de los derechos indígenas, pero también las sentencias resultan un atractivo modelo de argumentación jurídica. El insumo que se puede obtener en la lectura de las sentencias es doble. Por una parte, uno científico, donde se construye un auténtico sistema de hermenéutica jurídica y por el otro, un criterio objetivo de interpretación en materias dadas, como el alcance del derecho consuetudinario en la órbita de los derechos indígenas a la luz de la CADH. La precisión de los modelos de argumentación es palmaria y evidencia un aspecto del sistema interamericano de derechos humanos, la búsqueda de la salvaguarda y defensa de los derechos de las comunidades indígenas. Este criterio es decisivo al momento de escribir estas líneas. La teleología de la interpretación jurídica es evidenciar las regiones que no han sido consideradas por nuestra legislación o nuestra jurisprudencia.

A continuación veremos algunos principios y derechos fundamentales sobre el derecho indígena que deben considerarse en la interpretación de los derechos indígenas de la Constitución mexicana.

IV. Igualdad jurídica y dignidad humana

Uno de los principios que han sido discutidos en la jurisprudencia en materia indígena es el de la igualdad y su aplicación en el ejercicio de los derechos colectivos indígenas.³⁴ Esto porque si bien la igualdad material se reconoce en el texto constitucional, la existencia real de principios de aseguramiento del derecho a un mínimo vital son cuestionables en el derecho indígena. La Corte Constitucional colombiana ha señalado que "si bien el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, existen determinados sectores de la población que, en razón de su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la

³⁴ *Usos y costumbres. Las elecciones por este sistema no implican por sí mismas violación al principio de igualdad*, Tesis S3EL 152/2002, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes*, p. 786. Cfr. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, T.XXI, pp. 43-63.

efectividad de su derecho".³⁵ Por otra parte, la Corte IDH ha destacado que "el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrados en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales",³⁶ y en este sentido es "discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable".³⁷

En la impartición de justicia indígena pues, se desvelan dos aspectos de la discusión sobre la igualdad. Por una parte, se habla de una notable desigualdad en el ámbito económico, social y por el otro, se habla de que la igualdad jurídica, como principio legal, inhibe el adecuado reconocimiento de los derechos colectivos. De tal suerte, paradójicamente los pueblos indígenas han pugnado por el reconocimiento de ciertos matices en el concepto de igualdad dentro del ejercicio de sus derechos. Esto ha marcado un elemento de la discusión. Además, es notoria la falta de estudios sobre la igualdad en el ámbito indígena.³⁸

Dentro de la interpretación que ha brindado la Corte IDH podemos encontrar dos grandes grupos de sentencias que han menuzado el principio de igualdad de acuerdo a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas:³⁹ a) Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay 2005; Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay 2006; Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay 2010. En este grupo de sentencias la Corte establece las condiciones mínimas de vida digna de las comunidades indígenas y la relación de esta noción a partir del concepto de propiedad comunitaria. b) La célebre sentencia Yatama vs. Nicaragua donde se analiza los derechos políticos de los pueblos indígenas.

De los fallos precedentes se pueden individualizar diversos derechos específicos que se analizarán más adelante. Vale la pena señalar, que cada uno de esos derechos tiene una íntima relación con el principio de igualdad, y sus diferentes materializaciones según sea el derecho.

³⁵ Sentencia T-581 A/11 sobre sentencia del 16 de febrero de 2011 dictada por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, <www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-581a-11.htm> (26 de junio de 2013).

³⁶ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127 párr. 184.

³⁷ *Idem.*, párr. 185.

³⁸ Clérico, Laura, "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", Estudios Constitucionales, Año 9, No. 1, 2011 p. 160, señala una tesis interesante respecto a la igualdad en el ámbito indígena: "La insuficiencia de estudios sobre igualdad en el contexto interamericano no sólo habla de una miopía que no permite ver que varios de los planteos de igualdad responden a una desigualdad como dominación o sometimiento, sino que también responde a una desigualdad que combina problemas de redistribución y reconocimiento como en el caso de los planteos de los pueblos originarios. Así, ser reconocido como un igual no sólo amplía nuestra mirada sobre los derechos, sino que devela la íntima relación entre derechos, democracia deliberativa e igualdad, entendidas todas como la lucha por la paridad participativa de los grupos desaventajados en el sistema interamericano".

³⁹ *Ibidem*, pp. 170 y ss.

V. La costumbre indígena

Uno de los principales aspectos que se deben subrayar de la peculiaridad del sistema jurídico indígena es la posibilidad que establece el texto constitucional de la "aplicación de sus propios sistemas normativos en la regulación de sus conflictos internos".⁴⁰ El debate que se ha planteado con fruición es la eventual discrepancia entre la costumbre indígena y el ordenamiento estatal; sin embargo, en muchos casos se ha pretendido imponer una discusión entre ambos terrenos, anteponiendo el aspecto de la cultura. Es decir, como si la cosmogonía cultural fuese un obstáculo para la correcta aplicación del marco legal. Por ello, se debe destacar un elemento de la discusión, la costumbre como uno de los elementos basilares del sistema jurídico en la tradición jurídica de occidente y su presencia indiscutible en el análisis de los diversos casos que su suscitan en el ámbito de los pueblos indígenas. Justo, el sistema jurídico mexicano ha sido renuente a comprender los diferentes matices que plantea la diversidad cultural en la aplicación del marco legal.⁴¹

Probablemente, y es solo una hipótesis, el ordenamiento legal fue en exceso purista e incapaz de articular un paradigma que lograra entender las diferentes manifestaciones y los diferentes ejercicios de los mismos derechos por diferentes grupos sociales. Otra idea sería la incapacidad de contar con aplicadores del derecho, lo suficientemente independientes para hacer valer principios diferenciados como en el ámbito del derecho indígena. Finalmente, en el debate de la *consuetudo* se ha pretendido considerar a la costumbre como acompañante incómoda de la ley. Como hemos estudiado, la costumbre tiene una larga presencia en el sistema jurídico del derecho continental y se ha considerado como un elemento determinante del sistema jurídico. Esto es, la costumbre como señalará Juliano, D. 1, 3, 32, la costumbre es una forma de la manifestación de la voluntad popular.⁴²

Como es posible advertir, la aplicación de la costumbre no tan solo se refiere al respeto a una identidad social sino más bien, a la posibilidad de considerar un universo cultural que complete la identidad política de las comunidades indígenas. En este sentido vale la pena señalar que a pesar de que existan en una comunidad indígena diversos códigos culturales o formas de desarrollar su identidad política y cultural, el sistema jurídico debe brindar los medios para

⁴⁰ Art. Segundo de la Constitución mexicana.

⁴¹ Sobre los derechos culturales, véase el análisis detallado de Ruiz Molleda, Juan Carlos, "Balance preliminar de jurisprudencia del TC en materia de derechos culturales", en *Ponencias de investigadores del Instituto de Defensa Legal presentadas al VII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU)*, agosto de 2010, pp. 3-33.

⁴² Véase nuestro trabajo, Cruz Martínez Enrique y Cruz Martínez, Mario, "Breve geografía de la *consuetudo*", en *Estudios en honor a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Internacional y otros temas*, UNAM, México 2005, pp. 83-124.

que los diferentes grupos puedan ejercer sus derechos. Dicho de otra manera, como lo señala la propia constitución, los pueblos indígenas deben "acceder plenamente a la jurisdicción del Estado". De lo anteriormente señalado, surge uno de los aspectos que merecen señalarse en lo que concierne los derechos indígenas, es el binomio cultura y derecho. Precisamente se ha reiterado que la identidad cultural es un elemento que el Estado debe proteger.⁴³ Uno de los problemas que plantea el reconocimiento de la costumbre indígena entraña identificar una práctica social en la cosmogonía de los pueblos indígenas.⁴⁴

Sin embargo, hay ciertas áreas en las cuales pueden surgir conflictos que el aplicador del derecho debe vertebrar adecuadamente y comprender las diferencias entre los diferentes órdenes. El ámbito penal resulta particularmente atractivo para nuestro análisis por las importantes deficiencias del sistema legal para brindar efectividad al derecho de acceso a la justicia; así, en el orbe indígena se encuentran notables desigualdades que hacen patente una indiscutible desigualdad material.⁴⁵ Esto por uno de los aspectos que señala la Constitución Federal, al plantear que "los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura". Como se podrá advertir, los pueblos indígenas gozan de un acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, y por tal motivo deberán estar capacitados de expresarse en su lengua o bien, que el Estado les asegure la posibilidad de entender la causa que ha sido entablada en su contra. Es pues, que resulta fundamental el derecho a la defensa en el marco de los derechos humanos de las comunidades indígenas. Sin embargo, el impartidor de justicia deberá asegurar los derechos humanos sin menoscabar los principios que dimanan de cierta área específica. En este sentido, los tribunales deben diferenciar adecuadamente, si los derechos que estén en juego

⁴³ En este sentido debe parafrasearse las formas cómo deben entenderse el concepto de cultura. Para tal fin, Stavenhagen considera a ésta como capital social, como actividad creativa, y en una acepción más general como un modo de vida, "como la suma total de actividades espirituales y productos de un grupo social dado que distingue al mismo de otros grupos sociales", citado por Ruiz Molleda, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), con relación al proceso de amparo presentado por la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cusco contra PROINVERSIÓN, con el objeto que suspenda la ejecución del Proyecto Majes Siguan II por amenaza a los derechos a la vida y a la salud ante el Primer Juzgado Mixto de Wanchaq (expediente No. 2010-370)

⁴⁴ Véase el caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), donde dos indígenas fueron despedidos de sus empleos por haber consumido peyote.

⁴⁵ De acuerdo a un estudio cuantitativo realizado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "55% de los presos indígenas en el ministerio público y 24 % de presos indígenas en el juzgado, manifestaron que no se les informó que tenían derecho a contar con un defensor". Además, "el 67% de los encuestados indígenas en el ministerio público y 27% en el juzgado consideraron que no contaron con la asistencia de un defensor", *Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la justicia para los indígenas en México (Proyecto de implementación de las recomendaciones derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México)*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México 2007, p. 101.

pertenecen al derecho consuetudinario indígena o bien, son derechos de cualquier nacional, y en donde, se tendrían que aplicar los mismos derechos y pretensiones.⁴⁶

También debe entenderse, que el reconocimiento del derecho indígena estableció una serie de principios programáticos y mínimos de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en México, que establece la participación del legislador estatal para desarrollar los derechos indígenas en las entidades federativas;⁴⁷ sin embargo, los derechos mínimos no deben transgredir el sistema constitucional mexicano.⁴⁸

Así, la costumbre indígena deberá considerarse en los juicios donde los indígenas se hallen involucrados o en los actos que desde su estatuto sea diverso, con las particularidades que cada uno de ellos tenga frente a ciertos principios jurídicos. Sin embargo, se hará un análisis riguroso de las formalidades que se deberán cubrir para otorgar un adecuado acceso a la jurisdicción estatal.⁴⁹ Por otra parte, el tribunal respectivo deberá considerar si en el análisis la costumbre indígena va en contra de algún principio, derecho fundamental o derechos de la mujer, e incluso, si el uso indígena no constituye un ilícito.⁵⁰

Uno de los aspectos que deben analizarse es el referente a los derechos políticos en el ámbito indígena. A pesar de que una buena cantidad de pueblos indígenas lleven a cabo sus

⁴⁶ 1a. XXXVIII/2003, DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN ESTATAL. NO SE VIOLAN CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 72, 165 BIS, 171, 183, 269, FRACCIÓN IV, 285, 285 BIS, 290, 296 BIS, 314 Y 426, TODOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVIII, agosto de 2003, p.228. Reg. IUS. 183560. Se estableció que "los impugnados artículos 293, 298 y 315 del código Penal para el Distrito Federal, al definir el tipo penal del delito de lesiones que ponen en peligro la vida, y establecer la pena de prisión que habrá de imponerse a quien cometa tal ilícito, así como sus agravantes, no trasgreden las garantías individuales en materia indígena que tutela el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (p. 1634).

⁴⁷ "Los Congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos", Amparo en revisión 123/2002... *supra* nota 23.

⁴⁸ La ampliación o especificación de derechos indígenas en las entidades federativas tendrían dos limitantes: ir en contra del marco constitucional y no ajustarse a la realidad social de la comunidad indígena, *ibidem*, p. 446.

⁴⁹ 1a. XXXVIII/2003... *supra* nota 47 p. 228, se deberá, a guisa de ejemplo, considerar el grupo étnico al que pertenece; la autoridad podrá allegarse de periciales que permitan conocer el conocimiento de su identidad indígena; también se requerirán peritos indígenas que pertenezcan al mismo grupo étnico; se establecerá la obligación del juzgador de proporcionar un traductor-intérprete que le haga saber sus derechos respectivos al indígena; en la declaración preparatoria se tendrá que incluir, el grupo indígena al que pertenezca el inculpado, y además, durante la instrucción, la autoridad deberá considerar la pertenencia del inculpado a un grupo indígena, y por consiguiente, las costumbres que tenga dentro de la comunidad indígena.

⁵⁰ Por ejemplo, en el caso del delito de lesiones no se puede argumentar que su realización haya sido producto de una costumbre. *Ibidem*, p. 229.

elecciones políticas por sus normas consuetudinarias, éstas no podrán ir en contra de principios establecidos por el estatuto constitucional.⁵¹

VI. Derecho de autodeterminación

Desde el inicio de los tiempos, la cuestión indígena ha sido afectada por prejuicios de segregacionismo. Precisamente la autodeterminación ha sido (mal) considerada como una amenaza a la unidad del Estado mexicano. El problema debe plantearse de otra manera desde la ciencia jurídica.⁵² Cómo establecer diferentes mecanismos de equilibrio entre los diferentes ordenamientos. Es decir, la necesidad para los diferentes aplicadores y operadores del derecho de reconocer y aplicar los principios jurídicos indígenas y no establecer un problema límite con normas del sistema constitucional.⁵³

El sistema jurídico indígena ha sido analizado desde diferentes disciplinas y se ha establecido una nutrida bibliografía sobre las teorías indigenistas y las diferentes vías para lograr aumentar su índice de desarrollo humano y social. Justo en esta perspectiva, la justiciabilidad de sus derechos resulta imprescindible para consolidar un modelo jurídico que efectivamente logre brindar las condiciones mínimas de bienestar social y de certeza jurídica. Resultaría excesivo menuzar las diferentes razones que fundamentan las críticas al modelo liberal y las diferentes vertientes de discusión que han pretendido examinar los ejes del problema. Un aspecto que se debe destacar en el análisis, es el referido a la multiplicidad de teorías filosóficas y antropológicas que han diseñado un discurso de reivindicación de los pueblos indígenas. Desde la filosofía política por ejemplo, se pretendió crear una teoría que buscara encontrar un nuevo paradigma que lograra reconocer la diferencia étnica. Dicho de otra manera, el carácter

⁵¹ Por ejemplo, no se puede privilegiar la costumbre indígena frente a la omisión del derecho al sufragio. "Si en una comunidad indígena no se permitiera votar a los ciudadanos que no residieran en la cabecera municipal, dicha restricción se traduciría en la negación o anulación de su derecho fundamental a sufragar, y ello significaría la transgresión al principio de igualdad, visto desde el punto de vista subjetivo que emana de dicha norma, el derecho a no ser discriminado injustamente", véase, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-013/2002. Indalecio Martínez Domínguez y otros. 5 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis de la Peza. Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo, en *Revista Justicia Electoral 2003*, Tercera Época, suplemento 6, pp. 207-208, Sala Superior, Tesis S3EL 151/2002, Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002, p. 779.

⁵² Desde una perspectiva social, "la autonomía indígena viene presentándose y fundamentándose como una modalidad del ejercicio del *derecho a la autodeterminación* de los pueblos indígenas consistente en el establecimiento de un tipo de relación entre el Estado nacional y grupos étnicos en la que se propone el reconocimiento de un nuevo orden de gobierno más allá de los existentes actualmente en México", Cerda García, Alejandro, *Imaginando zapatismo. Multiculturalidad y autonomía indígena en Chiapas desde un municipio autónomo*, UAM, México 2011. p. 26.

⁵³ "El derecho a la libre determinación y, por tanto, a la autonomía, concretamente, en los aspectos que se regulan en el Apartado A. Este derecho se entiende, desde luego, sujeto al postulado básico de la unidad e indivisibilidad nacional y a su ejercicio sujeto a marco constitucional", Amparo en revisión 123/2002...*supra* nota 23.

multicultural o la diferencia cultural es un elemento que se tiene que considerar en la discusión de los diferentes ordenamientos jurídicos.

En el ámbito del derecho a la autodeterminación indígena ha surgido una discusión célebre. Como encontrar elementos que logren establecer una nueva forma de entender la impartición de justicia que permita consolidar un paradigma que permita cristalizar la autodeterminación cultural y social; por otro lado, como encontrar ese modelo sin trastocar los principios del Estado mexicano. O de dicho de otra manera, como la forma de entender la justicia ha sufrido cambios cuantitativos y cualitativos. La Corte en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* señaló que "para garantizar efectivamente estos derechos (indígenas), al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural".

En este punto, es necesario hacer una reflexión sobre cómo esa interpretación es necesario enfatizar la importancia que tienen la actividad del juez. El sistema judicial que planteaba desde el *civil law* la figura del juez como una mera entidad interpretadora de la voluntad del legislador y de esta manera, el reconocimiento del poder legislativo como la entidad creadora del derecho por antonomasia ha sufrido varios cambios en los últimos años. Una buena razón es el auge de las discusiones democráticas a la luz de los procesos de judicialización de la política; en otras palabras, la forma en cómo los procesos democráticos van acompañados de reformas profundas y sostenidas en el marco legal y en el cambio del concepto del Estado de Derecho. La plenitud del principio de igualdad y su concomitante regulación bastó y sobró en innumerables casos para definir soluciones y crear límites en los cuales se podía desarrollar la actividad judicial. Precisamente, los derechos indígenas son una muestra clara de los alcances de esta realidad. Los diferentes fallos que decidieron sobre la suerte de múltiples casos atendieron a la pertinencia de satisfacer los planteamientos jurídicos desde la óptica del principio de igualdad y de ciudadanía "neutra" plasmado en las diferentes constituciones.

El trabajo de los jueces sigue los cánones de la literatura, narrativa jurídica, y en el ámbito del derecho indígena no es la excepción. Según Ronald Dworkin, explicando la figura del *law-maker* desde la tradición jurídica del *common law*, la sentencia funge como un capítulo de una novela *seriatim*, en donde las decisiones judiciales posteriores deben considerar la trama de la anterior.⁵⁴ En otras palabras, la actividad judicial debe procurar establecer principios que

⁵⁴ Para abundar sobre este tema, véase, Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1986, p. 228 y siguientes. Esta idea de Dworkin es desarrollada por Ana Laura Magaloni y señala sobre el papel del tribunal constitucional un imperativo necesario: "La jurisprudencia constitucional será, precisamente, el

sigan los criterios establecidos por diferentes tribunales del sistema jurídico y de esta manera se creen zonas de certidumbre en donde existan criterios compartidos que se vuelvan elementos del propio ordenamiento jurídico. Analizando diversas tesis del poder judicial, especialmente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, podemos identificar diferentes principios que evidencian la riqueza del fenómeno indígena y sobre todo, como los derechos político-electorales indígenas tienen una gran amplitud en el momento de su materialización. O con otras palabras. Los usos y costumbres electorales indígenas establecen una cultura política que tiene un paradigma diverso en el momento de ejercitar y plasmar los derechos políticos por parte del poder judicial.⁵⁵

Otra cuestión que es necesario subrayar en esta sede, es la relativa a la construcción de los diferentes principios o reglas dimanadas de las sentencias emitidas por los diferentes poderes judiciales. Un rasgo que ha diseñado el continente de las argumentaciones jurídicas ha sido la utilización del derecho comparado.⁵⁶ Justamente los diferentes elementos con los que puede contar el aplicador de derecho, debe ser concebido a partir de su utilidad en el momento de fallar y buscar la salvaguarda de un derecho humano. Es esta una oportunidad invaluable para el jurista, que con la aplicación de principios jurídicos logrará brindar justicia y constituir un auténtico sistema jurídico democrático.

Asimismo, un rasgo que se vincula a la autodeterminación es la referida a la asignación del nombre. Esto es, "la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía".⁵⁷ Esta cualidad de autonomía va de la mano con la capacidad de los pueblos indígenas de gestionar sus propios medios para garantizar su derecho a "preservar y desarrollar su identidad cultural".⁵⁸

VII. Derecho a la consulta

Uno de los derechos que ha sido discutido con fruición en la cuestión indígena es el de la consulta. Como se ha destacado, la iniquidad ha sido el sino de los pueblos indígenas y es en

conjunto de sentencias que se pueden entrelazar y ordenar de tal modo que se tenga una visión global de las distintas caras o problemas que genera la eficacia del derecho en cuestión, así como del alcance de la protección constitucional en cada caso", Magaloni Kerpel, Ana Laura, ¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?, en *La ciencia del derecho procesal constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, T. II (Tribunales Constitucionales y democracia), UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México 2008, p. 280.

⁵⁵ Cfr. La tesis S3EL 152/2002. Usos y costumbres. Las elecciones por este sistema no implican por sí mismas violación al principio de igualdad, en *Revista Justicia Electoral 2003, Tercera Época, suplemento 6, Sala Superior*.

⁵⁶ En el derecho europeo se ha constituido una fuerte doctrina que concibe al derecho comparado como un instrumento necesario en la articulación de un derecho común, surgido al amparo de la actividad judicial.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párr. 164.

⁵⁸ *Idem*, párr. 51.

el despojo de sus territorios ancestrales y propiedades donde se ha podido constatar la falta de atención del Estado y la negación de un derecho fundamental.⁵⁹ Desde la jurisprudencia⁶⁰ hasta el derecho internacional de derechos humanos se advierte la importancia que tiene dicha noción en el sistema jurídico indígena para completar la órbita de derechos y su relación con su cultura y sus costumbres. El Convenio 169 de la OIT, las sentencias de la Corte IDH y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas forman los tres pilares del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.⁶¹ De acuerdo al Convenio 169 de la OIT, el derecho a la consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas; por otra parte, el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas señala la obligatoriedad de los Estados de establecer consultas con los pueblos indígenas para obtener su consentimiento en proyectos que afecten su tierras o territorios (art. 32).⁶² En los últimos años dicho derecho ha estado presente en la discusión del reconocimiento del pluralismo jurídico. Además, el derecho a la consulta es un derecho síntesis en el ordenamiento constitucional, es en otras palabras, "una manifestación del derecho constitucional a la participación y a la identidad cultural".⁶³ Es así, que como ha señalado la jurisprudencia, "la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines".⁶⁴

⁵⁹ "En un informe reciente se diagnostica que 11.320.455 hectáreas son objeto de reivindicación por pueblos originarios, 680 mil integrantes de esos pueblos fueron desplazados y en varios casos de forma violenta, en donde los empresarios con interés en las tierras estarían actuando para desplazarlos con el apoyo de fuerzas de seguridad públicas y privadas, resultando varias personas heridas y hasta en algunos casos asesinadas", Clérico, Laura, "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *supra* nota 39, p. 159.

⁶⁰ Véase las siguientes jurisprudencias de la Corte Constitucional Colombiana: T-428/92; SU-037/97; T-652/98; T-634/99; SU-383/03; T-955/03; T-737/05; T-880/06; T-154/09 y T-769/09.

⁶¹ En el derecho internacional destacan tres momentos fundamentales del derecho a la consulta: "En primer lugar, hace ya más de dos décadas, la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, el único tratado en vigor relacionado directamente con los derechos de los pueblos indígenas. En segundo término sobresalen los muy significativos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizados a partir de 2001; por primera vez un tribunal internacional, mediante una interpretación favorable a los pueblos indígenas de algunas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ha generado una jurisprudencia de referencia en la materia. Por último, hay que destacar la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en septiembre de 2007", Chueca Sancho, Ángel, "Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: Hacia un mundo intercultural y sostenible", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. LXI-2, Julio 2009, p. 585.

⁶² "Art. 32. 2. "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo".

⁶³ Molleda Ruiz, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), *supra* nota 8.

⁶⁴ Corte Constitucional Colombiana Sentencia de T-693/11, 23 de septiembre de 2011, Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, p. 26.

Algunas de las reglas que deben atenderse en la consideración del derecho a la consulta son la participación activa de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre cuestiones que atañen su universo cultural y social,⁶⁵ así como la obligación del Estado de proveer de una legislación efectiva y dotar al entramado administrativo para el reconocimiento y aplicación de dicho derecho.⁶⁶ Todo lo anterior se debe considerar ya que el derecho a la consulta es un derecho humano de los pueblos indígenas y el fundamento del derecho a la participación.⁶⁷ Es indiscutible que el derecho a la consulta implica uno de los derechos más necesarios de la gama de derechos del sistema indígena. Esto porque, como señala el Tribunal Constitucional Colombiano, "cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales".⁶⁸

⁶⁵ En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* se establece que "La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (...) Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. (...) Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones", *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de 28 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafos 133-137.

⁶⁶ Véase el numeral 8 del fallo de la Corte Interamericana sobre el Caso del Pueblo Saramaka: "El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llegaren a cabo, en los términos de los párrafos 129 1 140, 143, 155, 158 y 194 (d) de esta sentencia".

⁶⁷ La Sentencia T-973 de 2009 de la Corte Constitucional Colombiana señala los tres ámbitos de protección del derecho a la consulta. Primero: "en el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan (...) Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver con la participación política de estas comunidades, en la esfera de representación nacional del Congreso (...) Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas, al interior de los pueblos indígenas", p. 27. Véase también, Ruiz Molleda, Juan Carlos, *Amicus Curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL) quien añade la referencia de la Sentencia del expediente No. SU-039 de 1997 que señala: "A juicio de la Corte la Participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. (...) El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación", pp. 19 y 20.

⁶⁸ Continúa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 00022-2009-PI/TC, "la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la

Y no tan solo eso, sino que el derecho es necesario porque ayuda a "decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico".⁶⁹

Encontramos pues, de lo anteriormente planteado, que uno de los referentes para la materialización del derecho a la consulta es la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

VIII. Derecho a la participación política

Históricamente los pueblos indígenas han luchado por el reconocimiento de sus derechos políticos. La Constitución federal señala que los pueblos indígenas podrán "elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno" (artículo segundo, A, III).

El *Caso Yatama vs. Nicaragua* de 2005 tiene notable importancia en la identificación de principios jurídicos sobre los derechos políticos de las comunidades indígenas. Como se ha destacado, "el derecho internacional reconoce ampliamente el derecho a la participación política sin discriminación". En este sentido, se puede entender que si bien el derecho a la participación política es un derecho humano, en el ámbito de los derechos indígenas presenta ciertas particularidades. En este sentido, el artículo 23 de la CADH establece los derechos a la participación en la gestión de los asuntos públicos, para ser elegido y participar en las funciones públicas. Por ello, en el ejercicio de los derechos políticos de los indígenas "es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma activa, respetando el principio de igualdad y no discriminación".⁷⁰

IX. Derecho al territorio

Uno de los derechos que son innatos al sistema jurídico indígena es el relativo al territorio ancestral. En este orden de ideas es indudable que la noción de propiedad en el ámbito indígena adquiere un matiz especial: la propiedad comunitaria. Esto es, un espacio donde "existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la

explotación que se lleva a cabo en sus territorios originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Sólo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos", citado por Ruiz Molleda, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), *supra* nota 68, p. 56.

⁶⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-973, 18 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, *supra* nota 37, párr. 195.

tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad".⁷¹

De lo anterior surge una cuestión determinante en la órbita indígena. El concepto clásico de propiedad vertebrado en los sistemas jurídicos, y en la Convención en el artículo 21 de la Convención Americana,⁷² resulta un concepto específico en los sistemas indígenas, donde la cultura y costumbre de cada pueblo es determinante para comprender el concepto de propiedad comunitaria.⁷³ La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido asertiva en la caracterización de la propiedad comunitaria:⁷⁴

- a. En el derecho de los pueblos indígenas, la posesión sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que establece el Estado;
- b. Dicha posesión concede a los pueblos indígenas el derecho a exigir el reconocimiento del Estado de la propiedad y su registro;
- c. El Estado tiene la obligación de señalar, delimitar y extender el título colectivo de las tierras a los integrantes de los pueblos indígenas;
- d. A pesar de que algún miembro de la comunidad indígena haya perdido la posesión de sus tierras, por causas ajenas a su voluntad, mantiene el derecho de propiedad, salvo el supuesto que un tercero de buena fe las hubiese adquirido,
- e. Los indígenas que hubiesen perdido, de manera involuntaria, la posesión de sus tierras, y si éstas se hubiesen trasladado legítimamente a terceros de buena fe, tendrán el derecho de recobrarlas o en su defecto, podrán obtener otros territorios de igual extensión y calidad.

⁷¹ Continúa la Corte Interamericana: "Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras", Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia, *supra* nota 30, párr. 149 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párr. 86.

⁷² Señala el primer numeral "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes".

⁷³ "Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas" Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párrafo 87.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 109.

X. Conclusiones

El respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas forma parte de la gramática esencial de las democracias contemporáneas, y en especial del México del siglo XXI. Este binomio, Democracia y Derechos humanos, constituye dos vértices de una realidad ciudadana que se convierten en reclamo constante en la época contemporánea y que constituyen el abecedario cotidiano de las diversas ciencias sociales. La ciencia jurídica no es la excepción. La gramática de los derechos es cada vez más el lenguaje que sostiene la legitimidad y eficacia de las relaciones sociales y su relación con el poder público. En esta tesitura, los derechos indígenas iluminan regiones oscuras del derecho tradicional: desarrollo y reivindicación social. Esto es, la visión racionalista que gobernó durante varios siglos a la ciencia jurídica, considerando a la libertad e igualdad como elementos originarios y estructurales del sistema bajo la noción de derechos individuales, ha sido renovada. El derecho ha metamorfoseado su tradición, de los últimos siglos, de ser una maquinaria rígida para transformarse en un asidero de la reivindicación social y de la imaginación política de los ciudadanos. Las comunidades políticas han aprendido la lección. Una sociedad es más democrática cuando logra nombrar sus derechos y vela por su cumplimiento. En esta perspectiva, la finalidad de todo entramado jurídico sería la búsqueda del aseguramiento mínimo de condiciones en donde los ciudadanos puedan recrear y potenciar sus derechos a partir del respeto irrestricto de los principios democráticos y más aún, que la noción de ciudadanía vaya acompañada de un mínimo de bienestar social. La ciencia jurídica se encuentra en un momento definitorio. Schiller señalaba que la Historia es el tremendo campo de trabajo del género humano; en esa tesitura la ciencia jurídica debe aspirar a ser el campo de la vida democrática. ¿Algún coto en el ejercicio de dicha praxis jurídica? Los derechos que dimanen de las necesidades y expectativas de las comunidades políticas para establecer un mínimo de expectativas jurídicas que aseguren una base mínima de bienestar social y humano.

El universo indígena desvela una serie de elementos críticos del sistema jurídico mexicano. El excesivo racionalismo jurídico no logró articular un corpus jurídico capaz de nombrar a la diferencia y a la particularidad social. Los derechos de los pueblos indígenas han transitado por diferentes frentes de batalla. Primero, el denuedo con el que se buscó el reconocimiento legal y la búsqueda de la articulación de políticas públicas que dieran solución a la ingente desigualdad en que viven las comunidades indígenas. La odisea del reconocimiento legal fue acompañada de debates de variado calibre. La infatigable lucha por lograr la articulación de un ordenamiento jurídico en consonancia con el sistema internacional de derechos humanos y la importante actividad de diversos actores sociales y políticos.

Como se ha podido atisbar en la realidad indígena, existen realidades sociales que son especialmente sensibles al fenómeno de la regulación jurídica. Más aun, la cuestión indígena es un fenómeno poliédrico que posee especiales matices, como cuestión humana y social, pero sin una homologación adecuada en el ámbito legal. Difícil situación. Dónde comienza la obligación del Estado para asegurar a los pueblos indígenas un marco institucional adecuado que permita ejercer sus derechos y más aún, que logre consolidar la ciudadanía indígena y un mínimo de seguridad jurídica. Desde el ocaso del siglo XX en México se ha discutido la naturaleza jurídica de los sistemas jurídicos indígenas. En esta perspectiva, la pregunta añeja, como la misma historia del hombre, sobre el mejor régimen jurídico tiene respuestas tan variadas como complejas en la realidad de los pueblos indígenas. Los derechos individuales como uno de los pilares de la modernidad jurídica han sido cuestionados por su parcial alcance en el reconocimiento de la diversidad étnica. Por ello, en el ámbito de la normatividad que regula el derecho consuetudinario indígena, las preguntas articulan un verdadero aside-ro para la ciencia jurídica. La ley como encarnación del bienestar de todas las comunidades a través de la regulación jurídica, y sobre todo, considerado como ordenamiento jurídico entendido como un código presto a la emancipación resulta cuestionable en el ejercicio de los derechos indígenas. La ley como un mero reflejo de la actividad del Estado y su falta de consideración en el marco legal. Es pues, un desafío el que enfrentan los diferentes pueblos indígenas y sus ordenamientos jurídicos, lograr que el entramado jurídico pueda brindar seguridad jurídica y sobre todo, asegurar el ejercicio efectivo de los derechos. Lo anterior porque si la ley es la manifestación del *Volkgeist* y políticamente constituye un entramado que evidencia la voluntad popular, la particularidad o diferencia a la mayoría constituiría un ámbito ajeno a la regulación jurídica. Es evidente que en México los reclamos indígenas pueden ser considerados minoritarios y que el Estado mexicano realizó una suerte de invisibilización de los pueblos indígenas a través de la falta de atención y escuálidas políticas públicas, y sobre todo, con la exigua creación de ordenamientos jurídicos indígenas en el sistema federal. En este ámbito, surge una cuestión. La quimera del reconocimiento legal ha sido un efectivo obstáculo a la democratización del sistema jurídico mexicano. Expliquemos. Tanto la regulación jurídica irregular y la inexistencia de programas públicos para paliar las grandes brechas de desigualdad, crearon un entramado ambiguo y lleno de penumbras para el ejercicio de los derechos mínimos indígenas. La arquitectura legal estaba totalmente alejada de la protección efectiva de las necesidades y derechos mínimos de las sociedades democráticas.

Finalmente, la discusión de los derechos indígenas en México ha sido extremadamente polarizada. Tan es así, que es notable la ausencia de jurisprudencia e interpretación judicial en la materia; esto ha evidenciado el avance lento de la protección de los derechos indígenas en México. Uno de los reclamos más acendrados de diferentes actores políticos en la discusión

indígena, a partir de la revolución zapatista fue la total negación de los derechos más importantes de las comunidades indígenas. Una de las tantas diatribas se refirió a la discusión de la falta de regulación de los derechos indígenas desde la óptica del Convenio 169 de la OIT y la regulación de los derechos colectivos. Gradualmente, como se ha advertido, los principios del sistema jurídico mexicano han comenzado a ser interpretados, y en esto ha sido determinante la jurisprudencia de la Corte IDH y de diversos ordenamientos de América Latina, de manera que se vertebren los derechos de los pueblos indígenas. Es justo, con este ensayo que se ha pretendido demostrar que la actividad inteligente del poder judicial y la decidida vocación de salvaguardar los derechos humanos de todos los actores políticos, en el ámbito de las comunidades indígenas, se robustecen de manera exorbitante con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, del 10 de junio de 2011. Precisamente bajo la férula de esta notable reforma, los jueces mexicanos tienen la obligación de conocer y aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El Convenio 169, así como la aplicación de otros documentos internacionales, y especialmente la jurisprudencia del derecho comparado son fuentes básicas y necesarias en el ámbito de la impartición de justicia en México. Esto con la obligación irrestricta que tiene el poder judicial: dar certeza y eficacia jurídica a su actividad para salvaguardar los derechos colectivos de las comunidades indígenas.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Controversias constitucionales 48/2001 y 82/2001. Disponibles <<http://www.scjn.gob.mx/CentroBusqueda/results.aspx?k=controversias%20constitucional%2048/2001%20y%2082/2001>> (26 de junio de 2013).
- Amparo en revisión 123/2002. Sentencia definitiva de 4 de octubre de 2002, México pp. 455 y ss. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=IND%C3%8DGENA%20%20&Consecutivo=0&Anio=2002&TipoAsunto=2&Pertenececia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0>> (26 de junio de 2013).
- 1a. XXXVIII/2003, DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN ESTATAL. NO SE VIOLAN CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 72, 165 BIS, 171, 183, 269, FRACCIÓN IV, 285, 285 BIS, 290, 296 BIS, 314 Y 426, TODOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVIII, agosto de 2003, p.228. Reg. IUS. 183560.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127 párr. 184.

Comentario al Artículo 2o. Constitucional

Orlando ARAGÓN ANDRADE*

Marycarmen COLOR VARGAS**

* Profesor de los programas de licenciatura y maestría en derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

** Profesora invitada de la maestría en derecho del Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y de la maestría en derechos humanos de la Universidad Iberoamericana.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los pueblos indígenas ante las Constituciones del Estado mexicano.* III. *Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* IV. *Las fuentes de la libre determinación y la autonomía en el derecho internacional.* V. *El camino recorrido por los pueblos indígenas ante la Corte Interamericana: criterios jurisprudenciales sobre sus derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales.* VI. *A modo de consideraciones finales.*

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; autonomía; derecho a la autodeterminación; territorios y recursos naturales; pluricultural.

I. Introducción

En nuestros días la dimensión de la pluralidad cultural de México, concentrada principalmente en los pueblos indígenas, es promovida y difundida por prácticamente todos los medios estatales y privados. Más allá de la lógica política de esta promoción multiculturalista ha comenzado a afianzarse un nuevo sentido común basado en la "tolerancia" y reconocimiento de los pueblos indígenas.¹ Esta promoción "desde arriba" ha logrado generar en amplios sectores de la sociedad mexicana un imaginario de respeto e inclusión de los pueblos indígenas que dista mucho de lo reciente e inacabado del proceso de reconocimiento que se ha dado a nivel jurídico. Hace apenas veinte años que se reconoció constitucionalmente, por primera vez en la historia del Estado mexicano, a los pueblos indígenas como un componente "positivo" de la nación.

La contribución que aquí presentamos intenta analizar este duro camino de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en México a partir del análisis, nacional e internacional, de lo que consideramos el derecho matriz de los pueblos indígenas: el de la autonomía.

¹ Véase: Hale, Charles, "Rethinking indigenous politics in the era of the 'indio permitido'", *NACLA report of the Americas*, 2004, vol. 38, pp. 16-37. Sobre esta lógica multicultural puede consultarse: Zizek, Slavoj, "Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional", en: Fredric Jameson y Slavoj Zizek, *Estudios culturales, reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, pp.137-188.

También nos concentramos en algunos de los desafíos que estos enfrentan hoy en día y los instrumentos que la nueva reforma en materia de derechos humanos y el propio derecho internacional de los derechos humanos, especialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, les proveen para enfrentarlos.

Para alcanzar estos objetivos dividimos este trabajo en cuatro partes. En la primera analizamos el devenir de los pueblos indígenas ante las distintas constituciones del Estado mexicano. Posteriormente, nos enfocamos en estudiar los principales estándares internacionales establecidos por algunos órganos de tratados, en relación con los derechos de los pueblos indígenas. En un tercer apartado nos enfocamos en sistematizar algunos de los criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en conflictos que atañen a los pueblos indígenas en su lucha contra sus enemigos contemporáneos. Finalmente cerramos con un apartado que dedicamos a realizar una breve reflexión final, a partir de las experiencias de Cherán y Wirikuta, sobre el uso del derecho por parte de los pueblos y comunidades indígenas.

II. Los pueblos indígenas ante las Constituciones del Estado mexicano

Por supuesto, esto no quiere decir necesariamente que otros cuerpos constitucionales no hayan contemplado con anterioridad a los pueblos indígenas. De hecho, conocer y comprender el devenir de este proceso de transformación constitucional es de capital importancia para interpretar adecuadamente el sentido de la lucha de los pueblos indígenas en México por el reconocimiento de sus derechos.

Una buena forma de abordar este último punto es remitiéndonos a la clásica metáfora fundadora de los Estados modernos, es decir, al contrato social.² Como es conocido la idea del contrato social supone la existencia de un momento en el cual las personas no estaban sujetas a un poder soberano externo, únicamente dependía de su propia libertad; a este momento se le conoce en la teoría contractualista como el "estado de naturaleza". Por otra parte, la realización del contrato social supone el acuerdo entre personas iguales para salir de ese "estado de naturaleza", mediante el que ceden parte de su soberanía a una entidad externa para formar un nuevo tipo de sociedad, la "sociedad civil". Este nuevo tipo de sociedad es la beneficiaria del contrato social, de los derechos que el Estado está "obligado" a

² Retomamos esta idea del análisis propuesto en: Santos, Boaventura de Sousa, "A crise do contrato social da modernidade e a emergência do fascismo social" en: *A gramática do tempo: por uma nova cultura política*, São Paulo, Cortez, 2006.

brindarle y garantizarle por la razón misma del contrato. Por exclusión los sujetos no pertenecientes a la "sociedad civil", que bajo los cánones de la teoría contractualista clásica no existen puesto que se parte de la premisa de que todos ingresan a ella, son tratados como inexistentes y sin derechos en el mejor de los casos o en el peor de ellos como enemigos a exterminar. Bien ¿Qué nos dice esta metáfora para interpretar la lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el Estado mexicano?

De entrada, nos revela una injusticia histórica que aun no ha sido reparada a cabalidad con los pueblos indígenas de nuestro país y que, por otro lado, es bueno tener en cuenta para disipar algunos de los efectos amnésicos del multiculturalismo "desde arriba" y tratar de dimensionar de forma más adecuada el nivel de exclusión que han padecido los indígenas en México y en consecuencia el largo camino que queda por recorrer en la materia. Tendríamos que recordar, entonces, lo advertido por Arturo Warman en el sentido de que en los años en los que inició la lucha por la independencia de México, los pueblos indígenas representaban el 60 % de la población total de la Nueva España, es decir, eran la mayoría en relación con los demás sectores como las personas criollas y las demás castas que se asentaban en el territorio colonial.³ ¿Cuántos diputados del poder constituyente de Apatzingán o del de 1824 fueron representantes de los pueblos indígenas? Evidentemente la respuesta es ninguno. De esta manera, la mayor parte de la población del nascente Estado mexicano fue excluida. Esta situación se comprende mejor si tomamos en cuenta lo que nos recuerda Reynaldo Sordo a propósito del trabajo de los congresos de la primera mitad del siglo XIX, "la política era una cuestión de una minoría que hablaba y actuaba a nombre de la nación. Minorías urbanas que tenían poco que ver con la mayoría de la población que para esos años era predominantemente rural".⁴

Si seguimos la metáfora política que hemos propuesto podríamos decir que a los pueblos indígenas se les dejó en el "estado de naturaleza", mientras que se fundó un Estado con una "sociedad civil" de criollos y algunos otros sectores, completamente minoritaria, que impusieron su proyecto de nación acompañado de su visión de modernización en la cual los indígenas no tenían un lugar en el futuro de México. De esta manera, fue como se consideró jurídicamente a los pueblos indígenas durante el siglo XIX, como un sector ajeno a la "sociedad civil" del Estado mexicano; incluso como a un enemigo al cual se debía exterminar.

Esta situación se expresa claramente en lo establecido por el artículo 50 fracción XI de la Constitución de 1824 que facultó al congreso para legislar sobre comercio con naciones

³ Warman, Arturo, *Los indios mexicanos en el umbral del milenio*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 50.

⁴ Sordo Cedeño, Reynaldo, "El congreso y la formación del Estado-nación en México, 1821-1855", en: Josefina Zoraida Vázquez (Coord.), *La fundación del Estado mexicano*, México, Nueva Imagen, 2004, p. 144.

extranjeras, entre entidades federativas y con las tribus indias. Una consideración similar dio la Constitución de 1857 a los indígenas en su única alusión sobre ellos; en ella se autorizaba la unión militar entre las entidades federativas fronterizas con naciones extranjeras para combatir a los bárbaros.⁵

Desde este momento comenzó a ser patente que las distintas sublevaciones y luchas de resistencia que muchas comunidades indígenas desplegaron durante el siglo XIX fueron para hacer frente a los proyectos modernizadores impulsados por los distintos gobiernos liberales y en última instancia en defensa de la autonomía que durante gran parte del régimen colonial habían tenido. Por esa razón no es casual que desde entonces los derechos más demandados, por supuesto no en su formulación jurídica contemporánea, por los pueblos y comunidades indígenas hayan precisamente los vinculados con la idea de la autonomía.

La condición de los pueblos indígenas se modificó con las luchas que protagonizaron por la defensa de su autonomía y particularmente de la tierra comunal durante la última parte del siglo XIX y la primera del siglo XX. No obstante, este cambio no fue suficiente para sacar del "estado de naturaleza" a los pueblos indígenas, apenas sirvió para matizar las prácticas etnocidas del Estado mexicano. Esta variación quedó establecida legalmente en lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución de 1917, es decir, en la salvaguarda y reconocimiento de la propiedad comunal de la tierra. De tal manera, que en las primeras décadas del siglo XX el Estado mexicano dejó de combatir a los pueblos indígenas mediante las armas, para ahora recurrir a la implementación de políticas públicas, más bien conocidas como políticas indigenistas.

La finalidad explícita de estas políticas era la de "integrar" al indígena a la nación mexicana, pero no respetando su autonomía y sus especificidades; sino más bien imponiéndole nuevamente un proyecto de nación, esta vez de corte mestizo, que los excluía del futuro del Estado. Por tanto podemos decir, retomando la analogía del contrato social, que a pesar de que en apariencia el Estado mexicano les abría la puerta de entrada a la "sociedad civil", en realidad les estaba planteando una imposición contractual, en la cual se dejaba de lado la libertad e igualdad de los indígenas como partes contratantes.

Paradójicamente este afán de "integrar" a los pueblos indígenas mediante políticas indigenistas fue una forma de reconocer su existencia por parte del Estado mexicano. Para lograr

⁵ Aragón Andrade, Orlando, "Los pueblos indígenas ante las constituciones del Estado mexicano. Un ensayo crítico", en: Jaime Hernández Díaz y Héctor Pérez Pintor (Coords.), *Reflexiones jurídicas en la historia constitucional mexicana: Una perspectiva bicentennial*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2009, pp. 148-150.

esta pretensión desarrolló una institucionalidad, durante gran parte del siglo pasado, como un programa político destinado exclusivamente para los pueblos indígenas. Ahora bien, la idea de estas instituciones, como lo expresó Alfonso Caso quien fuera director durante 22 años del Instituto Nacional Indigenista, consistía en que "al promover el desarrollo de las comunidades indígenas, no se pretende conservarlas en el estado de atraso económico y cultural en el que se encuentran, sino transformar su cultura para integrarlas a la vida económica, social y política, asegurando, de esta forma, la unidad nacional".⁶

A pesar de esta ambigüedad en el campo político el tratamiento estatal durante la época posrevolucionaria, ya en el terreno jurídico y particularmente a nivel constitucional, mantuvo a los pueblos y comunidades indígenas por fuera de la "sociedad civil" que conformaba al Estado mexicano.

El estatus legal de los pueblos indígenas no varió significativamente, sino hasta 1992. En el contexto de una gran movilización indígena a nivel continental y en una fecha emblemática, el V Centenario del "descubrimiento de América", el Estado mexicano reformó el texto del entonces artículo 4o. para reconocer, por primera vez en su historia, la existencia de los pueblos indígenas como una parte integrante de la nación.⁷

Ahora bien, el artículo 4o. apenas reconoció la composición pluricultural de la nación mexicana; sin embargo, dejó de lado muchos otros aspectos fundamentales para hacer efectivo el acceso de los pueblos indígenas a la "sociedad civil" del Estado mexicano. La principal omisión de esta reforma, sin lugar a dudas, fue la ausencia en el texto constitucional del derecho a la autonomía.

En este sentido la aprobación del artículo 4o. quedó muy lejos de representar la inclusión igualitaria de los pueblos indígenas a "sociedad civil" del Estado mexicano; fue, en cambio, un paso importante que abrió una serie de espacios para buscar una inclusión más justa. Al mismo tiempo la reforma implicó nuevas dificultades y desafíos para el efectivo acceso de los pueblos indígenas a la "sociedad civil" del Estado mexicano.

No pasó mucho tiempo cuando en 1994 otro acontecimiento sacudió la agenda política del Estado mexicano y puso nuevamente en el centro del debate el tema de los derechos de los pueblos indígenas. Como es conocido, en este año se levantó en armas el Ejército Zapatista

⁶ Caso, Alfonso, *Indigenismo*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1970, p. 6.

⁷ Véase: Aragón Andrade, Orlando, *Indigenismo, movimientos y derechos indígenas en México. La reforma del artículo 4o. constitucional de 1992*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas bajo la proclama, entre otras demandas, del respeto de los derechos los pueblos indígenas en México. Este proceso en particular desencadenó, después de un camino lleno de desencuentros entre el EZLN y el gobierno mexicano, una nueva reforma constitucional que se materializó hasta el año de 2001 en el texto del artículo 2o.

Si bien es cierto que esta última adecuación al texto constitucional amplió significativamente los derechos de los pueblos indígenas en relación con el artículo 4o.; tampoco fue lo suficientemente amplia como para resarcir las exclusiones históricas de las que han sido sujetos los pueblos indígenas en México. No obstante, en el nuevo texto constitucional ya se reconoció el derecho a la autonomía indígena abriendo nuevos espacios, todavía muy limitados por cierto, para que los pueblos indígenas continúen en su lucha por su inclusión justa e igualitaria en la "sociedad civil" del Estado mexicano.

Nos parece que el devenir del reconocimiento pleno de los derechos de los pueblos indígenas –y particularmente de la autonomía como derecho matriz de otros derechos– en el máximo estatuto jurídico del Estado mexicano, deben ser leídos como la lucha de los pueblos indígenas por formar parte en condiciones de igualdad real y de justicia de la "sociedad civil" que supone el contrato social.

Ahora bien, los procesos nacionales no son los únicos significativos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Otros a nivel global también han sido decisivos en el reconocimiento de estos derechos en general y en particular de la autonomía.

III. Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Por tal motivo, no podemos obviar el tema de la formación de un cuerpo jurídico a nivel internacional en materia de derechos indígenas, porque aunque la demanda por el reconocimiento de la autonomía es antigua, fueron los documentos jurídicos internacionales los que sirvieron de modelos legales a los textos constitucionales para su reconocimiento.⁸ También es importante advertir que aunque aquí los presentamos como dos temas diferentes, el desarrollo de este cuerpo jurídico internacional no debe entenderse como un proceso separado de los que transcurrían en el ámbito nacional, sino más bien como caminos profundamente interrelacionados y en buena medida interdependientes.

⁸ Véase: Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta/Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

Al igual que a nivel nacional las organizaciones indígenas de distintos Estados comenzaron a tener un importante activismo en diversas organizaciones internacionales hacia el último tercio del siglo XX. No obstante, desde décadas atrás distintos organismos ya se habían interesado en formular textos legales que contemplaron algunos derechos para los pueblos indígenas o para sus integrantes.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo que forma parte del sistema de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y que está dedicada específicamente a los derechos laborales, fue pionera en la producción de documentos legales que incluyeron a los pueblos indígenas. El primer documento importante para la conformación de un cuerpo legal de derechos indígenas a nivel internacional fue el Convenio 107 *Sobre poblaciones indígenas, tribales y semi-tribales* aprobado en la asamblea de la OIT en 1957. A pesar de su naturaleza "integracionista" este tratado estableció algunos derechos significativos para los pueblos indígenas y sus integrantes que antes no eran reconocidos por ningún ordenamiento legal. Por ejemplo, trató de suavizar las imposiciones que tradicionalmente realizaban los Estados a los pueblos indígenas invitándolos a tomar en consideración sus culturas y a buscar su colaboración en las medidas gubernamentales que los afectaban. Otro elemento significativo fue que este convenio reconoció las formas de propiedad individual y colectiva de los indígenas. También buscó asegurar mejores condiciones laborales, en general, para los miembros de los pueblos indígenas.

Ya dentro de una dinámica muy distinta, ahora con un marcado activismo de las organizaciones indígenas a nivel global, el Convenio 107 fue reemplazado en 1989 por el Convenio 169 *Sobre pueblos indígenas y tribales*. El nuevo convenio de la OIT estableció ya dentro de su articulado derechos tan importantes para los pueblos indígenas como el de la libre determinación, la autonomía, la consulta, el reconocimiento de sus justicias o sistemas normativos, de sus instituciones políticas, el reconocimiento de su cultura y lenguas, entre otros. Cabe señalar que el Estado mexicano fue el segundo en ratificarlo, sólo después de Noruega.

Posteriormente, el 13 de septiembre del 2007, después de más de 20 años de discusión,⁹ se aprueba en la Asamblea General de la ONU el otro instrumento que hoy es considerado fundamental para los derechos de los pueblos indígenas: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁹ Para consultar una amplia revisión sobre los antecedentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, *vid.*, Araceli Burguete Cal y Mayor y Margarito Xib Ruiz Hernández, "Hacia una carta universal de derechos de los pueblos indígenas", en Varios, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, IJ-UNAM, 1994; y Fergus Mackay, *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*, Lima, APRODEH/ FIDH, 1999.

En la formación de la Declaración la participación de las organizaciones indígenas fue aun más activa, gracias a la formación de instituciones dentro de la propia ONU que facilitaron esta presencia y activismo. En la última década se han creado diversos órganos relacionados con temas de pueblos indígenas como el Mecanismo de Expertos, el Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas,¹⁰ el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas. La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas amplió de manera significativa varias de las prerrogativas ya establecidas en el Convenio 169, eliminando algunos de los candados y reservas que se les habían impuesto a los derechos de libre determinación, de autonomía, a la consulta, culturales, a los sistemas normativos propios, entre otros.

Se han generado muchas discusiones en torno al valor jurídico de la Declaración, la cual a diferencia del Convenio 169 no es un instrumento jurídicamente vinculante, es decir un tratado. Sin embargo, la Declaración puede considerarse como derecho emergente, al tener un carácter cada vez más vinculante pero todavía no obligatorio en sentido estricto. Para aclarar éste último punto referiremos dos cuestiones. La primera, que la Declaración tiene tres elementos que la proveen de una legitimidad política importante: tiene como fuente de autoridad política el sistema de Naciones Unidas, fue elaborada con la participación de los pueblos indígenas (aquellos a quienes "afecta") y tiene una autoridad epistemológica, pues a nivel global representa un estándar sobre las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas y estos y los particulares.¹¹

La segunda, relacionada con el último elemento del primer punto, es que desde su adopción muchos órganos han establecido a la Declaración como una fuente de estándares en materia de pueblos indígenas.¹² Tal es el caso de Grupo sobre Desarrollo de Naciones Unidas, el que los Estados parte de la Convención sobre Diversidad Biológica hayan incluido en su Novena Conferencia, llevada a cabo en Mayo de 2008, a la Declaración en muchas de las decisiones de sus grupos de trabajo; así como, el hecho de que los pueblos indígenas de diversas partes del mundo reconozcan a la Declaración como una herramienta legítima para la lucha y exigibilidad de sus demandas.

¹⁰ Para una explicación sencilla y accesible sobre el mandato de los Procedimientos Especiales, así como otras cuestiones básicas sobre derechos humanos, véase: *20 claves para comprender y conocer mejor los derechos humanos*, México, OACNUDH, 2011. Disponible en: <<http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/20clavesOK.pdf>> (26 de junio de 2013)

¹¹ Wheatley, Stephen, "Legal Status of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples." *The Inter Alia*, 60.7, 2010, pp. 64.

¹² Xanthaki, Alexandra, "Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments", *Melbourne Journal of International Law* 10.1, 2009, pp. 37.

Debemos advertir, sin embargo, que dentro del Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos no son sólo el Convenio 169 y la Declaración los únicos instrumentos que protegen los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, ya que de acuerdo con el principio de no discriminación todos los instrumentos del sistema, por lo menos en el texto, contienen normas que les son aplicables. Ahora bien, de los nueve tratados básicos en materia de derechos humanos,¹³ algunos se han encargado de desarrollar un entramado de estándares internacionales específicos para los pueblos indígenas.

Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, órgano responsable de supervisar la aplicación y cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁴ a través de la interpretación de su artículo 27 ha concluido que los derechos culturales de las minorías étnicas reconocidos en este tratado desde una perspectiva individual también tienen una dimensión colectiva.

En la Observación General Número 23¹⁵ el Comité de Derechos Humanos reconoce que el ejercicio de los derechos culturales por parte de los pueblos indígenas está relacionado con el uso de sus recursos y territorios y que estos derechos implican la adopción de medidas para garantizar la participación de los miembros de las comunidades en la toma de las decisiones que les afectan, es decir, reconoce el derecho a la consulta.

La Observación General No. XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, encargado de supervisar la Convención en sobre la Eliminación de todas las formas de

¹³ Los nueve tratados básicos en material de derechos humanos son: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

¹⁴ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor en marzo de 1976. Actualmente tiene 167 Estados Partes. En los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14 y 15, el Pacto detalla el derecho a la vida; la prohibición de la tortura; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso; la prohibición de la detención o prisión arbitrarias; los derechos de todas las personas privadas de libertad; la prohibición del encarcelamiento por incumplir una obligación contractual; el derecho a un juicio imparcial, y la prohibición de las medidas penales retroactivas. El Pacto es un instrumento con fuerza jurídica obligatoria que debe ser respetado por los gobiernos y sus instituciones. Este Pacto cuenta con dos Protocolos Facultativos: el Primer Protocolo Facultativo del Pacto otorga al Comité competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones al Pacto cometidas por los Estados Partes en el Protocolo; el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto es relativo a la abolición de la pena de muerte respecto de los Estados que han aceptado el Protocolo. El Estado Mexicano es parte tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como de sus dos Protocolos Facultativos.

¹⁵ FALTA TEXTO...

Discriminación Racial,¹⁶ titulada "los derechos de las poblaciones indígenas", que trata cuestiones como: la obligación de los Estados parte de combatir la discriminación hacia los pueblos indígenas, insta a los Estados a que no se adopte decisión alguna relacionada directamente con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado, e identifica la necesidad de que los Estados reconozcan y protejan sus derechos sobre sus tierras y territorios; así como, la obligación de repararlos cuando sus derechos hayan sido violados.

Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁷ tiene la Observación General No. 14 relativa al derecho al disfrute del más alto nivel de salud, la cual hace referencia específicamente a los pueblos indígenas en el apartado 27. En esta se realiza un análisis del artículo 12 del Pacto en el que considera que: los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y que estos deben ser apropiados culturalmente, por ejemplo, reconociendo el uso de las medicinas tradicionales. Asimismo, identifica la relación entre la autodeterminación y el derecho al disfrute del más alto nivel de salud, con lo cual considera que los pueblos indígenas tienen el derecho a establecer, organizar y controlar sus servicios de salud, apunta sobre la necesidad de protección de los recursos naturales que ancestralmente han utilizado, así como de sus recursos alimenticios. Además determina que la ruptura de su relación simbiótica con la tierra ejerce un efecto perjudicial sobre la salud de estas poblaciones (refiriéndose al desplazamiento de las poblaciones indígenas por actividades relacionadas con el desarrollo).

El desarrollo que desde estos tratados y la Declaración se ha hecho sobre los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos ha sido variado, atendiendo a momentos históricos, coyunturas y a la composición de los órganos creadores

¹⁶ La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial entró en vigor en enero de 1969, y prohíbe todas las formas de discriminación racial en las esferas política, económica, social y cultural. Actualmente tiene 174 Estados Partes. Entre otras cosas, dispone el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales, órganos y organismos encargados de la administración de justicia, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico. México es parte de este tratado, el cual entró en vigor a nivel nacional el 20 de marzo de 1975.

¹⁷ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) entró en vigor en enero de 1976 y cuenta actualmente con 160 Estados Partes. Algunos de los derechos que contiene son: en el artículo 11, se afirma el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado; este derecho, incluye el derecho a alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Además, el párrafo 2 del mismo artículo reconoce el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre. En los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 15 el Pacto detalla los derechos al trabajo, al goce de condiciones de trabajo razonables, a organizarse en sindicatos, a la seguridad social y el seguro social, a la protección de la familia y los niños, a la salud, a la educación y a participar en la vida cultural. El Pacto cuenta con un Protocolo Facultativo (AG, resolución A/RES/63/117), que establece la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales. El PIDESC fue ratificado por el Estado Mexicano, entrando en vigor entró en vigor para el país el 23 de junio de 1981. Por su parte, el Protocolo Facultativo aún no ha sido ratificado por México.

de este. Así, tan sólo por citar un ejemplo, los criterios en relación con el derecho a la consulta y al consentimiento no han sido homogéneos entre lo establecido por estos, mientras el artículo 19 de la Declaración y la Observación General No. XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establecen que no deberá adoptarse decisión alguna que afecte los derechos e intereses de los pueblos indígenas sin su consentimiento, el Convenio 169 hace, en varios de sus artículos, diferencia entre las situaciones en las cuales se deberá obtener el consentimiento (Art. 16.2, relativo al desplazamientos de los pueblos indígenas de sus tierra y territorios) y otras en las que sólo se deberá hacer una consulta de opinión (Arts. 6 y 7).

En este punto es importante volver a recalcar que todo el desarrollo del DIDH no ha sido gratuito, la lucha que los pueblos indígenas han tenido que librar para tener este lugar ha sido larga y extenuante y, sin duda, tendrá que continuar pues como sabemos el voto a favor de declaraciones de las Naciones Unidas o la ratificación de convenciones internacionales no siempre ha significado gran cosa. Sobre todo si se toma en cuenta que los sistemas políticos y jurídicos de los Estados no tienen el grado de desarrollo necesario para que tales compromisos se adopten con suficiente seriedad y las normas respectivas tengan efectiva aplicabilidad en el derecho interno.¹⁸

En el caso de México la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que hoy nos convoca a escribir en esta obra, es una coyuntura que podría permitir que esta reforma, junto con la movilización y la lucha de los pueblos indígenas de México por la defensa de sus derechos se convierta en un instrumento clave para que las autoridades mexicanas piensen las violaciones a los derechos humanos estas colectividades con el enfoque de que ellos y el Estado Mexicano ha existido un conflicto estructural y fundacional. Esta óptica debe de pasar por situar las condiciones de debate y negociación entre los pueblos indígenas y el Estado desde tres aspectos clave: el racismo y la discriminación; la desigualdad económica, social, política y cultural; y la falta de reconocimiento de sus tierras, territorios y recursos naturales

En este sentido, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, particularmente la Corte Interamericana, ha visibilizado y condenado la persistencia de factores de discriminación estructural en ordenamientos jurídicos como el de Paraguay en el caso de la comunidad indígena Xamok Kasek. Para el estudio de este y otros casos,¹⁹ como el de otra

¹⁸ José Zalaquett, "La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas", en: *Anuario de Derechos humanos*, No. 4, Centro de Derechos Humanos / Universidad de Chile-Faculta de Derecho, junio 2008, pp. 143-144.

¹⁹ Otros casos en los que la Corte IDH ha sostenido este criterio son: *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110, párr. 165; *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 46; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán*

comunidad indígena paraguaya llamada Yakye Axa, la Corte ha señalado que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales",²⁰ esto de conformidad con las reglas de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención") y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Corte ha mantenido el criterio de que para interpretar artículos como el 21 de la CADH, bajo el cual analiza las violaciones a los derechos de propiedad comunal de los pueblos indígenas, necesita utilizar otros tratados internacionales distintos como el Convenio 169 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.²¹ Para sumar elementos argumentativos a este análisis más comprensivo de los tratados sobre derechos humanos la Corte también apela al concepto de *corpus iuris*²² y a que en virtud del artículo 29.b) de la Convención "ninguna disposición de ésta puede ser interpretada en el sentido de 'limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados'.²³

En el criterio jurisprudencial que adoptó la Corte en el caso de la comunidad indígena Xamok Kasek sobre la obligación de los Estados para respetar y garantizar los derechos sin discriminación, la Corte concluyó que:

En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de

Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16, párr. 114.

²⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 125.

²¹ En el caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay la Corte analizó el artículo 21 de la Convención a la luz del Convenio 169 que había sido ratificado por ese país; mientras que en el caso de la comunidad indígena *Saramaka Vs. Surinam*, lo analizó a luz de los Pactos de Derechos civiles y Político y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puesto que Surinam no ha ratificado el Convenio 169.

²² "El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo." Véase: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *op.cit.*, párr. 115.

²³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 129.

recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria.

Todo lo anterior evidencia una discriminación de facto en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión.²⁴

Junto con el análisis estructural de la discriminación que han sufrido los pueblos indígenas, y que en la primera parte de este comentario caracterizamos bajo la noción del "estado de naturaleza", debemos subrayar el derecho matriz sobre el que se sustentan los demás derechos que tienen estas colectividades, nos referimos al derecho a la autonomía. Este derecho constituye, a nuestro juicio, la piedra angular en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y por tanto el derecho central del artículo 2o. La importancia de la autonomía requiere detenernos en ella para aportar algunos elementos para su cabal comprensión.

IV. Las fuentes de la libre determinación y la autonomía en el derecho internacional

La primera cuestión importante que habría que tener en consideración es conocer de dónde surge el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas. Ya señalamos que una "fuente histórica", por emplear un término positivista, proviene propiamente de las luchas de los pueblos y comunidades; no obstante la "fuente formal" más importante proviene del derecho internacional.

La mejor forma de dar respuesta a esta interrogante es retomando la discusión del derecho a la libre determinación. Ahora bien, este punto nos llevará, a su vez, a estudiar brevemente

²⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 273 y 274.

otras cuestiones como la evolución de los principios de legalidad en la conformación de los Estados en el derecho internacional.²⁵

Como es conocido en la historia europea, los primeros Estados modernos se conformaron alrededor de los derechos divinos y de las lealtades de los súbditos hacia los monarcas; este principio fue sustituido en las revoluciones burguesas del siglo XVIII por el de "las nacionalidades" que estuvo íntimamente asociado a la idea de la soberanía popular.

Ahora bien, es importante advertir que este principio no siempre significó lo mismo.²⁶ En realidad, la ecuación que todavía es predominante en muchos de los cursos de teoría del Estado "Un Estado-una Nación-un Pueblo = mismo tronco étnico-una lengua-una cultura" es bastante resiente en comparación con la propia trayectoria del poder estatal o incluso en su composición basada en el "principio de nacionalidades". Fue apenas con el Tratado de Versalles y particularmente con la postura que impulsó el presidente estadounidense Woodrow Wilson que se afianzó esta ecuación. A partir de esta fórmula, se comenzó a establecer en el derecho internacional que la libre determinación le correspondía a toda nación-pueblo, entendidos en la formulación wilsoniana.

Por supuesto, este planteamiento fue también promovido por factores sociales y políticos propios de esos momentos históricos, como, por ejemplo, el temor de la expansión de la revolución soviética a los Estados multinacionales derrotados en la primera guerra mundial. De tal manera, que en ese momento la fórmula atrás planteada y la consecuente fragmentación de los antiguos Estados multinacionales fueron la salida que las potencias triunfantes en la primera guerra mundial encontraron para frenar la "amenaza comunista".

Así pues, a partir de esta reformulación, la libre determinación consistió, al menos idealmente, en que cada grupo étnico si lo quería, podría independizarse del Estado al que pertenecía para formar su propio Estado. En otras palabras en este momento histórico el derecho a la libre determinación era únicamente interpretado desde su expresión del derecho a la secesión.

²⁵ Este tema se desarrolla de una forma más completa en: Burguete Cal y Mayor, Araceli y Aragón Andrade, Orlando, "Libre determinación y autonomía indígena. Debates teóricos, legislación y autonomías de *facto* en México: un acercamiento", en: Orlando Aragón Andrade (Coord.), *Los derechos de los pueblos indígenas en México. Un panorama*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2008.

²⁶ En su estudio clásico sobre el nacionalismo Eric Hobsbawm nos recuerda que el periodo de 1830 a 1880 predominaron tres criterios para identificar a una nación. "El primero era su asociación histórica con un estado que existiese en aquellos momentos o un estado con un pasado bastante largo y reciente." "El segundo criterio era la existencia de una antigua elite, poseedora de una lengua vernácula literaria y administrativa nacional y escrita." Por último el tercer criterio consistía, según Hobsbawm, en "una probada capacidad de conquista. No hay como ser un pueblo imperial para hacer que una población sea consciente de sus existencia colectiva como tal [...]". Hobsbawm, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Madrid, Crítica, 1991, pp. 46-47.

La consolidación de esta fórmula trajo dos consecuencias casi inmediatas en la Europa de la primera mitad del siglo XX. Por un lado, el exacerbamiento de los discursos nacionalistas y en muchos casos la persecución y exterminio abierto de las minorías nacionales en los distintos Estados europeos y por el otro, la escalada de nacionalismos populares que desafiaban los nacionalismos oficiales impulsados desde los Estados.

Estas consecuencias contribuyeron a la formación de la situación político-social que desembocó en la segunda guerra mundial en Europa y en la persecución que sufrieron varios grupos étnicos. Esta realidad obligó a los Estados, una vez concluida la guerra, a tomar cartas en el asunto y buscar la protección de las minorías étnicas y religiosas, en la arena del derecho internacional. Fue por estas razones que se emitió en 1948 la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* en la asamblea de ONU

A pesar de este primer esfuerzo de la ONU por proteger algunos derechos a las minorías étnicas y religiosas europeas no podemos hablar de que en este momento se produjo una ampliación del derecho de libre determinación hacia estos grupos. Tuvieron que pasar varias décadas y surgir otro conflicto internacional para que esta reinterpretación de la libre determinación en el derecho internacional fuera posible.

Fue con el proceso de descolonización en África que se abrió una nueva vía para replantear el derecho a la libre determinación ahora bajo la óptica del "derecho de los pueblos". Bajo esta lógica la ONU emitió en 1960 la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* en la cual se reconoció el derecho de libre determinación a las excolonias africanas para formar sus propios Estados. Sólo seis años después esta idea, pensada originalmente para el contexto africano, fue ratificada en los artículos primeros de los Pactos de derechos civiles y políticos y en el de derechos económicos, sociales y culturales.

Hasta este momento y a pesar de la nueva coyuntura el derecho a la libre determinación siguió siendo aplicado y entendido únicamente en su dimensión correspondiente a la secesión. No obstante, fue también a partir de este episodio histórico que las organizaciones indígenas que participaban ya en algunos organismos internacionales elaboraron una estrategia para reivindicar su carácter de "pueblos", diferenciándose al tiempo de las minorías nacionales y religiosas, para así poder exigir su derecho a la libre determinación.²⁷

En este proceso nuevamente el activismo indígena, al interior de la ONU y de la OIT, fue de vital importancia para lograr modificar el término "poblaciones" que era el que se utilizaba

²⁷ Véase: Rouland, Norbert *et. al.*, *Derecho de minorías y de pueblos autóctonos*, México, Siglo XXI, 1999, pp. 355-356.

para referirse a los indígenas por el de "pueblos" que actualmente es utilizado. Este objetivo se consumó a nivel jurídico, aunque ya había tenido otros antecedentes a nivel de estudios como el famoso "Informe Cobo" realizado por la ONU,²⁸ con la aprobación del Convenio 169 de la OIT, que incluso en su título desplazó el término de "poblaciones" por el de "pueblos".

Esta operación terminológica en la denominación de los pueblos indígenas, sin embargo, tuvo un sentido novedoso al que se había dado décadas atrás en el proceso de descolonización. Para los pueblos indígenas el sentido del derecho a libre determinación se reconoció, desde el Convenio 169, sólo en la otra de sus expresiones posibles: la autonomía. Esto es ejercer su derecho a la libre determinación dentro del marco del Estado nacional, tal como lo han planteado en prácticamente todas sus movilizaciones los pueblos indígenas de América Latina, y no por la vía de la secesión o del derecho a separarse de un Estado para formar uno nuevo.

Bajo la lógica de la autonomía es como desde las últimas dos décadas se ha venido reconociendo en las constituciones de América Latina el derecho de libre determinación de los distintos pueblos indígenas. Ahora bien, una segunda cuestión que nos interesa plantear es que a pesar de que el derecho a la autonomía procede de la misma fuente del derecho internacional la forma en que se ha reconocido en los Estados latinoamericanos, varía significativamente. Hay casos, desafortunadamente la mayoría, en los que los reconocimientos son prácticamente una formalidad que carece de casi cualquier efectividad en la "realidad", pero también hay experiencias, si bien muy resientes para ser sometidas a una evaluación justa, donde el ejercicio de la autonomía ha alterado significativamente la relación entre los Estados nacionales con los pueblos indígenas, como en los casos de las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador.²⁹

Por esta razón, precisamente, advertimos que los procesos globales y nacionales no deben verse como separados, sino como dos factores interdependientes que de su combinación dieron forma concreta al derecho a la autonomía, en cuanto límites y alcances, en cada uno de los Estados. En este sentido, vale la pena tener en cuenta lo que señala con acierto Araceli Burguete al referirse a los distintos regímenes de autonomía existentes en América Latina como una realidad caleidoscópica más que como un bloque homogéneo.³⁰

²⁸ Véase los resultados de este informe en: Cobo Martínez, José, "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas", en: *Manual de documentos para la defensa de los derechos indígenas*, México, Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1989, pp. 111-117.

²⁹ Santos, Boaventura de Sousa, *La refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Lima, RELAJU, 2010.

³⁰ Esta realidad caleidoscópica se expresa de distintas formas, por ejemplo de acuerdo a su temporalidad y alcance, de tal forma que no es lo mismo las autonomías interétnicas de la costa atlántica de Nicaragua, que fueron las

Tampoco podemos hablar de homogeneidad alguna en los desafíos que enfrentan en cada contexto, ni en las bases en que se sustenta las diferentes expresiones de autonomía indígena en América Latina. No obstante, podemos advertir algunos problemas generales que son enfrentados de diferente manera. Por ejemplo, hoy en día la gran mayoría de las autonomías indígenas establecidas en los marcos legales de los Estados, incluso aquellas que en algún momento fueron consideradas como paradigmáticas, enfrentan procesos que cuestionan su naturaleza progresista de lucha social al ser combinadas con las políticas neoliberales de descentralización que han acelerado el neoextractivismo de recursos naturales en toda América Latina.

De hecho, este desafío o problema es bastante aplicable para la realidad mexicana, tal vez no tanto porque se tenga un sistema muy amplio de autonomía indígena que se esté pervirtiendo (nunca lo ha existido), sino en relación con los demás derechos indígenas que son potencializados cuando convergen o no representan peligro alguno para el sistema económico neoliberal, pero en cambio cuando se da una colisión entre los intereses defendidos por el neoliberalismo y los derechos de los pueblos indígenas, estos últimos son generalmente ignorados. Hoy el gran riesgo en México, como en la mayor parte de los Estados de América Latina, con los derechos indígenas es que funcionen bajo el ritmo y la lógica del neoliberalismo multicultural.

La manifestación de este conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y la lógica del neoliberalismo multicultural, también se ha presentado en el derecho internacional. Específicamente, en derechos que son componentes esenciales del derecho a la autodeterminación y nos referimos al: derecho a las tierras y territorios, el derecho al desarrollo y el derecho a la consulta. Estos se han vuelto particularmente conflictivos para los Estados porque en su ejercicio los pueblos indígenas trastocan intereses de índole económica.

V. El camino recorrido por los pueblos indígenas ante la Corte Interamericana: criterios jurisprudenciales sobre sus derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales

Actualmente, como lo mencionábamos, uno de los grandes conflictos con los pueblos indígenas está enmarcado en términos de sus derechos sobre sus tierras, territorios y recursos

primera en el subcontinente, a las jurisdicciones especiales indígenas establecidas por la constitución colombiana de 1991 o el proyecto de formación de un estado multinacional y descolonizador en la Bolivia de Evo Morales. Tampoco podemos ignorar que la autonomía indígena no es un fenómeno exclusivo de aquellos que la desarrollan bajo el reconocimiento legal de los Estados. De tal suerte, que no podemos ignorar que existen también experiencias de distintos pueblos indígenas que han decidido ejercer su derecho a la autonomía por fuera de la legalidad estatal, como es el caso de las comunidades zapatista. Véase: González, Miguel y Burguete Cal y Mayor, Araceli, "Introducción", en: Miguel González, Araceli Burguete Carl y Mayor y Pablo Ortiz (Coords.), *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO / GTZ / IWGIA / CIESAS / UNICH, 2010, pp. 9-32.

naturales. La Corte Interamericana ha conocido hasta 2010 diversos casos específicamente relacionados con estos y otros derechos, entre ellos: *Awatitgní Vs. Nicaragua*, *Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Moiwana Vs. Suriname*, *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *Saramaka Vs. Surinam* y *Xamox Kasek Vs. Paraguay*.

En las sentencias sobre estos casos la Corte ha hecho un importante desarrollo jurisprudencial, que debe servir de pauta a los Estados para comprender sus obligaciones en materia de derechos de los pueblos indígenas:

- Mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables (artículo 29.b de la CADH) que prohíben una interpretación restrictiva de los derechos, la Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el **derecho a la propiedad comunal**.³¹
- El **derecho consuetudinario de los pueblos indígenas** debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento de la propiedad comunal.³²
- En los casos en los que se trate del derecho de los miembros de una comunidad indígena, la Corte resalta que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa³³ interna, los Estados deben tomar en consideración las **características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas** de la población en general y que conforman su identidad cultural.
- La Corte reconoce a través de su jurisprudencia la estrecha **relación que los pueblos indígenas mantienen con la tierra** y ésta debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.³⁴
- Cuando la **propiedad comunal indígena y la propiedad privada** particular entran en contradicciones reales o aparentes, las pautas para definir las restricciones

³¹ Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) *Awatitgní*, *supra* nota 19, párr. 148.

³² *Ibidem*, párr. 151.

³³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 51.

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85; *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awatitgní vs. Nicaragua*, *supra* nota 19, párr. 149; y *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 131.

admisibles al goce y ejercicio de estos derechos son: a) deben ser establecidas por la ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales; y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.³⁵

- Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.³⁶
- La Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye *per se* un motivo "objetivo y fundamentado" suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes sobre devolución o restitución de tierras indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. La Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses entre propiedad comunal y propiedad indígena deberá realizarse un "juicio de proporcionalidad",³⁷ para el cual habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.³⁸ En otro caso, la Corte agregó que también se deberá considerar si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Si se decide dar prioridad

³⁵ Corte IDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 141.

³⁶ *Ibidem*, párr. 146.

³⁷ El término "juicio de proporcionalidad" es utilizado por primera vez por la Corte en el caso *Kimel Vs. Argentina*. Cfr. Oswaldo Ruis Cririboga, "Propiedad comunal Vs. Propiedad privada e intereses estatales", en: Rudolf Huber, Juna Carlos Martínez y otros (Coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, México, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 246.

³⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

a la propiedad privada sobre la comunal, deberá ofrecerse a la comunidad tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie y la comunidad deberá poder participar de cómo se dará esa reparación.³⁹

- Cuando los Estados se ven imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de los pueblos indígenas, la **compensación** que otorgue debe tener como orientación el significado que tiene la tierra para estos.⁴⁰
- Sobre la **posesión de las tierras indígenas** la corte ha establecido los siguientes criterios: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.⁴¹
- El derecho a solicitar la **devolución o restitución de las tierras** puede prescribir, a menos que se demuestre que las comunidades indígenas mantienen todavía una relación con las tierras.⁴²
- Los integrantes de los **pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales** que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin estos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la

³⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 128.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 149.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 38 párr. 128.

⁴² *Ibidem*, párr. 133.

necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.⁴³

- Sobre concesiones de **explotación de recursos** estableció que con el fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.
- En relación con el derecho al **reconocimiento de la personalidad jurídica** la Corte ha considerado que tal derecho tiene como contenido el que se reconozca a la persona como titular de derechos (capacidad y goce) y desconocer aquel reconocimiento hace a las personas vulnerables frente al Estado o particulares a gozar de los derechos civiles fundamentales. Esto atendiendo a que en casos como Xamok Kasek y Sawhoyamaya el Estado (Paraguay) no había otorgado o no había tomado las medidas necesarias (atendiendo al principio de igualdad ante la ley) para otorgar a las personas miembros de esta comunidad actas de nacimiento y de defunción. Con esto algunos de sus miembros permanecieron en un limbo legal, pues su existencia e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida.⁴⁴

⁴³ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. *Supra* nota 39, párr. 121; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 137; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 38 párr. 118.

⁴⁴ *Caso Comunidad Indígena Xákmok. Vs. Paraguay*, *supra* nota 24, párrs. 248-152.

- Para configurar la violación al derecho a la **integridad personal (en términos de integridad personal cultural y de integridad colectiva cultural)**⁴⁵ la Corte consideró el sufrimiento emocional, psicológico, espiritual y económico que las personas miembros de la comunidad Moiwana habían sufrido al verse obstaculizados sus esfuerzos por obtener justicia; la imposibilidad que tuvieron al honrar apropiadamente a sus fallecidos; y la separación de sus tierras tradicionales.⁴⁶
- **Violaciones al derecho a la vida y vida digna:** La Corte ha considerado que el denegar a los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales puede tener implicaciones en la violación del derecho a la salud,⁴⁷ en relación con la obtención de alimento y el acceso al agua; en este sentido, los Estados podrían violar el derecho a la vida digna al no adoptar medidas frente a las condiciones que les impidieron tener acceso a esos recursos.⁴⁸ En relación con las muertes de pobladores indígenas por falta de acceso a servicios básicos, la Corte estableció que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida (considerando las dificultades de la planificación y adopción de políticas públicas, la priorización de recursos, etc.). "Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podrían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo".⁴⁹
- En relación con **los pueblos tribales**, en el caso *Saramaka Vs. Suriname*, la Corte determinó que estas comunidades que tiene características sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones y que por ello tienen derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente.⁵⁰

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 235.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 94-103.

⁴⁷ En este sentido es muy interesante siguiente reporte: Progress can kill. How imposed development destroys the health of tribal peoples, London, Survival International, 2007.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 163, 167 y 176.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 38, párr. 155. También véase: *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, *supra* nota 24, párr. 138-217.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *supra* nota 39, párrs. 84 y 96; y *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. *Supra* nota 46, párrs. 86 y 130.

Es interesante como aunque la Corte ha tomado estos criterios que han servido de fundamento a otras Cortes constitucionales e internacionales, el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas ha quedado, aún, fuera de sus interpretaciones. La instancia internacional que ha hecho consideraciones en este sentido es la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso de la comunidad indígena Endorois establecida en Kenia.⁵¹ En este caso Kenia violó el derecho al desarrollo de los Endorois al otorgar concesiones mineras en su territorio sin ningún beneficio para la comunidad indígena. Para el análisis de este derecho la Comisión consideró que el derecho al desarrollo debe atender a cinco criterios: igualdad, no discriminación, participación, rendición de cuentas y transparencia. Por otro lado, añadió que este derecho es violado cuando del desarrollo en cuestión decrece el bienestar de las comunidades indígenas; en este sentido, cobra relevancia el concepto de beneficios compartidos y la reparación del daño.

Por otro lado, es importante destacar que en el marco del análisis de todos estos criterios jurisprudenciales se ha mantenido como constante la discusión en torno al derecho a la consulta. Este último, es un derecho adjetivo que no es sino una herramienta a través de la cual se busca operativizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en la toma de decisiones de todas aquellas cuestiones que los afecten. Sin embargo, en el derecho internacional de los derechos humanos éste derecho ha tomado una relevancia que ha desplazado las discusiones en relación con el derecho a la autonomía.

Como lo hemos discutido aquí, el derecho matriz de los derechos de los pueblos indígenas lo es el derecho a la autonomía, y no es sino a la luz de éste que la consulta debe tomar su justa dimensión. De lo contrario, nos quedaremos en la discusión de que los estándares sobre la consulta y el consentimiento libre, previo e informado son tantos⁵² y a la vez tan insuficientes para lograr operativizarlos adecuadamente; en vez de, destacar la verdadera obligación del Estado: el respeto por la autonomía indígena.

VI. A modo de consideraciones finales

Existe un amplio consenso dentro de los juristas de las implicaciones pragmáticas que tiene la reforma al artículo 1o. en materia de derechos humanos de la Constitución general de la

⁵¹ Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International. Communication 276/2003." 27th Activity Report, 46th Ordinary Session of the African Commission on Human and People's Rights, November 11-25, 2009. Banjul: African Commission on Human and People's Rights, 2009.

⁵² Véase: Garavito Rodríguez, César y Meghan Morris (Dirs.), *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Colombia, UNIANDES, 2010. Disponible en: <<http://www.justiciaglobal.info/docs/fa3.pdf>> (26 de junio de 2013); y *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala*, México, OACNUDH, 2011. Disponible en: <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/derecho_consulta_JS.pdf> (26 de junio de 2013).

República en el sistema jurídico mexicano, pero más allá de los círculos académicos y judiciales ¿le dice algo esta reforma a los pueblos indígenas de México?

Tal vez resulte sorprendente para muchos que los pueblos indígenas, colectividades que durante mucho tiempo han sido consideradas como pre-modernas, hayan sido los primeros actores en experimentar el potencial de la posmoderna y novísima reforma en materia de derechos humanos en sus luchas legales; a tal grado que dos de las experiencias más relevantes en las que hasta ahora han esgrimido el contenido del nuevo artículo 1o. han sido promovidas por los indígenas purépechas de Cherán y por los wirrarika en defensa de Wirikuta.

Estos dos casos, con sus obvias diferencias y particularidades, ya nos alcanzan a mostrar algunos atisbos importantes del potencial transformador de la reforma al artículo 1o. y sus posibles implicaciones, tanto para los pueblos indígenas como para luchas más amplias que rebasan los intereses estrictos de los pueblos indígenas. En el caso del Juicio para la protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano que ganó la comunidad de Cherán en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación queda claramente establecido que con base en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los Pactos Internacionales de derechos Políticos y Civiles y de derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue posible no sólo reconocerle a aquella comunidad indígena su derecho a una elección por usos y costumbres a pesar de las omisiones de la constitución y la ley electoral local; sino además de reconocer como jurídicamente posible la existencia, por primera vez en la historia del Estado mexicano, de un municipio con una estructura de gobierno distinta a la que establece el propio artículo 115 de la Constitución Federal.⁵³

El uso del nuevo artículo 1o. también ha sido fundamental para que los wirrarikas libren, hasta ahora, la batalla legal que mantienen en contra de las concesiones a empresas mineras sobre el territorio de Wirikuta. Este caso aunque no ha sido todavía resuelto en definitiva, la suspensión provisional que obtuvieron los indígenas puede ser el inicio de un caso, al igual que el de Cherán, emblemático en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

A pesar de lo sorpresivo que puede resultar este activismo judicial de los pueblos indígenas con base en la reforma en materia de derechos humanos, lo cierto es que el derecho ha sido desde hace mucho tiempo una arma que los pueblos indígenas han utilizado en contra de

⁵³ Véase: Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano SUP-JDC-9167/2011, disponible en: <<http://www.te.gob.mx/coleccion/Jurisprudencia%20y%20Tesis/Vigentes%20Tercera,%20Cuarta%20y%20Quinta%20%C3%89poca/Sentencias/SUP-JDC-9167-2011.htm>> (26 de junio de 2013).

los distintos peligros que han enfrentado. Así, por ejemplo, en la época de la de la desamortización de los bienes comunales en el siglo XIX el uso contra hegemónico del derecho por parte de las comunidades indígenas fue común.⁵⁴ Hoy con nuevas armas, instrumentos y discursos jurídicos y contra nuevos peligros creados en complicidad con el multiculturalismo neoliberal, los talamontes, el crimen organizado, las empresas transnacionales extractivistas, los gobiernos corruptos, etcétera los pueblos indígenas de México vuelven a emplear el derecho, en esta ocasión esgrimiendo el discurso del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin lugar a dudas con los casos de Cherán y Wirikuta se abre una nueva etapa, muy esperanzadora, de uso contra hegemónico del derecho por parte de los pueblos indígenas de México. No obstante, habría que tener cuidado de no "echar las campanas al vuelo", ni creer que a partir de la reforma en materia de derechos humanos necesariamente todos los derechos de los pueblos indígenas serán respetados y su condición político-social será mejor por este sólo hecho. En este punto la experiencia histórica es muy importante, no debemos olvidar que incluso en el régimen colonial varias comunidades indígenas lograron ganar casos importantes en los tribunales,⁵⁵ sin que eso significara su salida de la situación de opresión que padecían. O que en los momentos de mayor algidez del movimiento indígena por la reivindicación de sus derechos, como lo fueron los tiempos posteriores al levantamiento del EZLN, el "comportamiento estratégico de la interpretación jurídica"⁵⁶ tomó posturas conservadoras frente a las demanda de violaciones a sus derechos humanos expresadas en las diversas Controversias Constitucionales y el Amparo indirecto promovidos en contra de la reforma constitucional en materia de "derechos y cultura indígena" publicada el 14 de agosto de 2001.⁵⁷

⁵⁴ Véase entre otros: Roseberry, William, "El estricto apego a la ley. Ley liberal y derecho comunal en el Pátzcuaro porfiriano", en Roth Seneff, Andrew (ed.), *Recursos contenciosos. Ruralidad y reformas liberales en México*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 2004, pp. 43-84; Purnell, Jennie, "'Con todo el debido respeto'. La resistencia popular a la privatización de tierras comunales en el Michoacán del siglo XIX", en Roth Seneff, Andrew (ed.), *Recursos contenciosos. Ruralidad y reformas liberales en México*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 2004, pp. 85-128; Gledhill, John, *Cultura y desafío en Ostula*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 2004, pp. 220-272.

⁵⁵ Véase entre otras investigaciones: Stern, Steve, *Los indígenas del Perú y el desafío de la conquista española*, trad. de Fernando Santos Fontenla, Madrid, Alianza, 1986, pp. 185-218; Stern, Steve, "La contracorriente histórica: los indígenas como colonizadores del Estado, siglos XVI a XX", en Reina, Leticia (coord.), *Los retos de la etnicidad en los estados-nación del siglo XXI*, México, Instituto Nacional Indigenista/ Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados en Antropología Social/Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 73-91; Castro Gutiérrez, Felipe, "Tzitzuntzan: la autonomía indígena y el orden político de la Nueva España", en Paredes Martínez, Carlos y Terán, Marta (coords.), *Autoridad y gobierno indígena en Michoacán*, Zamora, El Colegio de Michoacán/Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados en Antropología Social/Instituto Nacional de Antropología e Historia / Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2003, pp. 285-303.

⁵⁶ En términos de Duncan Kennedy. Véase: Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Argentina, Siglo XXI, 2010.

⁵⁷ Para mayores referencias véase: Aguilar Ortiz, Hugo y Julián Santiago, José Juan, "Derechos de los pueblos indígenas, acceso a la justicia y discriminación", en: *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los derechos humanos*, SCJN/OACNUDH, México, 2011, pp. 442-462.

El desafío, consideramos, consiste en evitar la tentación, siempre presente, del fetichismo legal y en usar prudencialmente, evaluando cada caso, el nuevo artículo 1o. y los tratados internacionales en materia de derechos humanos; así como orientar este uso con una guía política clara: la exclusión fundante de los pueblos indígenas del Estado mexicano.

Criterios jurisprudenciales

1. Internacionales

- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 128.

Estándares sobre
derechos económicos,
sociales, culturales y
ambientales (DESCA)

El principio de interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, obliga a entenderlos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. La progresividad tiene como objeto de brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga. Como mecanismo de exigibilidad podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos. Existe además un deber –si bien condicionado– de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. En cualquier caso, cuando se trate de derechos económicos, sociales y culturales la regresividad resulta justiciable.

I. Derecho a la Educación

El derecho a la educación supone el deber de las autoridades educativas de promover una mayor equidad educativa y una efectiva igualdad de oportunidades de acceso y permanencia en los servicios educativos.

Los principios constitucionales en materia educativa son garantías mínimas por lo que las leyes pueden prever una mayor protección, pero no una restricción o regresión. Sobre la calidad de la educación se impone una exigencia a los particulares que imparten programas de enseñanza sin reconocimiento oficial el que así lo informen a los interesados, a fin de que estos últimos puedan elegir de manera informada entre la educación proporcionada por el Estado y los estudios con o sin reconocimiento que impartan los particulares.

El derecho a la educación se relaciona con el derecho a una vida digna. Los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. Cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, se debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada. También se ha destacado como en ciertos casos las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia, impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural.

II. Sobre el derecho al agua y el saneamiento

La asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad del agua, alimentación, servicios de salud y educación debe ser suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad de ciertos grupos y satisfacer las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo de personas.

Conforme a los principios que sustentan la política hídrica nacional es obligación del Estado que asegurar el derecho al agua en condiciones aceptables, accesibles y asequibles tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.

III. Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud

Las personas con discapacidad tienen derecho a la prestación de atención médica eficaz por parte de los Estados. Por lo que existe una obligación de asegurar el acceso de las personas

a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posibles, y la prevención de las discapacidades mentales.

IV. El derecho a la vivienda adecuada

Se lleva a cabo cuando el Estado posibilita el acceso a una vivienda a través de medios idóneos, para la obtención de un crédito que permita adquirir el inmueble relativo. Esto no implica gratuidad ya que el derecho a la vivienda no puede tener en su esencia la posibilidad real de que se trastoque el sistema normativo que regula el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ese crédito para la adquisición de la vivienda, convenido en ejercicio del poderío de la voluntad de las partes.

Por otro lado, los desalojos forzados y la destrucción de las viviendas violan el derecho de ser libre de toda injerencia arbitraria o abusiva en el hogar y el derecho a la propiedad.

V. Del interés superior de la Niñez

El interés superior del niño tiene dos dimensiones a considerar: una función justificativa que sirve para justificar todos los derechos que tienen como objeto la protección del niño; y una función directiva que constituye un criterio orientador de toda producción normativa, entendida en sentido amplio, relacionada con los derechos del niño, lo que incluye no sólo la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces, sino también todas las medidas emprendidas por el legislador y las políticas públicas, programas y acciones específicas llevadas a cabo por las autoridades administrativas.

El interés superior es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor.

Existe una obligación general del Estado de realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso y disfrute de los niños a sus derechos, evitando retrocesos y demoras injustificadas. Para ello debe asignar los mayores recursos disponibles. El derecho a la educación, en el caso de la niñez, favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad. La educación y el cuidado de la salud de la niñez suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna.

VI. Libertad de trabajo

Los límites a la libertad de trabajo son: que no se trate de una actividad ilícita; que no se afecten derechos de terceros; y, que no se afecten derechos de la sociedad en general. Esto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad. Existe un imperativo que subyace frente al derecho individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que permite la convivencia y bienestar social y proteger de esa manera el interés de la sociedad por encima del particular y por se limita o condiciona el individual.

VII. Protección del Consumidor

Existe una obligación de proteger los derechos fundamentales de las personas aún en las relaciones comerciales entre particulares ya que los principios de los derechos humanos vinculan a todos los sectores del ordenamiento jurídico. Refuerza lo anterior que los derechos fundamentales gozan de plena eficacia, incluso en las relaciones jurídico-privadas. Esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tiene como efecto que en los asuntos de su conocimiento, los tribunales atiendan a la influencia de los valores que subyacen en tales derechos y también justifica la introducción de tales derechos fundamentales en ámbitos como las relaciones entre consumidores y productores o prestadores de servicios. La obtención del máximo beneficio con sus reservas es un derecho del consumidor.

El ejercicio de la libertad de comercio sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se afecten los derechos de tercero o resolución gubernativa cuando se ofendan los derechos de la sociedad, en este caso los derechos de los consumidores.

Los elementos a considerar en la protección de los derechos de los consumidores:

- La importancia de la protección del consumidor frente a los riesgos de salud y su seguridad.
- Promoción y protección de los derechos económicos de los consumidores.
- El acceso de los consumidores a una información adecuada como obligación gubernamental que en su caso permita el conocimiento sobre los efectos en el medio ambiente de las decisiones y comportamiento de los consumidores y de las consecuencias que puede tener la modificación de las modalidades de consumo.

- La educación del consumidor respecto de sus derechos y sobre el consumo.
- La compensación efectiva al consumidor.
- Asociación de consumidores para defensa de sus intereses.
- La promoción de modalidades sostenibles de consumo.

Para la protección de los derechos de los consumidores se han integrado como elementos esenciales los derechos y garantías judiciales a ser oídos, derecho a la protección judicial y a un trato no discriminatorio.

VIII. La protección del medio ambiente

La protección al medio ambiente es de tal importancia al interés social que implica y justifica, en cuanto resulten disponibles, restricciones para preservar y mantener ese interés en las leyes que establecen el orden público. Este derecho comprende el disfrute de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, así como prevenir y controlar la contaminación del aire, el agua y el suelo y conservar el patrimonio natural de la sociedad. Por tanto, el particular debe ceder al interés de la sociedad a tener derecho un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas, que como derecho fundamental las autoridades deben velar, para que cualquier infracción, conducta u omisión que atente contra dicho derecho sea sancionada.

Principales criterios jurisprudenciales

- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012 Serie C No. 243.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.
- Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.
- SCJN. Amparo directo en revisión 2539/2010. MINISTRO PONENTE: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. SECRETARIOS: Ana María Ibarra Olguín. Arturo Barcena Zubieta. México. 26 de enero de dos mil once.
- Tesis: P. CV/2000 (9a.). EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY GENERAL RELATIVA QUE ESTABLECE QUE LOS PARTICULARES QUE PRESTEN EL SERVICIO DE ESTUDIOS SIN RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL, DEBERÁN MENCIONAR ESA CIRCUNSTANCIA EN SU DOCUMENTACIÓN Y PUBLICIDAD, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE ENSEÑANZA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XII, Agosto de 2000, p. 139. Reg. IUS. 191424.
- Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10a.). AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD

NACIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1502. Reg. IUS. 2001560

- Tesis: I.3o.C.53 C (10a.), CONSUMIDOR. LA OBTENCIÓN DEL MÁXIMO BENEFICIO CON SUS RESERVAS, ES UN DERECHO HUMANO DEL CONSUMIDOR TUTELADO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE SE COMPLEMENTA CON LAS DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA SU PROTECCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3, p. 1846. Reg. IUS. 2002127.
- Tesis: P/J. 146/2001 (9a.), EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 4o. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL CUMPLE CON EL MANDATO CONTENIDO EN EL DIVERSO 32 DE LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN, AL PERMITIR QUE EL GOBERNADO EJERZA EN FORMA PLENA SU DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LOGRE UNA EFECTIVA IGUALDAD EN OPORTUNIDADES DE ACCESO Y PERMANENCIA EN LOS SERVICIOS EDUCATIVOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1035. Reg. IUS. 187999.
- Tesis P/J. 144/2001. EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 40. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO DE DICHA ENTIDAD DE PRESTAR, ADEMÁS DE LA EDUCACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA, LA PREESCOLAR Y MEDIA SUPERIOR, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 3o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1035. Reg. IUS. 187998.
- Tesis P/J. 28/99 (9a.). 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 y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo IX, Abril de 1999, p. 260. Reg. IUS. 194152.
- Tesis I.5o.C.22 C (10a.). VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. EL DERECHO HUMANO A ÉSTA NO EXIME DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO POR VIRTUD DE UN CRÉDITO HIPOTECARIO. *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, México, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3, p. 2162. Registro No. 2 003 807.

- Tesis XI.1o.A.T.4 A (10a.). MEDIO AMBIENTE. AL SER UN DERECHO FUNDAMENTAL ESTÁ PROTEGIDO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, NACIONAL Y ESTATAL, POR LO QUE LAS AUTORIDADES DEBEN SANCIONAR CUALQUIER INFRACCIÓN, CONDUCTA U OMISIÓN EN SU CONTRA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1925. Registro No. 2 001 686.

La constitucionalización de la educación en derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional

Mauricio Iván DEL TORO HUERTA

SUMARIO: I. *A manera de introducción*. II. *Texto y contexto de la reforma constitucional*. III. *Constitución, educación, democracia y derechos humanos*. IV. *Instrumentos internacionales relevantes en materia de educación en derechos humanos*. V. *Elementos y alcances del derecho humano a la educación*. VI. *Las obligaciones derivadas de sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. VII. *Comentario final*.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la educación; Educación en derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Comité de Derechos del Niño; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I. A manera de introducción

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, constituye un parteaguas en la historia constitucional de nuestro país, perfila un nuevo rostro del Estado y exige de todas las autoridades compromiso, capacidad e imaginación para hacer de la misma algo más que un conjunto ilustrado de fórmulas retóricas, configurando un sólido andamiaje para la construcción de una renovada cultura de los derechos que permita tender los puentes necesarios que lleven del cambio jurídico e institucional a la transformación de la realidad política y social.¹

Desde esta perspectiva, la reforma impone, tanto a las autoridades estatales como a los diferentes grupos e individuos que componen el conjunto de la sociedad mexicana nuevos retos en la construcción de un Estado constitucional y democrático que sitúe a la dignidad humana como la razón y la mira de la actividad gubernamental, como cima y fundamento del ordenamiento jurídico; como verdadera premisa antropológico-cultural del Estado y del sistema democrático y como factor de cohesión, cambio y desarrollo social.²

¹ Cfr. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa/UNAM, 2011.

² Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, México, IIJ-UNAM, 2001, pp. 169-172. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") ha reconocido el valor superior

En este nuevo contexto generado por la reforma constitucional y por la exigencias que impone el derecho internacional, la educación en derechos humanos juega un papel de enorme importancia, pues en la medida en que los contenidos y procesos educativos de todos los niveles y modalidades se definan a partir de un enfoque orientado de manera clara y decidida a la vigencia de tales derechos, se construye una cultura jurídica más amplia y definida, y un contexto de exigencia más robusto, permitiendo a su vez una dinámica constitucional más intensa, un control jurisdiccional de constitucionalidad y convencionalidad más eficaz y un mejor sistema de garantías. En última instancia: una mejor convivencia humana.

Así entendida, la educación en derechos humanos se configura como una garantía institucional de esos derechos; como parte fundamental y precondition de la construcción de ciudadanía y del control social que ésta ejerce en el proceso deliberativo, en tanto factor de neutralización o equilibrio de las desigualdades, que a su vez sirve como una garantía de pluralidad.³

El presente documento es una reflexión general sobre los alcances de la reforma constitucional al artículo 3o. en materia de educación en derechos humanos a la luz de los estándares internacionales, poniendo énfasis en aquellos criterios, normas o principios que resulten vinculantes u orientadores para los operadores jurídicos nacionales, en particular para los jueces al ejercer algún tipo de control de convencionalidad y al interpretar la normas de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales respecto del derecho a la educación en general y a la educación en derechos humanos en particular. El planeamiento central descansa sobre la tesis de que la constitucionalización de la educación en derechos humanos tiene una doble dimensión práctica, como perspectiva de análisis del derecho a la educación y como contenido específico de este último y, en cuanto tal, configura un derecho que resulta exigible al Estado mediante los diferentes mecanismos de garantía de los derechos

de la dignidad humana, tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") como en los tratados internacionales, "constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás". Tesis: P. LXV/2009 (9a.), DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 8. Reg. IUS. 165813. El 4 de octubre dio inicio la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* en términos del Acuerdo General publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de septiembre de 2011. El cambio responde a la entrada en vigor de la reforma a la Ley de Amparo y a las reformas en materia de derechos humanos que modificaron la estructura del Poder Judicial Federal y la competencia de sus órganos, pero tiene también, en palabras del ministro Cossío, una "razón simbólica", la "realización cabal del sistema de derechos humanos". Cfr. Cossío, José Ramón, "Amparo, la décima época", *El Universal*, 5 de octubre de 2011.

³ Las garantías institucionales constituyen técnicas de protección de los derechos. Esa función de tutela se concreta en el establecimiento de una serie de obligaciones o deberes, de límites y vínculos que, en resguardo precisamente de los derechos, les son impuestos a los poderes públicos o resultan exigibles a los privados. Cfr. Pisarello, Gerardo, "El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores garantías, más democracia", en Abramovich, Víctor, et. al., (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, México, Fontamara, 2003, p. 35.

fundamentales, en particular, las jurisdiccionales, en atención a las normas internacionales de derechos humanos y a su desarrollo interpretativo.

II. Texto y contexto de la reforma constitucional

La reforma constitucional incorporó al segundo párrafo del artículo 3o. una referencia expresa al respeto de los derechos humanos dentro de los valores que la educación que imparta el Estado deberá tender a desarrollar. El texto es el siguiente:

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, *el respeto a los derechos humanos* y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.⁴

Con ello no sólo se sitúa a los derechos humanos como eje y guía de la educación, sino también como un componente fundamental de la acción educativa estatal, en concordancia con el nuevo rostro que procura, promueve y ordena el nuevo texto constitucional. El derecho a la educación en derechos humanos define un contenido específico de la educación, una de sus características, fines y funciones.⁵

⁴ La reforma al artículo 3o. confirma y refuerza el contenido general de dicho precepto y, en particular, el de su inciso c), fracción II, que ya precisaba entre los fines de la educación, el de contribuir "a la mejor convivencia humana", al "aprecio para la dignidad de la persona" y a la convicción de "sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos". Además, impacta también en la educación preescolar, primaria, secundaria, normal y superior que impartan los particulares y las universidades autónomas, a partir de lo dispuesto por las fracciones VI y VII del mismo texto, que impone la obligación de que la educación se apegue a los mismos fines y criterios aplicables a la educación que imparte el Estado. En el mismo sentido, el alcance de la reforma se proyecta al contenido de otros artículos de la Constitución, relacionados con la educación y la capacitación, tales como, el artículo 1o., por cuanto hace al alcance e interpretación de los derechos humanos, 2o., respecto a las obligaciones de las autoridades de garantizar e incrementar los niveles de escolaridad de las personas indígenas, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior; establecer un sistema de becas en todos los niveles; el otorgamiento a las mujeres indígenas de estímulos para favorecer su educación, y el apoyo con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; 4o., por cuanto hace a la igualdad entre hombres y mujeres y al derecho de los niños y las niñas a la satisfacción de sus necesidades de educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral; 18o., respecto del los principios sobre los que se organiza el sistema penitenciario, entre ellos, el de respeto a los derechos humanos, la capacitación para el trabajo y la educación como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, y 41, en relación con las funciones de capacitación y educación cívica que desarrolla el Instituto Federal Electoral.

⁵ El *Plan de Acción del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos* de la Organización de las Naciones Unidas define a la educación en derechos humanos "como un conjunto de actividades de educación, capacitación y difusión de información orientadas a crear una cultura universal de los derechos humanos. Una educación integral en derechos humanos no sólo proporciona conocimientos sobre los derechos humanos y los mecanismos para protegerlos, sino que, además, transmite las aptitudes necesarias para promover, defender y aplicar los derechos humanos en la vida cotidiana. La educación en derechos humanos promueve las actitudes y el comportamiento necesarios para que se respeten los derechos humanos de todos los miembros de la sociedad./Las actividades de educación en derechos humanos deben transmitir los principios fundamentales de los derechos humanos, como la

Pero, ¿cuál es el sentido de la constitucionalización de la educación en derechos humanos como un contenido específico del derecho a la educación? Si se quieren tomar en serio los derechos constitucionales y, en específico, si se busca verdaderamente la congruencia y la sistematicidad de la Constitución y los instrumentos internacionales, la inclusión del respeto a los derechos humanos dentro de los fines de la enseñanza, como parte de la reciente y trascendente reforma constitucional en materia de derechos humanos, es la consecuencia necesaria de un nuevo modelo constitucional orientada a la vigencia plena de los derechos humanos y al cumplimiento cabal de las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) al Estado mexicano.⁶

Por tanto, la reforma al artículo 3o. no se trata de la mera adición de otra finalidad política a los principios que orientan la educación pública, sin trascendencia jurídica alguna; no se limita tampoco a ser un principio orientador de la actividad legislativa y educativa que no admite mecanismos de garantía en beneficio directo de las personas y de su derecho a la educación. El contenido de la reforma traduce el cumplimiento de un deber de prevención específico de las autoridades estatales y constituye una garantía institucional que contribuye a la efectividad del derecho a la educación y que genera además derechos específicos a los particulares, en el sentido de que su omisión, regresión o deficiencia supone el incumplimiento de un deber fundamental y la afectación de un derecho que, en última instancia, debe ser garantizado por los órganos jurisdiccionales a través de procedimientos adecuados y efectivos.⁷ La observancia de estos deberes no admite excepciones basadas en normas de derecho interno y, en determinadas circunstancias, puede derivar en procedimientos de supervisión de índole supranacional que declaren la responsabilidad internacional del Estado.⁸

igualdad y la no discriminación y, al mismo tiempo, consolidar su interdependencia, indivisibilidad y universalidad. Del mismo modo, esas actividades deben ser de índole práctica y estar encaminadas a establecer una relación entre los derechos humanos y la experiencia de los educandos en la vida real, permitiendo a éstos inspirarse en los principios de derechos humanos existentes en su propio contexto cultural. Mediante esas actividades se dota a los educandos de los medios necesarios para determinar y atender a sus necesidades en el ámbito de los derechos humanos y buscar soluciones compatibles con las normas de esos derechos. Tanto lo que se enseña como el modo en que se enseña deben reflejar valores de derechos humanos, estimular la participación a ese respecto y fomentar entornos de aprendizaje en que no haya temores ni carencias." *Plan de Acción Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. Primera etapa*, Nueva York-Ginebra, 2006, pp. 1-2. Cfr. Bajaj, Monisha, "Human Rights Education: Ideology, Location, and Approaches", *Human Rights Quarterly*, num. 33, 2011, pp. 481-508.

⁶ Con anterioridad a la reforma que se comenta, la Ley General de Educación (1993), en su artículo 7, ya contemplaba entre los fines de la educación el de "promover el conocimiento de los derechos humanos y el respeto a los mismos". A partir de sucesivas reformas se han incorporado otros fines y valores vinculados a estos derechos respecto de la educación que imparta el Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial.

⁷ En determinados contextos, el derecho a un recurso efectivo puede no estar referido a remedios judiciales, sino a recursos administrativos, siempre que sean accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces, considerando que si no es posible ejercer plenamente el derecho sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales. Comité ESCR. *Observación General No. 9, La aplicación Interna del Pacto*, Doc. E/1999/22. 3 de diciembre de 1998, párr. 9.

⁸ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados codifica una norma consuetudinaria bien establecida en el sentido de que los Estados "no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del

III. Constitución, educación, democracia y derechos humanos

Con la incorporación de la educación en derechos humanos al texto constitucional se reconoce su carácter fundamental (poniéndolo por encima de la simple mayoría parlamentaria o de los intereses del mercado)⁹ y se confirma la opinión que destaca la importancia del artículo 3o. constitucional, como un "precepto crucial, fundamental, de la ley suprema", al contener un modelo de persona y de nación, que se construye por medio de la educación.¹⁰ Este modelo de persona y de nación no es –ni podría ser– inmutable a la evolución de los tiempos. Por el contrario, cada reforma constitucional en esta materia ha estado inmersa en procesos de definición política. Por ello se afirma también que el artículo 3o. "ha sido una norma de la Constitución particularmente sensible a los cambios y a los procesos políticos, nacionales e internacionales".¹¹

Históricamente, el vínculo entre educación y sistema político no se ha definido siempre en términos de mayores libertades, así como tampoco en mejores condiciones para el ejercicio de los derechos. La educación puede ser parte de un proceso de liberación, lo mismo que un instrumento para la opresión; parafraseando a Paulo Freire, todo acto educativo es un acto político.¹² Es quizá por esta íntima relación entre la educación, el sistema político y su ideario,

incumplimiento de un tratado" (artículo 27). De acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana"), este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos, sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la propia Corte IDH. Entre otros, Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de Noviembre de 2007, Consideraciones 4 y 5. El principio aludido se reconoce también en la tesis aislada del Pleno de la SCJN. Tesis: P. IX/2007 (9a.), TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 6. Reg. IUS. 172650.

⁹ La constitucionalización supone también una técnica de garantía que implica reconocer un contenido mínimo esencial que no puede ser violado por el legislador ni por las autoridades políticas. Cfr. Courtis, Christian, "Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista", en *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 23, y Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, p. 33.

¹⁰ García Ramírez, Sergio, "Raíz y horizonte de los derechos 'sociales' en la Constitución mexicana", en *Estudios Jurídicos*, México, IIJ-UNAM, 2000, p. 44.

¹¹ Valadés, Diego, "Derecho a la educación", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Vol. VIII, México, Porrúa/IIJ -UNAM, 2002, p. 788. Para un análisis del derecho a la educación en México, cfr. Melgar Adalid, Mario, "Comentario al Artículo 3o.", *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*. T. XVI, Sección Segunda, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2006, pp. 93-124; Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM/Porrúa/CNDH, 2005, pp. 325-341 y 803-813, e *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación*, Sr. Vernor Muñoz. *Misión a México*, Doc. A/HRC/14/25/Add.4 de 2 de junio de 2010. Sobre la educación en México en general, cfr., Solana, F., Reyes, R. y Bolaños, R. (coords.), *Historia de la educación pública en México (1876-1976)*, 2a. ed., México, FCE/SEP, 2011 (5a. reimp.); Ornelas, Carlos, *Política, poder y pupitres. Crítica al nuevo federalismo educativo*, México, Siglo XXI editores, 2009.

¹² Cfr. Freire, P., entre otros, *Pedagogía del oprimido*, 53a. ed., México, Siglo XXI editores, 2000.

que no sorprende –no obstante su excepcionalidad en el conjunto del derecho constitucional comparado– que dentro de los criterios que orientan y definen el modelo del sistema educativo mexicano se incluya y enfatice su carácter democrático, "considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo".¹³

El vínculo entre educación y democracia, si bien no está exento de críticas desde la perspectiva de la democracia procedimental, es consecuente con los valores que orientan el derecho constitucional mexicano,¹⁴ y con la relevancia jurídica y práctica de los derechos fundamentales como expresión más clara del fundamento de la democracia sustantiva.¹⁵

Desde esta perspectiva, el derecho a la educación forma parte de la *esfera de lo indecible* por el legislador, de la esfera pública. De ahí que, como lo destaca Luigi Ferrajoli,

...la defensa de la escuela pública, es decir, de la función pública de la escuela, es un momento esencial de la defensa de la democracia. En el doble sentido de que la escuela pública es una precondition de la democracia, como principal factor de inclusión y de integración social y a la vez de formación cívica y cultural; y de que la función pública de la escuela es un elemento integrante de la democracia constitucional, según resulta del universalismo de los derechos fundamentales y también, por tanto, del derecho igual y gratuito a la educación en los que la misma se articula.¹⁶

¹³ Esta referencia se incorporó con la reforma de 1946, que eliminó la referencia a una "educación socialista" insertada en 1934. No es extraña la vinculación entre educación y democracia. Cfr. en general, Dewey, *Democracia y educación*, 6a. ed., Trad. Lorenzo Luzuriaga, Madrid, Ediciones Morata, 2004; Savater, Fernando, *El valor de educar*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1997 y Vázquez, Rodolfo, "Derecho y educación", en *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006.

¹⁴ Cfr. González Avelar, Miguel, "El artículo 3o. y los valores de la Constitución", en García Ramírez, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, México, UNAM/FCE, 1997, pp. 180. Desde esta perspectiva, en opinión de John Dewey la democracia "es más que una forma de gobierno; es primeramente un modo de vivir asociado, de experiencia comunicada juntamente". Cfr. Dewey. ..., *op. cit.*, pp. 81 y 91.

¹⁵ Para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo "la democracia excede a un método para elegir a quienes gobiernan, es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder." Desde esta perspectiva, la medida del desarrollo de una democracia está dada "por su capacidad de dar vigencia a los derechos de los ciudadanos y constituir a estos en sujetos de las decisiones que los afectan". *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD, Alfaguara, 2004, pp. 33 y 48. Incluso desde la perspectiva de la democracia procedimental o electoral, la educación es un elemento fundamental para el ejercicio de los derechos políticos. Cfr. Kweitel, Juana y Ceriani, Pablo, "El derecho a la educación", en Abramovich, Víctor, *et. al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 203.

¹⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 2, Trad. Perfecto Andrés *et. al.*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 399 y 403.

Los propios trabajos legislativos que derivaron en la reforma de 2011 reflejan ese vínculo entre democracia y educación, y la importancia de que ésta se oriente a la promoción y al respeto de los derechos humanos.¹⁷ De esta forma, el texto y el contexto de la reforma constitucional, que incorporó la educación en derechos humanos como parte del derecho a la educación, confirman el alcance de este derecho fundamental como parte de una noción más amplia de cultura y de democracia y no sólo como una vaga referencia a un principio programático.

Por tales razones, la demanda social que exige determinados fines al proceso educativo y la necesidad de la educación de calidad, como precondition de la democracia y el desarrollo, no deben traducirse sólo en políticas públicas sino también en una clara definición del alcance de los derechos de las personas, y si bien la eficacia de estos, depende, en buena medida, de la oportunidad y efectividad de aquéllas; políticas y derechos tienen diferentes mecanismos de implementación, cumplimiento y supervisión que requieren estar claramente identificados y definidos. De ahí que, como en su momento lo destacó la anterior Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, se deba distinguir entre educación y derecho a la educación, a fin de diferenciar, por un lado, entre estrategias y políticas educativas como medios para el desarrollo social o como precondition para el ejercicio efectivo de otros derechos (como el derecho a la participación política; los derechos laborales; el derecho a la libertad de conciencia y religión, la libertad sexual, etcétera) y, por otro lado, el derecho a la educación como un fin en sí mismo, con un alcance y un contenido específico o determinable, y no como un simple medio para conseguir otros fines.¹⁸

Como se destacó, la reciente reforma constitucional al artículo 3o. no debe interpretarse como una declaración programática, o una mera representación ideológica de lo que pudiera o debiera ser la educación, sin ningún alcance normativo y menos aún vinculante, repitiéndose, en este siglo, lo que fue la historia de los derechos sociales durante buena parte del pasado,

¹⁷ Así se advierte en la exposición de motivos de las diferentes iniciativas presentadas por los Grupos Parlamentarios de los partidos Acción Nacional; de la Revolución Democrática y Revolucionario Institucional en la Cámara de Diputados (publicadas, las dos primeras, en la *Gaceta Parlamentaria* No. 2236-IV, de 25-04-2007, y la última en la *Gaceta Parlamentaria* No. 2425-II de 16 de enero de 2008), así como en las iniciativas de legisladores de diversos grupos parlamentarios de la Cámara de Senadores (*Gaceta Parlamentaria* No. 166, de 29 de noviembre de 2007) y en la del Grupo parlamentario del Partido del Trabajo (*Gaceta* No. 259 de 25 de octubre de 2008). En todas ellas se destaca no sólo la importancia de la educación como derecho humano, sino también la obligación de todo Estado democrático de impartirla, y de orientar la enseñanza a su respeto para afianzar una cultura de tales derechos. Algunas de dichas iniciativas incorporaban además la perspectiva de género dentro de los fines de la educación. El conjunto de iniciativas presentadas están disponibles en <<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>> (19 de junio de 2013).

¹⁸ Cfr. *Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos*, Sra. Katarina Tomasevski, E/CN.4/1999/49, 13 de enero de 1999, pár. 13.

en tanto "frutos de la Revolución", una bandera política sin trascendencia jurídica para los particulares, una trivialización de los derechos sociales y una absoluta ignominia de sus garantías.¹⁹ La reforma es consecuente con los deberes internacionales en materia de educación en derechos humanos, los cuales constituyen parámetros de interpretación, en gran medida, vinculantes para los jueces nacionales, a fin de hacer efectivo el derecho a la educación en sus diferentes dimensiones (objetiva-subjetiva y negativa-positiva).

Al respecto, la dimensión objetiva del derecho a la educación impone obligaciones de hacer a las autoridades administrativas y legislativas por cuanto hace a la reglamentación y operación del sistema educativo e implica tanto obligaciones programáticas como de cumplimiento inmediato, que se traducen también en derechos prestacionales para los individuos y, en ciertos casos, resultan exigibles a los particulares. La dimensión subjetiva, por su parte, analiza el impacto de la dimensión objetiva en los derechos de las personas que pueden verse afectados y define, en cada caso, sus alcances y efectos.

Desde esta perspectiva los derechos sociales, y en particular el derecho a la educación, comparten la estructura de reglas, principios en sentido estricto y directrices, siguiendo un modelo ampliamente reconocido de configuración de los derechos fundamentales.²⁰ En México, como afirma Juan Antonio Cruz Parceró, el artículo 3o. constitucional ejemplifica esta configuración:

- Cuando la norma prescribe que el Estado está obligado a dar educación básica gratuita a todos los mexicanos, estructuralmente este derecho se configura como una regla.
- Todas las características o criterios que se mencionan de la educación que imparta el Estado, su carácter laico, científico, democrático, nacional, etcétera, se configuran como principios en sentido estricto.
- Cuando se dice que "el Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos... necesarios para el desarrollo de la Nación...", está enunciándose una norma con una estructura de directriz que deja abiertas tanto las condiciones de aplicación como la conducta.²¹

¹⁹ Cfr. Cossío, Jose Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa/ITAM, 2001, pp. 122-143.

²⁰ Cfr., en general, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2007 (4a. Reimp.).

²¹ Cruz Parceró, Juan Antonio, "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en Carbonell, Miguel, et al., (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. Ed., México, Porrúa / UNAM, 2001, p. 97.

En este contexto, la dimensión subjetiva del derecho a la educación, aquella que se asume justiciable y, por lo mismo, directamente exigible ante los tribunales, se configura principalmente a partir de las reglas y principios en sentido estricto que derivan del artículo 30. constitucional y de los tratados internacionales, y su incumplimiento constituye una violación a los derechos subjetivos de las personas.²² Las directivas educativas, por su parte, suelen concentrar las obligaciones progresivas cuya exigibilidad debe analizarse en función de grados, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones, a la prohibición de regresividad y a las reglas de la ponderación jurídica.²³ La no adopción de medidas progresivas supone una falta de cumplimiento que, atendiendo a las circunstancias, puede traducirse en la violación de derechos subjetivos de las personas.

Desde su dimensión objetiva, la configuración del derecho a la educación como reglas o principios en sentido estricto con eficacia directa e inmediata, actúa como: a) cobertura de una acción estatal que de otro modo resultaría lesiva de ciertos derechos y libertades individuales; b) pauta interpretativa de disposiciones legales o constitucionales, que permiten soluciones más acordes con el modelo de Estado social, y c) medio de control de políticas

²² El derecho a la educación, tanto en su vertiente individual como social, se encuentra reconocido en diferentes instrumentos internacionales, como son: la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) (art. 26); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) (arts. 18.4); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) (arts. 13-15); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 7); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) (arts. 5 y 10); la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CRC) (arts. 28-30); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias (arts. 30, 43 y 45); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CRPD) (art. 16, 23-24 y 26); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 22); la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (art. 22). En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) destaca el Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (arts. 7 y 26-31). En el ámbito del sistema interamericano se alude al derecho a la educación en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (arts. 3, 30-31, 34, 47-50, 52 y 95) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XII, y XXX-XXXI), así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 12 y 26); el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 13-14) (en adelante "Protocolo de San Salvador"); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. III), y el Convenio Interamericano para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Para" (art. 8). Existen también normas relativas a la educación y la enseñanza en otros ámbitos como la OIT y la UNESCO (como la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza) y en otros sistemas regionales (por ejemplo, el artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; el artículo 17 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos artículo 34 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y el Convenio Centroamericano sobre unificación básica de la educación).

²³ El deber o garantía de no regresividad, como señala Pisarello, supone "la obligación de que las medidas legales que afecten instituciones y servicios públicos [...] respeten siempre el núcleo esencial que, en un contexto dado, identifica dichas instituciones, quedando prohibida toda regulación que suponga su aniquilamiento o su velada desnaturalización". Además, la "obligación positiva de promoción" o "deber de progresividad", permite asegurar "de manera positiva y gradual, pero en ningún caso postergable *sine die*, los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos, tanto a través de estructuras institucionales adecuadas como mediante el otorgamiento de las respectivas prestaciones." Cfr. Pisarello, Gerardo, "El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores garantías, más democracia", en Abramovich, Víctor, *et. al.*, (comps.), *Derechos sociales...*, op. cit., p. 37.

públicas y de los actos legislativos que se separan de los fines establecidos constitucionalmente.²⁴

Lo anterior permite afirmar que la reforma al artículo 3o. constitucional incorporó una perspectiva específica del derecho a la educación, al reconocer en el texto constitucional el derecho a la educación en derechos humanos.²⁵ En cuanto tal, como un derecho fundamental, impone un deber específico de tipo prestacional cuyo incumplimiento supone su violación y, en determinado contexto, no sólo eso sino también el desconocimiento de otros deberes generales impuestos por el derecho internacional, en particular, el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, el deber de tomar medidas para garantizarlos y hacerlos efectivos, y el deber de adecuar el ordenamiento interno al derecho internacional.

IV. Instrumentos internacionales relevantes en materia de educación en derechos humanos

La obligación estatal de incorporar la educación en derechos humanos como un contenido y una metodología en el proceso educativo deriva también de una interpretación sistemática y funcional del texto constitucional, respecto de diferentes deberes y derechos previstos en instrumentos internacionales de carácter vinculante para el Estado mexicano, y se corresponde con las directivas desarrolladas en el seno de la comunidad internacional con miras a promover el respeto del derecho a la educación en todo el mundo.²⁶

Al respecto, la DUDH (art. 26.2), el PIDESC (art 13.1) y el Protocolo de San Salvador (art. 13.2) coinciden en establecer entre los objetivos de la educación "el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales". El Protocolo de San Salvador incorpora además el pleno sentido de la dignidad humana y el respeto al pluralismo ideológico. Por su parte, la CRC establece que la educación

²⁴ Cfr. Cruz Parceró, Juan Antonio, "Los derechos sociales. . . , *op. cit.*, p. 98.

²⁵ El hecho de que de la literalidad del texto de la reforma que se comenta no se advierta el reconocimiento de un derecho específico no es obstáculo jurídico para no derivar de su interpretación sistemática y conforme con el derecho internacional, la exigibilidad de un derecho correlativo a las obligaciones estatales. Como lo advierte Rodolfo Arango, nada impide derivar la existencia de un derecho fundamental a partir de la interpretación de uno o varios enunciados normativos que establezcan una obligación jurídica fundamental indirecta. En todo caso, ello depende de una justificación jurídica correcta. Cfr. Arango, Rodolfo, *El concepto. . . , op. cit.*, p. 41.

²⁶ Para un amplio estudio sobre la protección del derecho a la educación en el Derecho internacional, *cfr.* Beiter, Klaus Dieter, *The Protection of the Right to Education by International Law. Including a Systematic Analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [La Protección del Derecho a la Educación por el Derecho Internacional. Incluye un análisis sistemático del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

deberá estar encaminada, entre otras cuestiones, a "inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas" (art. 29.1.b). La CRPD reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la educación y destaca la obligación de los Estados de asegurar un sistema de educación inclusivo a fin de desarrollar plenamente, entre otros, el sentido de la dignidad y la autoestima, y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana (art. 24). La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes obliga a los Estados a incluir una educación sobre la prohibición de tales actos en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, interrogatorio o tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión (art. 10.1), lo mismo hace la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 7) y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (art. VIII). Finalmente, los cuatro convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949 obligan a los Estados también a difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como de guerra, las normas contenidas en ellos e incorporar su estudio a los programas de instrucción militar y, si es posible, civil, de modo que sus principios sean conocidos por el conjunto de las fuerzas armadas y de la población.²⁷

De manera similar, la importancia del derecho a la educación y de la enseñanza de los derechos humanos en el ámbito internacional se manifiesta en una serie de instrumentos internacionales no convencionales, pero con efecto jurídico innegable en la medida en que reflejan el consenso de los Estados o de la comunidad internacional, tales como la *Declaración Mundial sobre Educación para Todos*,²⁸ la Declaración y Plan de Acción de Viena sobre Derechos Humanos,²⁹ *Declaración del Milenio*,³⁰ el Marco de Acción de Dakar "Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes" (Senegal, 2000),³¹ el Decenio de las Naciones Unidas

²⁷ En general, *cfr.* Villán Durán, Carlos, "Las obligaciones de los Estados en materia de educación en derechos humanos" y Guevara, José y Medellín, Ximena, "El marco jurídico de la educación superior para la enseñanza de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario", en *Educación en Derechos Humanos*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2006, pp. 23-39 y 293-314, respectivamente.

²⁸ UNESCO. *Declaración Mundial sobre Educación para Todos*. Aprobada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje, Jomtien, Tailandia, del 5 al 9 de marzo de 1990.

²⁹ AGONU. *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Resolución A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993.

³⁰ AGONU. *Declaración del Milenio*. Resolución 55/2. 13 de septiembre de 2000.

³¹ *Marco de Acción de Dakar "Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes"*. Adoptado en el Foro Mundial sobre la Educación, Dakar, Senegal, 26-28 de abril de 2000.

para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos, 1995-2004;³² el *Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos*;³³ el Plan de Acción para la primera etapa (2004-2007) del Programa Mundial³⁴ y para la segunda etapa, 2010-2014;³⁵ la *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos*;³⁶ y la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*.³⁷

En particular, la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* destaca la obligación y la responsabilidad de los Estados de adoptar medidas apropiadas para promover en todas las personas sometidas a su jurisdicción la comprensión de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, entre las que figuran la publicación y amplia disponibilidad de las leyes, reglamentos nacionales e instrumentos internacionales básicos de derechos humanos, así como de promover y facilitar la enseñanza de éstos en todos los niveles de la educación, y de garantizar que los que tienen a su cargo la formación de abogados, funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, personal de las fuerzas armadas y funcionarios públicos incluyan en sus programas de formación elementos apropiados de la enseñanza de los derechos humanos. La declaración señala la importante misión de los particulares, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones de contribuir a sensibilizar al público sobre las cuestiones relativas a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante actividades de enseñanza, capacitación e investigación en esas esferas con el objeto de fortalecer, entre otras cosas, la comprensión,

³² AGONU. *Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos, 1995-2004*. Resolución A/RES/49/184. 23 de diciembre de 1994.

³³ AGONU. *Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos*. Resolución A/RES/59/113. 17 de febrero de 2005.

³⁴ AGONU. Proyecto revisado del plan de acción para la primera etapa (2005-2007) del Programa Mundial para la educación en derechos humanos. Resolución A/59/525/Rev.1. 2 de marzo de 2005.

³⁵ AGONU. Proyecto de plan de acción para la segunda etapa (2010-2014) del Programa Mundial para la educación en derechos humanos. Resolución A/HRC/15/28 27 de julio de 2010.

³⁶ CDHONU. *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos*. Resolución A/HRC/RES/16/1. 23 de marzo de 2011.

³⁷ AGONU. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. Resolución A/RES/53/144. 8 de marzo de 1999. Al conjunto de estos instrumentos que contribuyen al desarrollo progresivo del derecho internacional la doctrina lo identifica con la noción de *soft law* internacional, los cuales constituyen directivas válidas de interpretación del derecho internacional y orientan la práctica de los Estados, más allá del grado de vinculación específico que, atendiendo a su contenido, tenga cada instrumento. Cfr. Toro Huerta, Mauricio del, "El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del Derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen VI, 2006, pp. 513-549. En este contexto de desarrollo progresivo resultan relevantes también los informes de los relatores especiales y grupos de trabajo, que contribuyen a contextualizar el alcance de los derechos y de las obligaciones internacionales.

la tolerancia, la paz y las relaciones de amistad entre las naciones y entre todos los grupos raciales y religiosos, teniendo en cuenta las diferentes mentalidades de las sociedades y comunidades en las que llevan a cabo sus actividades (arts. 1o., 6o.-7o., y 14o.-16o.).

Por su parte, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos* reconoce el derecho de toda persona "a obtener, buscar y recibir información sobre todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y debe tener acceso a la educación y la formación en materia de derechos humanos"; en el entendido de que la educación y la formación en materia de derechos humanos engloba no sólo el contenido sino también los métodos y finalidades de la enseñanza, de forma tal que dicha educación incluye facilitar el conocimiento y la comprensión de las normas y principios de derechos humanos, los valores que los sostienen y los mecanismos que los protegen–; por medio de los derechos humanos, que incluye aprender y enseñar respetando los derechos de los educadores y los educandos, y para los derechos humanos, lo que supone facultar a las personas para que disfruten de sus derechos y los ejerzan, respetando y defendiendo los de los demás (arts. 1 y 2).

Considerando todo este contexto jurídico, el hecho de que la Constitución expresamente incorpore entre los fines de la educación el de promover el respeto a los derechos humanos constituye una garantía adicional, consecuente con el nuevo rostro del Estado constitucional que define y promueve la reforma del 10 de junio de 2011, en el sentido de reconocer la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos como una obligación directa e inmediata de las autoridades estatales, que impone deberes específicos de prevención, investigación, sanción y reparación frente a cualquier violación a los mismos y que, en el ámbito de la educación –y no sólo en él– se proyecta también a las relaciones entre particulares, como un *corpus* imperativo, orientado por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El contenido y el alcance de estos derechos están definidos en clave de subsidiariedad por el derecho internacional, considerando que éste establece un estándar mínimo a los Estados.³⁸ La doctrina y jurisprudencia de los órganos internacionales resultan especialmente relevantes

³⁸ Sobre la noción de subsidiariedad, *cfr.* Carozza, Paolo, "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law" [Subsidiariedad como principio estructural del Derecho Internacional de los Derechos Humanos], *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 38-79 y Toro Huerta, Mauricio del, "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano", en Becerra, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, IIJ-UNAM, 2007, pp. 23-61.

al momento de interpretar y valorar los alcances de los tratados y las normas internacionales; en particular, aquellos criterios de carácter jurisprudencial, en tanto representan la interpretación última y autorizada del texto internacional y contribuyen a su desarrollo progresivo.³⁹

En conjunto, tales criterios constituyen una herramienta fundamental para dar cumplimiento a la obligación impuesta en el artículo 1o. constitucional que exige una interpretación de las normas relativas a los derechos humanos "de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".⁴⁰

³⁹ Considerando además que la jurisprudencia "cumple una función interpretativa, integradora, armonizadora y evolutiva en el ámbito del sistema de protección de los derechos humanos". Cfr. Carmona Tinoco, Jorge, "La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México", en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández (coords.), *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM/SRE/CorteIDH, 2009, pp. 245-290. Las recomendaciones y observaciones generales de los diferentes comités de Naciones Unidas fijan pautas mínimas a los Estados a fin de auxiliar a éstos en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en lo tocante a la presentación de informes y en la correcta aplicación ulterior del tratado en cuestión, no tienen carácter obligatorio *per se*, o limitativo, ni entrañan ninguna prioridad respecto de la aplicación de los tratados, reflejan el trabajo y la experiencia de los comités. Cfr. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto periodo de sesiones. Suplemento No. 40 (A/36/40)*, Anexo VII, Introducción. En este contexto conviene también tener presente el alcance del principio de buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales, en particular respecto de la atención de las recomendaciones emitidas por órganos supranacionales. La Corte IDH ha dicho que si bien las recomendaciones no tienen el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado, en virtud del principio de buena fe, un Estado que suscribe y ratifica un tratado internacional de derechos humanos "tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección" y tratándose de la Comisión Interamericana, "los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes". Cfr., entre otros, Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 186.

⁴⁰ En la actualidad, resulta más pertinente y orientadora la doctrina y jurisprudencia comparada de las jurisdicciones constitucionales (al menos de aquellas con reconocido prestigio y sólida tradición judicial) y supranacionales no vinculantes para el Estado mexicano (como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), al menos por tres cuestiones: a) el principio *pro persona* que exige orientar la interpretación de las normas de derechos fundamentales en el sentido más favorable a la persona humana sin discriminación alguna; b) la pretensión de universalidad de los derechos humanos que supone cierto estándar común, considerando simplemente el margen de apreciación que pueda reconocerse a los Estados, y c) el deber de motivación de las resoluciones judiciales que exige, entre otras cuestiones, que las decisiones interpretativas se encuentren justificadas y respeten el significado del enunciado normativo más aceptado por la comunidad lingüística relevante, el cual, en materia de derechos humanos, no puede limitarse al ámbito exclusivamente nacional bajo los argumentos de dominio reservado o no intervención en asuntos internos, dada la vocación universal y la garantía colectiva que supone la internacionalización de los derechos humanos, sin desconocer por ello la necesidad de valorar la pertinencia de la doctrina comparada a partir de su propio contexto, debiéndose justificar, en cada caso, su utilización sobre la base de elementos objetivos de comparación y no como simples criterios dogmáticos. Sobre el uso del derecho comparado cfr. Häberle, Peter, *El Estado...*, op. cit., pp. 162 y ss; Pegoraro, L. y Rinella, A., *Introducción al derecho público comparado. Metodología de investigación*, México, UNAM, 2006 y Markesinis, B. y Fedtke, J., *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration? [Protección judicial para el derecho extranjero]*, Londres-Nueva York, Routledge, 2006. Sobre el tema de la recepción nacional del derecho internacional y la noción de diálogo jurisprudencial, entre otros, Toro Huerta, Mauricio del, "El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano", y Silva García, Fernando, "Hacia un diálogo jurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales", ambos en Corzo, Edgar (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, UNAM, 2009.

V. Elementos y alcances del derecho humano a la educación

Como lo destacó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité ESCR) en su *Observación General No. 13*, la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos.⁴¹ Asimismo, toda enseñanza debe orientarse al pleno desarrollo del sentido de la dignidad de la persona humana y atender, entre otros principios, al del interés superior de los alumnos. En general, se reconocen cuatro características interrelacionadas que integran el derecho a la educación en todas sus formas y en todos los niveles: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.⁴²

La disponibilidad supone que existan instituciones y programas en cantidad suficiente y en condiciones de funcionamiento adecuado (p.e. instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, bibliotecas, servicios informativos, etc.). La accesibilidad significa que todos tengan acceso a las instituciones y programas de enseñanza, lo que implica a su vez la no discriminación, la accesibilidad material (localización geográfica) y la accesibilidad económica (gratuidad y programas de becas). La aceptabilidad exige que los programas y métodos de estudio sean pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad atendiendo a los objetivos de la educación. Finalmente, la adaptabilidad requiere que la educación tenga la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.⁴³

Sobre el alcance y el contenido del derecho a la educación, como lo ha destacado el actual Relator Especial de Naciones Unidas, Vernor Muñoz (siguiendo lo dicho por el Comité de los Derechos del Niño (en adelante Comité CRC) en su *Observación General No. 1* sobre los *propósitos de la educación*), el derecho a la educación va más allá del acceso a la escolarización

⁴¹ "Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores, marginados económica y socialmente, salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación aboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico." Comité ESCR. *Observación General No. 13, relativa al derecho a la educación, (artículo 13 del Pacto)*. Doc. E/C.12/1999/10. 8 de diciembre de 1999, párr. 1.

⁴² Ello coincide con el denominado sistema de las "cuatro A", para que la educación sea acomodable, accesible, aceptable y adaptable. Cfr., *Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos*, Sra. Katarina Tomasevski, E/CN.4/2001/52, de 11 de enero de 2001, párr. 64.

⁴³ Comité ESCR. *Observación General No. 13...*, *supra* nota 41, párr. 6-7. La observación puntualiza que las cuatro características señaladas son aplicables a los distintos niveles y modalidades de enseñanza (primaria, secundaria, técnica y profesional, superior, educación fundamental, educación de adultos y educación permanente).

formal, para abarcar el derecho a una calidad específica de educación y el amplio rango de experiencias de vida y procesos de enseñanza y aprendizaje que permiten a los niños y niñas, individual y colectivamente, desarrollar sus personalidades, talentos y habilidades y vivir una vida completa y satisfecha en la sociedad. Al respecto, no obstante que en los programas y políticas nacionales e internacionales en materia de educación se suele aludir a diferentes finalidades que deben orientar la educación, o no se contemplan todas aquellas que se enuncian en los tratados internacionales o "figuran únicamente como una idea de último momento para guardar las apariencias".⁴⁴ De ahí la importancia no sólo de la constitucionalización del derecho a la educación en derechos humanos, sino también de su justiciabilidad.

El derecho a la educación se inscribe normalmente dentro de los denominados "derechos sociales" o "derechos económicos, sociales y culturales" y, por tanto, comparte con ellos algunas de sus características y muchos de sus avatares, entre ellos, el de su plena efectividad y exigibilidad. Al respecto, sin negar la polémica sobre ciertos alcances de los derechos sociales, un largo debate teórico y una sólida doctrina y jurisprudencia internacional y comparada permiten sostener, en términos generales, que: a) Todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, imponen tanto obligaciones negativas como positivas; b) Los derechos sociales, como el resto de los derechos fundamentales, imponen obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía; c) Los derechos sociales, entre ellos el derecho a la educación, en cualquiera de sus modalidades, son derechos exigibles y justiciables, justiciabilidad que depende en todo caso de las obligaciones que se deriven del derecho en cuestión, y d) La falta o deficiencia de mecanismos de garantía de los derechos sociales constituye una violación al derecho a un recurso efectivo.⁴⁵

⁴⁴ Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, Vernor Muñoz Villalobos. E/CN.4/2005/50, 17 de diciembre de 2004, párr. 11; y Comité CRC. *Observación General No. 1, Párrafo 1 del Artículo 29: Propósitos de la Educación*. CRC/GC/2001/1. 17 de abril de 2001, párrs. 2-3.

⁴⁵ Tales premisas son consecuentes con el principio de indivisibilidad de los derechos. La Corte IDH ha destacado la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, "ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello". Así, la implementación progresiva de medidas por parte de los Estados con el objeto de brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga, "podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos." Aunado a lo anterior, la Corte IDH, siguiendo al Comité ESCR, apunta que existe además un deber –si bien condicionado– de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. En cualquier caso, cuando se trate de derechos económicos, sociales y culturales la regresividad resulta justiciable. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párrafos 99-103. Cfr., entre otros, Abramovich, Víctor. y Courtis, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Pisarello, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; y Carbonell, M., et al., (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit.

En específico, como lo apunta el Comité ESCR, el derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone, al menos, tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. Esta última consta a su vez de la obligación de facilitar y la obligación de proveer.

La obligación de respetar exige que los Estados Partes eviten las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación. La obligación de proteger impone a los Estados Partes adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros. La de dar cumplimiento (facilitar) exige que los Estados adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia. Por último, los Estados Partes tienen la obligación de dar cumplimiento (facilitar el) al derecho a la educación.⁴⁶

Al respecto, el Comité ESCR enfatiza que

los Estados tienen la principal responsabilidad de la prestación directa de la educación "en todos los ciclos de enseñanza, pero, en lo que respecta a la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental, "los parámetros por los que se mide la obligación del Estado Parte de cumplir (facilitar) no son los mismos para todos los niveles de la enseñanza. En consecuencia, a la luz del texto del Pacto, la obligación de los Estados Partes de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación.⁴⁷

Otro aspecto relevante y común a diversos derechos sociales es el principio de progresividad relacionado con aquellas obligaciones que no imponen deberes de cumplimiento inmediato, pero que no suponen la falta de obligaciones o deberes por parte de los Estados.⁴⁸ El Comité ESCR, en su *Observación General No. 3*, ha precisado que el concepto de "progresiva efectividad" constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de ciertos derechos en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo, lo que en modo alguno

⁴⁶ Comité ESCR. *Observación General No. 13*..., *supra* nota 41, párrs. 46-47.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 48.

⁴⁸ La noción de progresividad reconoce el carácter programático en el cumplimiento de ciertas obligaciones estatales, particularmente tratándose de garantizar ciertos derechos de manera paulatina hasta el límite de los recursos disponibles, esto es lograr su "progresiva efectividad", lo que incluye la noción de "mejora continua de las condiciones de existencia" a que se refiere el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

supone la falta de obligatoriedad o la privación de su contenido significativo. Los Estados tienen la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr el cumplimiento pleno de los derechos. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requieren "la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga", incluyendo también las medidas relacionadas con la asistencia y cooperación internacional. En cualquier caso los Estados tienen la "obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos".⁴⁹

Desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación de no regresividad constituye una "garantía de mantenimiento" del derecho social del que goza desde la adopción del tratado respectivo que lo consagre, de su nivel de goce y de toda mejora que haya experimentado desde entonces. Tal garantía mínima admite una defensa jurisdiccional y debe ser justiciable, al menos por cuanto hace a la denominada regresividad normativa, en tanto supone la valoración de si "el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado".⁵⁰

El Comité ESCR ha precisado que el ejercicio del derecho a la educación a lo largo del tiempo, es decir, "gradualmente", no debe interpretarse como una pérdida del sentido de las obligaciones de los Estados Partes. "Realización gradual quiere decir que los Estados parte tienen la obligación concreta y permanente 'de proceder lo más expedita y eficazmente posible' para la plena aplicación del artículo 13".⁵¹

Considerando lo dicho y no obstante su clasificación como "derecho social", el derecho a la educación –como lo advirtió en su momento la Relatora Especial sobre el tema– "pasa por

⁴⁹ Comité ESCR. *Observación General No. 3 sobre La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23. 14 de diciembre de 1990, párrs. 9-10 y 13. En el ámbito americano, de acuerdo con las *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador*, el principio de progresividad "invalida las medidas regresivas, salvo casos extremos justiciables, y descalifica la inacción", entendiendo por tales medidas "todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido. Se recuerda también que el carácter acotado en el tiempo de ciertas medidas regresivas como consecuencia o a continuación de situaciones excepcionales permite una evaluación distinta." AGOEA. *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador*. Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). 7 de junio de 2005, numeral 11. La doctrina internacional tiene aportes significativos sobre el tema de la progresividad, tales como *Los Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Pronunciados en Maastricht, el 6 de junio de 1986; y las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Pronunciados en Maastricht, el 22-26 de enero de 1997.

⁵⁰ Cfr. Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios" en *El mundo prometido...*, op. cit., p. 69.

⁵¹ Comité ESCR. *Observación General No. 13...*, supra nota 41, párr. 44.

encima de la división de los derechos humanos", abarcándolos a todos en diferentes contextos.⁵² En particular, "la cuestión general de si los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables no se aplica al derecho a la educación, que es objeto de litigios a nivel nacional como internacional".⁵³ En el ámbito supranacional interamericano, la justiciabilidad del derecho a la educación se encuentra garantizada a partir de lo dispuesto en el Protocolo de San Salvador, que posibilita la activación del sistema de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en su caso, ante la Corte Interamericana.⁵⁴

Tomando en cuenta estas premisas, en los siguientes apartados se exponen las características generales del derecho a la educación en general y del derecho a la educación en derechos humanos, considerando algunos comentarios y criterios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia internacional y comparada.

1. La dimensión negativa

En tanto derecho de defensa, que exige un comportamiento negativo (un no hacer) por parte del Estado, el derecho a la educación se expresa en que a nadie se le puede negar este derecho; en el derecho de los padres a asegurar que la educación y la enseñanza sea conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas, y en el derecho de los particulares y entidades a establecer y dirigir instituciones de enseñanza que se ajusten a las normas mínimas estatales y a los principios derivados del Derecho internacional.⁵⁵

⁵² *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación. Resumen*, Katarina Tomasevski, E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004, párr. 29. Para la relatora la educación es un derecho civil, cultural, económico, político y social que "exige enfoques analíticos integrados, más que fragmentados. Esto se reafirma aún más por el carácter indivisible de los derechos humanos, que requiere estudiar los vínculos entre la educación y todos los demás derechos humanos". *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos*, Katarina Tomasevski, E/CN.4/2003/0, 16 de enero de 2003, párr. 29.

⁵³ *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos*, Katarina Tomasevski, E/CN.4/2000/6, 1º de febrero de 2000, párr. 30. Véase también el informe de la CIDH. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. 129, Doc. 4, 7 de septiembre 2007, así como, Coomans, Fons, "Justiciability of the right to education" [Justiciabilidad del derecho a la educación], *Erasmus Law Review*, Vol. 2, num. 4 (2009), pp. 427-443 e International Commission of Jurists, "Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights. Comparative experiences of justiciability" [Tribunales y la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad], *Human Rights and Rule of Law Series*, num. 2, Geneva, 2008.

⁵⁴ Cfr. Gonçalves, Marselha, "Socioeconomic Rights: Empowerment for Global Justice: The Rights to Education: A Multi-Faceted Strategy for Litigating before the Inter-American Commission on Human Rights" [Derechos socioeconómicos: Empoderamiento para la Justicia Global: El derecho a la educación. Estrategias multifacéticas para litigar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos], *Human Rights Brief*, num. 17, 2010. También se prevé la justiciabilidad ante la Corte IDH del derecho de sindicalización y libre afiliación sindical (art. 8, a.).

⁵⁵ El PIDCP (art. 18.4.) y la Convención Americana (art. 12.4) reconocen el derechos de los padres y tutores a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que está de acuerdo con sus propias convicciones. Por su parte, el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, establece: "A nadie de le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos (en adelante Comité CCPR), en su *Observación General No. 22*, ha destacado, por un lado, que la libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencia. En opinión del Comité CCPR, el PIDCP "permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva"; no obstante, "la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores." Por otra parte, el Comité CCPR destaca que las políticas o prácticas que tengan por propósito o efecto limitar el acceso a la educación con motivo de las creencias religiosas son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 18 del PIDCP (lo que se aplica también a los que tienen cualquier clase de creencias de carácter no religioso); además, cualquier limitación a la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral debe interpretarse de manera estricta, a partir de la necesidad de proteger los derechos garantizados por el PIDCP, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación; las limitaciones impuestas deben estar prescritas por la ley, deben ser necesarias y no aplicarse de manera discriminatoria.⁵⁶

Por su parte, el Comité ESCR, en su *Observación General No. 13*, destacó que el derecho a la libertad de enseñanza contiene dos elementos, uno relacionado con el derecho de los padres o tutores para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones y otro relacionado con el derecho de aquéllos a escoger para éstos escuelas distintas a las públicas siempre que satisfagan las normas mínimas que el Estado prescribe o apruebe (normas de admisión, planes de estudio, reconocimiento de certificado, etc.). El primer elemento, como lo destacó también el Comité CCPR, "permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión", en el entendido de que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia debe estipular "exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres o tutores". El segundo elemento supone,

de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas". El Protocolo de San Salvador (art. 13.5) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13.4) reconocen el derecho de los particulares y entidades de establecer y dirigir instituciones de enseñanza.

⁵⁶ Cfr. Comité CCPR. *Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 1. 11 de octubre de 1989, párrs. 5-8.

además de lo ya señalado, la libertad de toda persona o entidad de establecer y dirigir instituciones de enseñanza, respecto de la cual "en aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad, el Estado tiene la obligación de velar por que [esa] libertad [...] no provoque disparidades extremas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad".⁵⁷

En su dimensión negativa, el derecho a la educación ha sido interpretado también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) como un derecho con dos titularidades distintas: el de educación o instrucción de los hijos y el de los padres a ver respetadas sus convicciones.⁵⁸ Estas últimas han sido interpretadas en sentido restringido y no incluyen las meras preferencias lingüísticas de los padres, así como tampoco las ideas sobre la conveniencia o no de que sus hijos reciban educación sexual en las escuelas públicas (cuando no incita a un comportamiento sexual determinado ni incita a practicarlo),⁵⁹ aunque sí se han considerado incluidas dentro de las "convicciones filosóficas" aquellas relacionadas con los castigos corporales en la enseñanza y en particular aquellas que "merecen respeto en una sociedad democrática, no son incompatibles con la dignidad de la persona y además no contravienen el derecho fundamental del menos a la instrucción".⁶⁰ En general, esta alusión a las "convicciones filosóficas" de los padres, no es sinónimo de opiniones o ideas, sino que se refiere a ideas de cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia,⁶¹ y supone que si bien al Estado le corresponde fijar los contenidos de los programas de enseñanza aten-

⁵⁷ Comité ESCR. *Observación General No. 13...*, *supra* nota 41, párrs. 28-30.

⁵⁸ El TEDH distingue entre educación, entendida como la suma de procedimientos mediante los cuales las sociedades insuflan en las personas costumbres, creencias y otros valores, e instrucción, como la transmisión de conocimientos para la formación intelectual. Entre otros, TEDH. *Caso Campbell y Cosans vs. Reino Unido*. (App. No. 7511/76, 7743/76. Sentencia de 25 de febrero de 1982, párr. 33. Cfr. Canosa Usera, Raúl, "Derecho a la instrucción y pluralismo educativo (Comentario al artículo 2 del Protocolo 1)", en García Roca, J. y Santolaya, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 877 y Lasagabaster, Iñaki, "Artículo 2. Derecho a la instrucción", en Lasagabaster, I., (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 637.

⁵⁹ TEDH. *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca*. (App. No. 5095/71, 5920/72, 5926/72). Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrs. 53-54. El Tribunal Constitucional Alemán también se pronunció al manifestar que "no se le puede prohibir al Estado considerar la educación sexual como componente importante de la educación integral de los jóvenes." BVerfGE 47, 46 cit., Schwabe, J. (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, FKA, 2009, pp. 260-264.

⁶⁰ TEDH. *Caso Campbell...*, *supra* nota 58, párr. 36 y TEDH. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*. App. No. 5856/72. Sentencia de 25 de abril de 1978. Sobre el tema del castigo corporal y su prohibición véase: Comité CRC. *Observación General No. 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)*. CRC/C/GC/8. 21 de agosto de 2006; y Comité CRC. *Observación General No. 13, sobre el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, Comité ESCR. *Observación General No. 13...*, *supra* nota 41, y CIDH. *Informe sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes*. OEA/Ser.L/V/II.135. Doc. 14. 5 agosto 2009.

⁶¹ TEDH. *Caso Campbell...*, *supra* nota 58, párr. 26; TEDH. *Caso Valsamis vs. Grecia*. (App. No. 21787/94). Sentencia del 18 de diciembre de 1996, párr. 25; y TEDH. *Caso Hasan y Eylem Zengin vs Turquía*. (App. No. 1448/04). Sentencia de 9 de octubre de 2007, párr. 49.

diendo al interés general, esta facultad no es ilimitada, sino que debe impartirse de forma objetiva, crítica y pluralista, a fin de evitar cualquier forma de adoctrinamiento; ya que si bien los intereses individuales deben subordinarse en ocasiones a los de la colectividad, la democracia no significa que los puntos de vista de la mayoría deban siempre prevalecer, debe hacerse un balance a fin de asegurar el justo y adecuado tratamiento de las minorías y evitar cualquier abuso de la posición dominante,⁶² considerando no obstante, que no basta con la mera percepción subjetiva de los padres o educandos de que determinada medida afecta su derecho a la libertad de conciencia y de enseñanza.⁶³

La jurisprudencia comparada también es ilustrativa del alcance de esta libertad de enseñanza, como dimensión negativa del derecho a la educación, en tanto derecho de libertad. Al respecto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha enfatizado la posición neutralmente ideológica que debe tener el Estado en el proceso educativo:

En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanza de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones [...], es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro [...]. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos [...] impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita.⁶⁴

⁶² TEDH. *Caso Kjeldsen...*, *supra* nota 59, párr. 53; TEDH. *Caso Folgero y otros vs. Noruega*. (App. No. 15472/02. Sentencia de 29 de junio de 2007, párr. 84. El TEDH ha estimado, por mayoría de votos y con votos particulares de algunos de sus jueces, que acudir a los desfiles patrióticos no necesariamente constituye adoctrinamiento cuando carece de connotaciones militaristas, pues resulta razonable en una sociedad democrática celebrar ciertos acontecimientos patrios. TEDH. *Casos Efstratiou vs Grecia y Walsamis vs. Grecia*. (App. No. 24095/94). Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párrs. 29. Cfr. Canosa Usera, Raúl..., *op. cit.*, pp. 884-887.

⁶³ TEDH. *Caso Lautsi vs. Italia*. (App. No. 30814/06). Sentencia de 18 marzo de 2011, párrs. 62 y 66.

⁶⁴ Lo anterior no impide —por el contrario exige— que entre las funciones de la educación esté la transmisión de los valores constitucionales, así como de los principios democráticos y de respeto a los derechos fundamentales. Al respecto el Tribunal español destacó que "el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación [...] del respeto a los principios constitucionales" como el de "que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de

El Tribunal Constitucional Alemán también se ha pronunciado sobre el principio de la neutralidad estatal frente a las diferentes religiones y confesiones como consecuencia del muticulturalismo, en el sentido de que el Estado tiene que observar un comportamiento orientado al principio de igualdad de las diferentes comunidades religiosas e ideológicas, sin que ello implique abandonar las convicciones valorativas y los criterios sobre los que se basa la convivencia social y de los cuales también depende el cumplimiento de sus propias funciones. En su sentencia sobre el *crucifijo escolar*, el Tribunal Alemán, considerando que la educación escolar "está organizada para fomentar el desarrollo completo de la personalidad y especialmente para influir en su comportamiento social", reconoce que, ante los deberes educativos del Estado y, entre ellos, el de fijar los objetivos de la educación, es inevitable que las diferentes convicciones religiosas e ideológicas de los escolares y de sus padres colisionen de forma particularmente intensa; ante tal circunstancia cualquier problemática debe solucionarse de acuerdo con el principio de concordancia práctica, que exige que no se dé preferencia a una de las posturas jurídicas en conflicto, afirmándose como máxima, sino que todas sean tratadas de la forma más equilibrada posible. En el caso, se estimó que la colocación de cruces en las aulas sobrepasaba los límites fijados a la orientación religiosa-ideológica de la escuela.⁶⁵

Muchas de estas circunstancias deben valorarse a la luz del contexto nacional, considerando el margen de apreciación de las autoridades estatales, por ejemplo, respecto de la existencia de una religión de Estado o de la separación entre ambos, de ahí que no necesariamente los criterios que resuelven un caso deban trasladarse si más al resolver otro en un contexto distinto, debe atenderse a sus elementos comunes.

En México, el principio de neutralidad está contenido en el principio de laicidad estatal (artículo 24 constitucional), que no debiera traducirse en un contenido ideológico neutro, así

inspiración positiva." STC 5/1981, de 13 de febrero 1981. Funds. Jcos. No. 8 y 9, *cit.*, Martínez de Pisón, José, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2003, p. 151. Sobre una polémica actual en España sobre la incorporación de la asignatura Educación para la ciudadanía, *cfr.* Llamazares Fernández, Dionisio, *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2008.

⁶⁵ BVerfGE 93, 1, *cit.*, Aláez B., y Álvarez, L. *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, BOE-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 938-978 y Schwabe, J. (comp.), *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 175-182. El TEDH se ha pronunciado sobre el tema a partir de reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados, considerando sus tradiciones culturales, y si bien en un primer momento la Sección Segunda estimó incompatible con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la presencia de crucifijos en las aulas públicas, la Gran Sala resolvió que, por el contrario, ello era compatible atendiendo al contexto y al desarrollo histórico del Estado italiano, considerando que por sí misma la presencia de crucifijos, si bien manifestaba una preferencia respecto a la religión mayoritaria, ello no necesariamente resulta en una forma de adoctrinamiento prohibida por el Convenio Europeo, al tratarse de un elemento pasivo que no implica la enseñanza obligatoria de una religión; que el gobierno no prohíbe el uso de otros símbolos religiosos por los alumnos y que no se advierten prácticas de intolerancia al respecto. TEDH. *Caso Lautsi vs. Italia...* *supra* nota 63, párrs. 61, 68-72 y 74.

como tampoco en un anticlericalismo dogmático –un laicismo militante, siguiendo a Norberto Bobbio–,⁶⁶ sino como una acción tolerante frente al pluralismo y respetuosa del principio de igualdad y no discriminación.⁶⁷ En este sentido, la reforma al artículo 3º, que incorporó la educación en derechos humanos, confirma y da sentido también a las fracciones I y II de su segundo párrafo, respecto a que la educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa y, basada en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. La educación en derechos humanos contribuye y fomenta la tolerancia, el pluralismo, la igualdad y no discriminación y no constituye una forma de adoctrinamiento, en tanto que fomenta las libertades de conciencia, creencia, opinión y expresión, así como el respeto y la garantía del resto de derechos fundamentales.⁶⁸

2. La dimensión positiva

La libertad de enseñanza no se agota en la "neutralidad ideológica", entendida como prohibición de adoctrinamiento, que impone deberes negativos (de no hacer) al Estado. Existen obligaciones específicas de tomar medidas encaminadas no sólo a garantizar la gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria, así como la generalización y el mayor acceso a la educación secundaria (promoviendo progresivamente su gratuidad); sino también respecto a la implementación progresiva de la enseñanza gratuita, incluida la educación superior (la que debe estar disponible sobre la base de la capacidad de los educandos); la generalización de la enseñanza técnica y profesional; la intensificación de la educación fundamental para

⁶⁶ "El laicismo que necesite armarse y organizarse corre el riesgo de convertirse en una iglesia enfrentada a las demás iglesias". Bobbio, Norberto, "Cultura laica y laicismo", Respuesta a los intelectuales italianos que firmaron un "Manifiesto laico" contra el integrismo religioso (17 de noviembre de 1999), publicado en *El Mundo*, España.

⁶⁷ Cfr. Vázquez, Rodolfo (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.

⁶⁸ Los límites de la laicidad y el pluralismo religioso se manifiestan con claridad en la cuestión de las expulsiones de estudiantes y profesores profesantes de la religión Testigos de Jehová y su relación con el derecho a la educación. Al respecto, la CIDH. *Caso 2137. Testigos de Jehová vs. Argentina*. 18 de noviembre de 1978, consideró que la expulsión de aquellos de las escuelas por razones de su religión, constituía la violación, entre otros, del derecho a la educación. En el mismo sentido, CNDH, *Recomendación General No. 5. Sobre el caso de la discriminación en las escuelas por motivos religiosos*, 14 de mayo de 2003; Martínez-Torrón, Javier, "Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la bandera de México", *Gaceta de la CNDH*, num. 117, abril, 2000, pp. 7-83. Hace algunos años, en México, algunos criterios judiciales consideraron constitucionalmente válida la suspensión de alumnos y profesores por oponerse a rendir honores a la bandera. Cfr. Tesis 4a./J. 41/94 (8a.), ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONALES, LEY SOBRE EL. NO SE VIOLAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL SEPARAR A UN ALUMNO DE SU ESCUELA POR INCUMPLIRLA, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo V, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1990, p. 209. Reg. IUS. 225683. Sobre el tema, cfr., Patiño Reyes, Alberto, "Objeción de conciencia y la discriminación en los campos: educativo, salud, militar, religioso, entre otros", México, CONAPRED, 2006, pp. 124-137. El principio de neutralidad también ha sido destacado por la jurisdicción electoral. TEF. Tesis XVII/2011 (4a), IGLESIAS Y ESTADO. LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN, EN MATERIA DE PROPAGANDA ELECTORAL. Disponible en: <<http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=1461&tpoBusqueda=S&sWord=XVII/2011>> (19 de junio de 2013).

quienes no hayan recibido o concluido el ciclo de instrucción primaria; la implementación de un sistema adecuado de becas y la mejora continua de las condiciones materiales del cuerpo docente.

Como lo ha señalado el TEDH, el derecho a la educación supone también obligaciones positivas de los poderes públicos de asegurar a todos el acceso en condiciones de igualdad, y sin discriminación alguna, a los colegios públicos existentes y de reconocer oficialmente los estudios realizados. El derecho de acceso incluye el derecho de permanecer en la escuela sin que sean violentadas las convicciones paternas o sancionado por ellas el alumno,⁶⁹ incluyendo los centros universitarios públicos,⁷⁰ y si bien no comporta un derecho a la enseñanza en una lengua determinada, sino sólo el de acceder a las escuelas existente en las lenguas nacionales o en alguna de ellas,⁷¹ las condiciones de enseñanza deben ser adecuadas y "realistas" y no "impactar" gravemente en la vida familiar, de manera que el derecho se ejerza de manera real y efectivo.⁷²

La libertad de enseñanza alcanza la creación de centros educativos, los métodos docentes y su contenido, y en tanto proyección del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como del derecho a la libre expresión y al de acceso a la información, debe reflejar los fines y objetivos de estos mismos derechos, y respetar los fines y límites que el propio sistema democrático impone. De ahí que la educación en derechos humanos se complemente con la libertad de enseñanza. Como lo apunta el Comité ESCR, el disfrute de la libertad de enseñanza conlleva obligaciones, "como el deber de respetar la libertad académica de los demás, velar por la discusión ecuaníme de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos".⁷³

La experiencia comparada ilustra muy bien el desarrollo del principio de no discriminación en el acceso a la educación. Un ejemplo clásico e influyente de ello es el caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) de la Suprema Corte de Estados Unidos de América.⁷⁴ En la

⁶⁹ TEDH. *Caso Campbell y Cosans...*, *supra* nota 58.

⁷⁰ TEDH. *Caso Leyla Sahin vs. Turquía*. (App. No. 44774/98). Sentencia de 10 de noviembre de 2005.

⁷¹ TEDH. *Caso del Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*. (App. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64). Sentencia de 23 de julio de 1968, y TEDH. *Casos Coster vs. Reino Unido*. (App. No. 24876/94). Sentencia de 18 de enero de 2001; TEDH. *Lee vs. Reino Unido*. (App. No. 25289/94). Sentencia de 18 de enero de 2001. TEDH. *Jane Smith vs. Reino Unido*. (App. No. 25154/94). Sentencia de 18 de enero de 2001.

⁷² TEDH. *Caso Chipre vs. Turquía*. (App. No. 25781/94). Sentencia de 10 de mayo de 2001.

⁷³ Comité ESCR. *Observación General No. 13...*, *supra* nota 41, párr. 39.

⁷⁴ Esta sentencia del juez Warren es una de las más celebres y polémicas de la historia judicial norteamericana y constituyó "el primer paso para la eliminación de la discriminación racial en Estados Unidos" en los colegios y fuera

actualidad se advierte un amplio y claro reconocimiento internacional, respaldado por una consolidada jurisprudencia, de la vigencia plena del principio de no discriminación en la esfera de la enseñanza, lo que también ha permitido identificar, atendiendo a diversas realidades, los diferentes rostros de los titulares del derecho a la educación.⁷⁵

Al respecto, la CEDAW (art. 10) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Para", (art. 8) establecen obligaciones especiales encaminadas a prevenir la discriminación en contra de la mujer y asegurar la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación, y en particular para asegurar condiciones de igualdad en el acceso a la enseñanza en todos los niveles y modalidades (entre otros aspectos respecto de los locales, títulos, programas, exámenes, personal docente, becas, actividades deportivas y de educación física e información sobre la salud y planificación familiar), así como la eliminación de estereotipos.

de ellos, al dejar de lado la doctrina "separados pero iguales" sostenida por la propia Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Plessy v. Ferguson* (1896). Cfr., entre otros, *Beltrán de Felipe, Miguel y González, Julio*, Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, 2a. ed., Madrid, BOE-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 287-303 y Patterson, James, *Brown v. Board of Education: A Civil Rights Milestone and its Troubled Legacy*, Estados Unidos, Oxford University Press, 2002.

⁷⁵ Por ejemplo, como lo destaca el relator especial sobre el derecho a la educación, en uno de sus informes, "en el caso *Campaign for Fiscal Equity et al. v. The State of New York et al.* [719 NYS 2d 475] (*Campaña por la equidad fiscal y otros c. el Estado de Nueva York y otros*) (2001) se pidió al Tribunal Supremo de Nueva York que fallara sobre un supuesto caso de discriminación en los fondos destinados por el Estado de Nueva York a diferentes escuelas. Los demandantes cuestionaban los fondos destinados por el Estado a las escuelas públicas de la ciudad de Nueva York en relación con los efectos de esos fondos sobre los niños pertenecientes a minorías. El Estado debía destinar a las escuelas los fondos suficientes para que sus alumnos recibieran "una educación básica sólida". El Tribunal Supremo de Nueva York tuvo que aclarar el significado de "la educación" como derecho y comprender el contenido del derecho analizando el significado de la expresión "una educación básica sólida". El Tribunal falló que, para proporcionar una educación básica sólida, el Estado tenía el deber de adoptar medidas para que los alumnos de las escuelas públicas de la ciudad dispusieran de los recursos siguientes: i) un número suficiente de docentes y empleados no docentes calificados; ii) clases del tamaño adecuado; iii) edificios adecuados y accesibles en las escuelas; iv) libros y tecnologías suficientes y actualizados; v) planes de estudios apropiados; vi) recursos adecuados para los alumnos con necesidades especiales; y vii) un entorno seguro y pacífico." (Sobre los límites y avatares del derecho a la educación en los Estados Unidos de América, cfr., *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación. Misión a los Estados Unidos de América*, Katarina Tomasevski, Doc. E/CN.4/2002/60/Add.1, 17 de enero de 2002 y Simon-Kerr, Julia y Sturm, Robynn, "Justiciability and the Role of Courts in Adequacy Litigation: Preserving the Constitutional Right to Education", *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, num. 6, 2010, pp. 83-123). En el ámbito europeo, el Comité Europeo de Derechos Sociales. *Caso Autism Europe vs. Francia. (Reclamación No. 13/2002)* puso de manifiesto las obligaciones positivas de los Estados respecto del derecho a la educación. "Los demandantes afirmaban que el hecho de que Francia no adoptara las medidas necesarias para proteger el derecho a la educación de los niños y los adultos autistas constituía una violación del derecho a la educación de las personas con discapacidades y una discriminación contra ellas. El Comité Europeo de Derechos Sociales dio la razón a los demandantes y recordó que la Carta Social Europea revisada no sólo prohibía la discriminación directa, sino también todas las formas de discriminación indirecta". *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación...* supra nota 44, párr. 55 y 57. Resultan también relevantes los siguientes informes temáticos de relator especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz: *El derecho a la educación de las niñas* (Doc. E/CN.4/2006/45, 8 de febrero de 2006); *El derecho a la educación de las personas con discapacidades* (Doc. A/HRC/4/29, 19 de febrero de 2007); *El derecho a la educación en situaciones de emergencia* (Doc. A/HRC/8/10, 20 de mayo de 2008); *El derecho a la educación de las personas privadas de libertad* (Doc. A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009).

Lo mismo hace la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, respecto de la adopción de medidas inmediatas y eficaces en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial (art. 7). Por su parte, la CRPD enfatiza el deber de los Estados de asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como, la enseñanza a lo largo de la vida, lo que incluye tomar medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión, lo que a su vez supone adoptar las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos (art. 24). En sentido similar, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad dispone el deber de adoptar medidas de carácter educativo, entre otras, para eliminar la discriminación en este ámbito y realizar campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atenten contra el derecho de las personas a ser iguales (art. III).

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 22) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (art. 22) establecen el deber de los Estados de conceder a refugiados y apátridas el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental, debiendo conceder el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas.

Como se señaló, el derecho a la educación y los alcances de éste en la enseñanza de los derechos humanos han sido materia de análisis y desarrollo por algunos órganos de supervisión y protección internacional, en particular por cuanto hace a los alcances del principio de no discriminación.

Así, por ejemplo, en diferentes observaciones generales el Comité CRC ha puesto énfasis en la importancia de garantizar plenamente, sin discriminación y en condiciones de igualdad el derecho a la educación de los niños y niñas desde la primera infancia;⁷⁶

⁷⁶ Comité CRC. *Observación General No.7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. CRC/C/GC/7, Noviembre de 2005, párrs. 12-13, 20, 29 y 33. El Comité CRC enfatizó la responsabilidad de los Estados "de vigilar y combatir la discriminación, cualquiera que sea la forma que ésta adopte y dondequiera que se dé, tanto en la familia

de aquellos con discapacidad,⁷⁷ de la niñez indígena,⁷⁸ y de los que están fuera de su país de origen.⁷⁹

Como lo ha destacado, por su parte, el Comité ESCR, en su *Observación General No. 20* sobre *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, "la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general" que incluye también la incitación a la discriminación y el acoso. Al respecto, los Estados deben adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación, tanto la formal (*de jure*) como la sustantiva (*de facto*), tanto respecto

como en las comunidades, las escuelas u otras instituciones", en particular en cuanto el acceso a los servicios de calidad, entre otros, el de educación. Asimismo enfatizó la importancia del principio del interés superior del menor como criterio primordial en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños, el cual exige "medidas activas", incluyendo las decisiones judiciales, que no se limitan a la asistencia de los menores, sino que conllevan también deberes de asistencia adecuada a los padres, representantes legales y familiares en el desempeño de sus actividades de crianza, particularmente en la primera infancia, así como la inclusión de la enseñanza de los derechos humanos durante esta etapa, junto con otras medidas de protección y prevención.

⁷⁷ Comité CRC. *Observación General No. 9. Los derechos de los niños con discapacidad*. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párrs. 20 y 62-67. El Comité CRC hace énfasis en la obligación de los Estados de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos de que dispongan" a fin de que resulten suficientes para garantizar la enseñanza de calidad, obligatoria y gratuita, para todos los niños —consignados de tal forma que no sean utilizados para otros fines—, pues de otra forma es "improbable que asignen recursos para formar a maestros para los niños con discapacidad o para proporcionar el material didáctico y el transporte necesario para esos niños." Asimismo, el Comité CRC pone énfasis en la necesidad de "modificar las prácticas en las escuelas y de formar a maestros de enseñanza general para prepararlos a enseñar a los niños diversas aptitudes y garantizar que logren resultados académicos positivos". Las medidas especiales incluyen también la enseñanza superior que "tiene que ser accesible a los adolescentes que reúnen los requisitos necesarios y que tienen una discapacidad". La observación identifica a la educación inclusiva como objetivo de la educación de los niños con discapacidad, en el entendido que "la inclusión no debe entenderse y practicarse simplemente como la integración de los niños con discapacidad en el sistema general independientemente de sus problemas y necesidades".

⁷⁸ Comité CRC. *Observación General No. 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*. CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párrs. 57-63. El Comité CRC precisa que la obligación de los Estados de proteger a los niños de cualquier forma de discriminación incluye "velar por que los programas de estudio, el material educativo y los libros de texto de historia den una imagen justa, exacta e informativa de las sociedades y las culturas de los pueblos indígenas", evitando también que en el ambiente escolar se den prácticas discriminatorias como las restricciones de la utilización de vestuario cultural y tradicional. El Comité CRC considera también que "la realización del derecho de los niños indígenas a la educación es un medio esencial de lograr el reconocimiento de derechos a las personas y la libre determinación de los pueblos indígenas". En este contexto se destacan entre las medidas que los Estados deberían adoptar, la asignación de recursos financiamiento, materiales y humanos para mejorar el acceso a la educación de los niños indígenas; la cooperación con los pueblos interesados a fin de responder a sus necesidades particulares, velar por que las instalaciones escolares sean de fácil acceso (empleando tecnologías de comunicación e incluso, de ser el caso, crear escuelas móviles para los pueblos nómadas); reconocer el derecho de estos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación cuando se cumplen con las normas conducentes; tomar en cuenta las prácticas culturales en el ciclo escolar; establecerse programas bilingües e interculturales y, en la medida de lo posible, contratar maestros en las comunidades indígenas, quienes deberían recibir apoyo y formación suficientes.

⁷⁹ Comité CRC. *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, Septiembre de 2005, párrs. 41-43. El Comité CRC destacó el derecho de todo menor de tener pleno acceso a la educación en el país de acogida, sin discriminación, y en particular las niñas no acompañadas "tendrán acceso igualitario a la enseñanza formal y la no académica, incluida la formación profesional a todos los niveles." El Estado debe garantizar el acceso permanente a la educación durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento, independientemente de su estatuto, así como una educación de calidad para todos, en especial a los niños con discapacidad, respetando además su identidad y sus valores culturales, en especial, su derecho a conservar y cultivar su idioma nativo.

de las formas directas (cuando, por ejemplo, "la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes del empleo o los empleados") como de las formas indirectas (por ejemplo "exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas"). Asimismo, el Comité ESCR ha precisado, entre otros motivos prohibidos, que no se debe impedir el acceso a los derechos reconocidos en el PIDESC, entre ellos el de educación, por razones de nacionalidad, por ejemplo "todos los niños, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir educación", entre otros derechos. Por cuanto hace la protección judicial, el Comité ESCR considera que "las autoridades deben estar facultadas para proporcionar recursos eficaces, como indemnización, reparación, restitución, rehabilitación, garantías de que no se repetirá el hecho y excusas públicas", debiendo velar los Estados por la aplicación efectiva de tales medidas.⁸⁰

Algunas observaciones del Comité ESCR se han dirigido a contextos específicos, por ejemplo, en la *Observación General No. 5 sobre Los derechos de las personas con discapacidad*, el Comité ESCR señaló que los Estados "deben velar porque los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios".⁸¹ En la *Observación general No. 6 sobre Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, el Comité ESCR destacó que el derecho a la educación de las personas mayores debe contemplarse "en dos direcciones distintas y complementarias: a) derecho de las personas de edad a beneficiarse de los programas educativos, y b) aprovechamiento de los conocimientos y de la experiencia de las personas mayores a favor de las generaciones más jóvenes".⁸²

El Comité ESCR se ha pronunciado también de manera particular sobre los alcances del principio de no discriminación entre hombres y mujeres y a la necesidad de prevenir y combatir las modalidades de discriminación encubierta, reiterando que la obligación de no discriminar es inmediata, e impone a los Estados obligaciones de respeto, protección y cumplimiento, y esta última a su vez impone las de proporcionar, promover y facilitar.

Al respecto, la obligación de cumplimiento supone, entre otras, la de "poner en práctica programas de educación y formación en materia de derechos humanos para jueces y funcionarios

⁸⁰ Comité ESCR. *Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párrs. 7-8, 10, 30 y 40.

⁸¹ Comité ESCR. *Observación General No. 5. Los derechos de las personas*. E/1995/22. 12 de septiembre de 1994, párr. 35.

⁸² Comité ESCR. *Observación General No. 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*. E/1996/11. 12 de agosto de 1995, párrs. 36-38.

públicos" y la de integrar en la enseñanza académica y extraacadémica el principios de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer y promover la igualdad de participación en los programas de educación escolar y de otra índole. En materia educativa, los Estados deben adoptar normas y principios que, entre otros aspectos, "proporcionen los mismos criterios de admisión para niños y niñas en todos los niveles de la educación" y procurar establecer "campañas de mentalización e información para que las familias desistan de dar un trato preferente a los muchachos cuando envíen a sus hijos a la escuela, así como para que los planes de estudio fomenten la igualdad y la no discriminación", creando también "condiciones favorables para seguridad de los menores, en particular del sexo femenino, al ir y volver de la escuela". Finalmente, el Comité ESCR destaca que si bien cada Estado "tiene un margen discrecional a la hora de adoptar los métodos para cumplir su obligación primordial e inmediata de garantizar la igualdad entre el hombre y la mujer", la omisión del deber de garantizar la igualdad de fondo y forma constituye una violación del derecho respectivo, así como también la omisión del deber de adoptar, aplicar y vigilar los efectos de las leyes, políticas y programas orientados a eliminar la discriminación *de jure* y *de facto*.⁸³

En su *Observación General No. 13, sobre El derecho a la educación*, el Comité ESCR consideró el principio de no discriminación como una de las dimensiones de la accesibilidad de la educación, en el sentido de que las instituciones y los programas de enseñanza y, en general, la educación debe ser accesible a todos. El cumplimiento de esta obligación "no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente." Siguiendo lo dispuesto en la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, el Comité ESCR entiende que, en algunas circunstancias, la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza para grupos definidos por categorías no constituyen una violación al PIDESC por ejemplo, en razón del sexo, por motivos religiosos o lingüístico, o la enseñanza privada respecto a la pública, siempre y cuando, en el primer supuesto, los sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equiparables de acceso, personal calificado y condiciones de calidad que permitan seguir los mismos programas o programas equivalentes; así como, tratándose de diferencias religiosas o lingüísticas, siempre que la participación sea facultativa y la enseñanza se ajuste a las normas que las autoridades establezcan y, tratándose de la educación privada, siempre que ésta no responda a la finalidad de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza, funcionen de ésta forma y cumpla con las normas establecidas por el Estado. Por otra parte, el Comité ESCR destaca en su observación que "las

⁸³ Comité ESCR. *Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales, y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales)*. E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párrs. 16-17, 21, 30, 32, y 41.

agudas disparidades de las políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación".⁸⁴

Respecto a las posibles violaciones al derecho a la educación, el Comité ESCR, identifica, sin carácter exhaustivo, algunos ejemplos de violaciones del artículo 13 del PIDESC, como son:

...la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación; el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación; la aplicación de planes de estudio incompatibles con los objetivos de la educación expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; el no mantener un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del artículo 13; el no implantar, con carácter prioritario, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; el no adoptar 'medidas deliberadas, concretas y orientadas' hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental, de conformidad con los apartados b) a d) del párrafo 2 del artículo 13; la prohibición de instituciones de enseñanza privadas; el no velar por que las instituciones de enseñanza privadas cumplan con las 'normas mínimas' de educación que disponen los párrafos 3 y 4 del artículo 13; la negación de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos; el cierre de instituciones de enseñanza en épocas de tensión política sin ajustarse a lo dispuesto por el artículo 4 [relativo a que las limitaciones a los derechos tienen que estar determinadas por ley; ser compatibles con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática].⁸⁵

Sobre el deber de que la educación esté encaminada, entre otras cuestiones, al respeto los derechos humanos y en particular a "inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas", el Comité CRC, en su *Observación General No. 1*, destacó que, tal disposición es la "piedra angular" de los distintos programas de educación en la esfera de los derechos humanos. En palabras del Comité CRC, la educación en la esfera de los derechos humanos

... debe facilitar información sobre el contenido de los tratados de derechos humanos, pero los niños también deben aprender lo que son esos derechos observando

⁸⁴ Comité ESCR. *Observación General No. 13*. ..., *supra* nota 41, párrs. 6 b), 31-32.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 59.

la aplicación en la práctica de las normas de derechos humanos, ya sea en el hogar, en la escuela o en la comunidad. La educación en la esfera de los derechos humanos debe constituir un proceso integral que se prolongue toda la vida y empiece con las manifestación de valores de derechos humanos en la vida y las experiencias cotidianas de los niños.⁸⁶

Para el Comité CRC, el derecho de todo niño a una educación de buena calidad, "exige concentrar la atención en la calidad del entorno docente, de los materiales y procesos pedagógicos, y de los resultados de la enseñanza." De igual manera, la promoción efectiva del párrafo 1 del artículo 29:

... exige una modificación fundamental de los programas de estudios, a fin de incorporar los diversos propósitos de la educación, y una revisión sistemática de los libros de texto y otros materiales y tecnologías docentes, así como de las políticas escolares. Son claramente insuficientes las soluciones que se limitan a superponer los propósitos y valores del artículo al sistema actual, sin fomentar transformaciones más profundas.

Para ello son fundamentales los planes de formación y perfeccionamiento para los maestros, los administradores en la esfera docente y todos los que intervienen en la educación de los niños, así como que los métodos pedagógicos y en entorno escolar reflejen los propósitos de la educación. A fin de no simplificar en exceso el término "educación en la esfera de los derechos humanos", además de una educación oficial en materia de derechos humanos, se deben "promover los valores y las políticas que favorecen los derechos humanos, no sólo en las escuelas y universidades, sino también en el seno de la comunidad entera". Ello incluye también a los medios de comunicación, de ahí que "los gobiernos tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para alentar a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño". Para la ejecución de los planes nacionales integrales de acción destinados a potenciar el cumplimiento de tales obligaciones se necesitan recursos humanos y financieros hasta el máximo de que se disponga el Estado, de conformidad con el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que significa, en términos del Comité CRC "que la limitación de recursos no justifica que un Estado Parte no adopte ninguna de las medidas necesarias, o las suficientes".⁸⁷

La educación en derechos humanos abarca necesariamente el respeto a la participación del menor en el proceso educativo. En la *Observación General No. 12 sobre El derecho del niño*

⁸⁶ Comité CRC. *Observación General No. 1: Propósitos de la Educación*. CRC/GC/2001/1, Abril de 2001, párr. 15.

⁸⁷ *Ibid.*, párrs. 18-20, 22 y 28.

a ser escuchado, el Comité CRC enfatizó que el respeto del derecho del niño a ser escuchado es fundamental para la realización del derecho a la educación por lo que las autoridades docentes deben incluir las opiniones de los niños y sus padres en la planificación de los planes de estudio y programas escolares y los Estados, más allá de la escuela, deben consultar a los niños a nivel local y nacional sobre todos los aspectos de la política educativa.⁸⁸

En México, en el ámbito legislativo, la Ley General de Educación dispone, en términos generales, que "todo individuo tiene derecho a recibir educación y, por lo tanto, todos los habitantes del país tienen las mismas oportunidades de acceso al sistema educativo nacional, con sólo satisfacer los requisitos que establezcan las disposiciones generales aplicables" (art. 2o., primer párrafo).⁸⁹

Por su parte, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación considera, entre las conductas discriminatorias, la de "impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos, en los términos de las disposiciones aplicables", así como "establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación" (art. 9, fracciones I y II). Además, la ley identifica entre las medidas positivas y compensatorias que los órganos públicos y las autoridades federales deben adoptar en el ámbito de sus competencias, la de "incentivar la educación mixta, fomentando la permanencia en el sistema educativo de las niñas y las mujeres en todos los niveles escolares" (art. 10, fracción I), así como, a favor de las niñas y los niños, la de "impartir educación para la preservación de la salud, el conocimiento integral de la sexualidad, la planificación familiar, la paternidad responsable y el respeto a los derechos humanos" (art. 11, fracción II); la de procurar la incorporación, permanencia y participación en las actividades educativas regulares en todos los niveles para las personas con discapacidad y también promover el otorgamiento, en los niveles de educación obligatoria, de las ayudas técnicas necesarias para cada discapacidad (art. 13 fracciones II y III).

En el mismo sentido, la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes dispone la protección contra actos u omisiones que puedan afectar, entre otros, su derecho a la educación, así como el deber de la Federación, el Distrito Federal, estados y

⁸⁸ Comité CRC. *Observación General No. 12. El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/12. 20 de julio de 2009, párrs. 105, 107, 111.

⁸⁹ En abril de 2005 se publicó el *Programa de Educación en Derechos Humanos* elaborado por la Secretaría de Educación Pública en concordancia con el Programa Nacional de Derechos Humanos, el Programa Nacional de Educación 2001-2006 y el Plan de Acción Internacional del Decenio de los Derechos Humanos (1995-2004). Cfr. Álvarez Arellano, Lilian, "El programa de Educación en Derechos Humanos de la Secretaría de Educación Pública" en *Educación en Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 263-274.

municipios de fomentar centros educativos especiales y proyectos de educación especial que permitan a niñas, niños y adolescentes con discapacidad, integrarse en la medida de su capacidad a los sistemas educativos regulares. En específico, la ley alude al derecho de las niñas, niños y adolescentes a una educación que respete su dignidad y les prepare para la vida en un espíritu de comprensión, paz y tolerancia en los términos del artículo 3o. de la Constitución, para lo cual se dispone que las leyes propicien la atención educativa que por su edad, madurez y circunstancias especiales requirieran para su pleno desarrollo; evite la discriminación de las niñas y las adolescentes en materia de oportunidades educativas; se establezcan los mecanismos que se requieran para contrarrestar las razones culturales, económicas o de cualquier otra índole, que propicien dicha discriminación, y en específico se dispone el impulso de la enseñanza y respeto de los derechos humanos, en especial la no discriminación y de la convivencia sin violencia, entre otras (arts. 21, 31 y 32).⁹⁰

En el ámbito jurisdiccional, la SCJN ha establecido que el derecho a la educación supone el deber de las autoridades educativas de promover una mayor equidad educativa y una efectiva igualdad de oportunidades de acceso y permanencia en los servicios educativos.⁹¹ Los principios constitucionales en materia educativa previstos en el artículo 3o. son "garantías mínimas" por lo que las leyes pueden prever una mayor protección, pero no una restricción o regresión.⁹² Asimismo, la Suprema Corte se ha pronunciado, de manera indirecta, sobre algunos aspectos relacionados con la calidad de la educación al destacar la constitucionalidad de la exigencia que impone a los particulares que imparten programas de enseñanza sin reconocimiento oficial el que así lo informen a los interesados, a fin de que estos últimos

⁹⁰ Cfr. Aguilar, José Antonio, "La normativa en el sistema educativo: acceso, trato y exclusión", México, CONAPRED, 2006.

⁹¹ Tesis: P/J. 146/2001 (9a.), EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 40. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL CUMPLE CON EL MANDATO CONTENIDO EN EL DIVERSO 32 DE LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN, AL PERMITIR QUE EL GOBERNADO EJERZA EN FORMA PLENA SU DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LOGRE UNA EFECTIVA IGUALDAD EN OPORTUNIDADES DE ACCESO Y PERMANENCIA EN LOS SERVICIOS EDUCATIVOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1035. Reg. IUS. 187999.

⁹² Así se deriva, entre otras, de las Tesis: P/J. 144/2001 (9a.), EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 40. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO DE DICHA ENTIDAD DE PRESTAR, ADemás DE LA EDUCACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA, LA PREESCOLAR Y MEDIA SUPERIOR, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 30. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1035. Reg. IUS. 187998; Tesis: P/J. 149/2001 (9a.), EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 90. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE EL ORDEN CONSTITUCIONAL, PUES EL CRITERIO QUE ORIENTARÁ LA EDUCACIÓN QUE IMPARTA EL GOBIERNO DE ESA ENTIDAD ES COINCIDENTE CON DIVERSOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ESTADO ESTABLECIDOS EN LA LEY FUNDAMENTAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1037. Reg. IUS. 187996; y Tesis: P/J. 143/2001 (9a.), EDUCACIÓN. LAS LEYES QUE EXPIDAN LOS ESTADOS Y EL DISTRITO FEDERAL EN ESTA MATERIA, DEBEN SUJETARSE A LA LEY RESPECTIVA EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 30., FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1039. Reg. IUS. 187994. Cfr. Silva Meza, J. y Silva García, F., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, pp. 382-384.

puedan elegir de manera informada entre la educación proporcionada por el Estado y los estudios con o sin reconocimiento que impartan los particulares.⁹³

Otra modalidad de protección indirecta del derecho a la educación, particularmente de la educación superior, se advierte en aquellos criterios que sostienen que la obligación de proporcionar alimentos no se extingue cuando los acreedores alimentarios alcanzan la mayoría de edad, al estar vinculada dicha obligación con la posibilidad real del desarrollo de un proyecto de vida adecuado.⁹⁴ Asimismo, algunos parámetros de interpretación, como el principio del interés superior del menor, también resultan relevantes en materia educativa, considerando la necesidad de que la educación, incluida la educación en derechos humanos, se ajuste a las necesidades y derechos de la infancia.⁹⁵

En general, la consideración de los menores como sujetos de derecho y no sólo objetos de protección es también una forma de garantía de su derecho a la educación, en particular si se asume que el respeto de los derechos humanos en la educación es una exigencia previa para la educación en materia de derechos humanos.

⁹³ Tesis: P. CV/2000 (9a.), EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY GENERAL RELATIVA QUE ESTABLECE QUE LOS PARTICULARES QUE PRESTEN EL SERVICIO DE ESTUDIOS SIN RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL, DEBERÁN MENCIONAR ESA CIRCUNSTANCIA EN SU DOCUMENTACIÓN Y PUBLICIDAD, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE ENSEÑANZA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XII, Agosto de 2000, p. 139. Reg. IUS. 191424. En el mismo sentido de velar por la calidad de la educación se orienta la Tesis: XX.1o.76 A (9a.), EDUCACIÓN. LOS ARTÍCULOS 50, 93, 96 Y 97 DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE CHIAPAS, QUE EN SU CONJUNTO REGULAN ASPECTOS QUE DEBEN SATISFACER LOS PARTICULARES QUE PRESTEN SERVICIOS EN MATERIA EDUCATIVA, NO INFRINGEN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 50. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 17 DE JUNIO DE 2004), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Abril de 2006, p. 996. Reg. IUS. 175336.

⁹⁴ Tesis: 1a./J. 64/2008 (9a.), ALIMENTOS POR CONCEPTO DE EDUCACIÓN. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DEBE TOMAR EN CUENTA PARA DETERMINAR SI PROCEDE SU PAGO RESPECTO DE ACREEDORES ALIMENTARIOS QUE CONCLUYERON SUS ESTUDIOS PROFESIONALES PERO ESTÁ PENDIENTE SU TITULACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 67. Reg. IUS. 168733; y, Tesis: 1a./J. 58/2007 (9a.), ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS POR CONCEPTO DE EDUCACIÓN NO SE EXTINGUE NECESARIAMENTE CUANDO LOS ACREEDORES ALIMENTARIOS ALCANZAN LA MAYORÍA DE EDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 31. Reg. IUS. 172101. Véase también Tesis: XXXI.17 C (9a.), ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES QUE CONTINUÉN ESTUDIANDO. CORRESPONDE AL JUZGADOR VALORAR EN CADA CASO LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS SIN ESTEREOTIPOS, NI PREJUICIOS SOCIALES Y ATENDIENDO A ESTÁNDARES INTERNACIONALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Abril de 2011, p. 1219. Reg. IUS. 162432.

⁹⁵ Tesis: 1a./J. 25/2012 (10a.), INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 334. Reg. IUS. 159897. Por su parte, la Corte IDH ha señalado que "la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] cuando el caso se refiera a menores de edad". Asimismo, ha precisado que el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las niñas y niños que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable. Entre otros, Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134 y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kdsek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 257.

Como lo destacó la anterior Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, "la afirmación del interés superior del niño constituye un importante paso hacia la puesta en práctica del objetivo de la Convención sobre los Derechos del Niño". Según su informe anual de 2001, buena parte de la jurisprudencia internacional y comparada

ha sido establecida mediante impugnaciones del carácter inaceptable de la educación: la orientación y el contenido de los programas y libros de texto, los derechos y las obligaciones de los maestros, los métodos de instrucción, la protección contra la violencia, el idioma de instrucción, el mantenimiento de la disciplina escolar, la presencia de símbolos religiosos en un sistema educativo basado en el secularismo y otras muchas cuestiones.

Por ejemplo, como lo recuerda la propia relatora en su informe,

el Tribunal Supremo de Colombia ha examinado la queja de dos muchachos a los que se impidió que ampliaran su educación con su asistencia a clases nocturnas a causa de su homosexualidad (tenían que trabajar durante el día, porque eran demasiado pobres para costear una educación de jornada completa). El tribunal criticó a la escuela por no haber dado pruebas de los valores de tolerancia y respeto de la diversidad y añadió que una escuela pública que declara que 'la homosexualidad es pecado' excluye a posibles alumnos.⁹⁶

El alcance del derecho a la educación, incluso frente a particulares, supone también garantizar un recurso efectivo para el caso de sus violaciones por cualquier ente público o privado involucrado en las tareas educativas, particularmente tratándose de velar por el principio de igualdad y no discriminación.⁹⁷ De ahí que resulte irrelevante, para efecto de garantizar el derecho a la educación, que el Estado actúe con carácter de ente de derecho público o privado, pues, al menos en este ámbito, los actos que pueden afectar el derecho a la educación

⁹⁶ Tribunal Supremo de Colombia, Pablo Enrique Torres Gutiérrez y José Prieto Restrepo c. Instituto Ginebra La Salle, T-147493, sentencia del 24 de marzo de 1998, *cit.*, *Informe anual de la Relatora Especial...*, E/CN.4/2001/52, *cit.*, párrs. 73-75.

⁹⁷ La Corte IDH ha reiterado que "el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico". En consecuencia, "los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades", ello implica "el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias". Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 101-109. En términos del tribunal interamericano "existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación". Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek...*, *supra* nota 95, párr. 268.

de los individuos, respecto de los cuales exista además una relación de supra a subordinación, requieren una supervisión estricta, a fin de no permitir conductas discriminatorias o excesivas que priven de su contenido al derecho a la educación o lo tornen ineficaz.⁹⁸

Un buen ejemplo de este control judicial lo representa el criterio que considera los actos de una asociación civil, como actos de autoridad para efecto de su impugnación, cuando la autoridad educativa le delega mediante un contrato de prestación de servicios la facultad de examinar y calificar sin posibilidad de rebatir sus determinaciones ante otra instancia,⁹⁹ o aquel otro que considera que la determinación mediante la cual una universidad pública autónoma expulsa a uno de sus estudiantes o le impide por tiempo indefinido continuar sus estudios constituye un acto de autoridad impugnabile a través del juicio de amparo.¹⁰⁰

De igual manera, son pertinentes los criterios desarrollados por la Corte Interamericana en relación con el alcance del derecho a la vida y del proyecto de vida,¹⁰¹ así como aquellos relacionados con la interrelación entre los derechos humanos particularmente entre el derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas de una persona y las condiciones de vida de sus familiares, entre otras cosas, a mejores condiciones de educación.¹⁰²

⁹⁸ La Corte IDH ha destacado que el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño. La obligación de respeto de estos derechos "impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares". En este sentido, los Estados deben "tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales." Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02* del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 87-91.

⁹⁹ Tesis: III.2o.T.Aux.36 A, (9a.), EJERCICIO DE LAS PROFESIONES DEL ESTADO DE JALISCO. SI CON BASE EN EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DE LA LEY RELATIVA, LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN LOCAL CONTRATA A UNA ASOCIACIÓN CIVIL PARA LA ELABORACIÓN, APLICACIÓN Y CALIFICACIÓN DE UN EXAMEN PARA LA REGULARIZACIÓN DE QUIENES PRACTIQUEN LA HOMEOPATÍA SIN TENER LA LICENCIATURA O TÍTULO CORRESPONDIENTE, LOS ACTOS DE ÉSTA SE CONSIDERAN DE AUTORIDAD, PARA EFECTOS DE SU IMPUGNACIÓN MEDIANTE EL JUICIO DE NULIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, p. 1125. Reg. IUS. 162151.

¹⁰⁰ Tesis: 2a./J. 12/2002 (9a.), UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS. LA DETERMINACIÓN MEDIANTE LA CUAL DESINCORPORAN DE LA ESFERA JURÍDICA DE UN GOBERNADO LOS DERECHOS QUE LE ASISTÍAN AL UBICARSE EN LA SITUACIÓN JURÍDICA DE ALUMNO, CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD IMPUGNABLE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Marzo de 2002, p. 320. Reg. IUS. 187358.

¹⁰¹ De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, la noción de *proyecto de vida* "se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor". El "daño al proyecto de vida", debe entenderse "como una expectativa razonable" en tanto que los hechos violatorios de derechos humanos impidan u obstruyan seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párrs. 148-154. En el caso se consideró que los hechos violatorios impidieron a la víctima realizar sus expectativas personales y profesionales, entre otras cosas, por la interrupción de sus estudios. *Ibid.*, párr. 152.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 311. El caso se refiere al incumplimiento de diferentes

En el mismo sentido, un aspecto relevante para valorar los efectos de las violaciones al derecho a la educación de los menores, así como para la aplicación del principio que garantiza su interés superior, es su interdependencia con otros derechos, en particular con el derecho a la vida en condiciones dignas. Al respecto, la Corte IDH ha destacado que "el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna" y en consecuencia, "todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece".¹⁰³

En su *Opinión Consultiva OC-17/2002*, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la Corte IDH reiteró que "el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas". Si bien el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado, éste "debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles." Asimismo, la Corte IDH ha precisado que "dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad." En suma –señala la Corte IDH– "la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos".¹⁰⁴

En el mismo sentido, la Corte IDH ha destacado que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la

ejecutorias judiciales que ordenaron reintegrar a diversos trabajadores municipales que fueron despedidos, entre otras razones, por no haber concurrido a ciertas evaluaciones o no haberlas superado.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 144 y 191.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño...*, *supra* nota, párrs. 80-86 y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek...*, *supra* nota 95, párr. 258.

Convención, "el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual", con independencia de su ascendencia u origen.¹⁰⁵

Por cuanto hace a la especial vinculación entre el deber de garantizar el derecho a las condiciones de vida digna de miembros de comunidades indígenas y el deber de adoptar medidas efectivas para garantizarlo, la Corte IDH determinó que

conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada.¹⁰⁶

En sentido similar, la Corte IDH también ha destacado como en ciertos casos las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia, impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación.¹⁰⁷

De igual forma, tratándose de personas privadas de libertad, respecto de las cuales el Estado se encuentra en una posición especial de garante, "este último debe asumir una serie de

¹⁰⁵ Sobre esta base, en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, la Corte IDH consideró que la vulnerabilidad a que fueron expuestas las niñas, como consecuencia de la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica, también se reflejó en que a una de ellas se le impidió estudiar durante un período escolar en horario diurno, precisamente por no contar con el acta de nacimiento, viéndose forzada a estudiar durante ese período en la escuela nocturna, para mayores de 18 años. Este hecho —señala la Corte— a la vez agravó su situación de vulnerabilidad, ya que ella no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le sería adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*..., *supra* nota 95, párrs. 185, 225 y 244.

¹⁰⁶ En el caso, la Corte IDH constató que no existían instalaciones adecuadas para la educación de los niños de la comunidad, las clases se desarrollaban bajo un techo sin paredes y al aire libre y no existía ningún tipo de programa para evitar la deserción escolar. En conjunto, la asistencia brindada por el Estado resultó insuficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad de la Comunidad Xákmok Kásek, situación estrechamente vinculada a la falta de sus tierras, por lo que la Corte IDH declaró que "el Estado no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del artículo 4.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek." La Corte IDH dispuso que el Estado adopte de manera inmediata, periódica y permanente, entre otras medidas de reparación la de "dotar a la escuela de los materiales y recursos humanos necesarios para garantizar el acceso a la educación básica para los niños y niñas de la Comunidad, prestando especial atención a que la educación impartida respete sus tradiciones culturales y garantice la protección de su lengua propia. Para tales efectos, el Estado deberá realizar las consultas que sean necesarias a los miembros de la Comunidad." Dicha obligación la consideró la Corte IDH de "cumplimiento inmediato". Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*..., *supra* nota 95, párrs. 209-217 y 301.

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167.

responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible", dado que "toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática". En particular, tratándose de niños privados de libertad existe la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, "para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida", en modo alguno se permite imponer o amenazar con imponer métodos de castigo como el aislamiento, los maltratos y las incomunicaciones, con el propósito de imponer disciplina sobre la población de internos.¹⁰⁸

Ahora bien, llegado a este punto, conviene tener presentes las determinaciones en materia de educación y capacitación en derechos humanos como medidas de reparación y garantías de no repetición emitidas por la Corte IDH con motivo de la determinación de la responsabilidad internacional del Estado mexicano que le imponen deberes específicos a fin de contar con un panorama más amplio respecto de sus obligaciones en este ámbito.

VI. Las obligaciones derivadas de sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En algunos de los casos contenciosos en contra México, la Corte IDH ha impuesto obligaciones específicas en materia de educación y capacitación en derechos humanos.¹⁰⁹ Al respecto, la Corte Interamericana ha reiterado que dicha capacitación, como sistema de formación continua, se debe extender durante un lapso importante para cumplir sus objetivos.¹¹⁰

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 152-155, 161 y 167. En el caso se acreditó plenamente "que el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obligado, tanto en razón de la protección del derecho a la vida entendido en el sentido señalado anteriormente, como por la disposición del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados [...]. Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurre en el presente caso, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida." En consecuencia, la Corte IDH dispuso, como medida de satisfacción, que el Estado brinde asistencia vocacional, así como un programa de educación especial destinado a los ex internos del Instituto. *Ibid.*, párrs. 174 y 321.

¹⁰⁹ Sobre los diferentes casos contra el Estado mexicano, *cfr.*, García Ramírez, Sergio y Toro Huerta, Mauricio del, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, Porrúa / UNAM, 2011.

¹¹⁰ La Corte IDH ha reiterado también que la eficacia e impacto de la implementación de los programas de educación en derechos humanos en el seno de las fuerzas de seguridad es crucial para generar garantías de no repetición de hechos violatorios de derechos humanos. Tales programas deben reflejarse en resultados de acción y prevención que acrediten su eficacia, más allá de que su evaluación deba realizarse a través de indicadores adecua-

En materia de igualdad de género la Corte IDH expresó que

... una capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. En particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos.

Al respecto, la Corte Interamericana en el *Caso del Campo Algodonero* ordenó al Estado mexicano continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos y género; ii) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y iii) superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres. Tales programas y cursos deberán estar destinados a policías, fiscales, jueces, militares, funcionarios encargados de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier funcionario público, tanto a nivel local como federal, que participe directa o indirectamente en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y reparación. Dentro de dichos programas permanentes deberá hacerse una especial mención a la sentencias de la Corte IDH y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente, a los relativos a violencia por razones de género.¹¹¹

De igual forma, en el *Caso Radilla Pacheco*, la Corte IDH consideró necesario fortalecer las capacidades institucionales del Estado mexicano mediante la capacitación en materia de protección de derechos humanos de funcionarios públicos, a fin de evitar que hechos como los analizados en el caso se repitan, reiterando que la capacitación en esta materia "es una manera de brindar al funcionario público nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades, permitir su especialización en determinadas áreas novedosas, prepararlo para desempeñar posiciones distintas y adaptar sus capacidades para desempeñar mejor las tareas asignadas". Además, considerando que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables de las violaciones a tales derechos, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que hechos como los del caso vuelvan a repetirse, la Corte Interamericana ordenó que, sin perjuicio de los programas de capacitación para funcionarios públicos en materia de derechos humanos que ya existan en México, el Estado

dos. Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 252.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 540-543.

deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria:

a) Programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, como una forma de prevenir que casos de violación a los derechos humanos sean investigados y juzgados por dicha jurisdicción. Tales programas estarán dirigidos a los miembros de todas las Fuerzas Militares, incluyendo a los agentes del Ministerio Público y jueces, así como a los agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de la República y jueces del Poder Judicial de la Federación, y b) Un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, dirigido también a agentes del Ministerio Público y a jueces federales, que tengan competencia en la investigación y juzgamiento de hechos como los ocurridos en el caso, con el fin de que dichos funcionarios cuenten con los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada. De manera particular, "en este tipo de casos las autoridades encargadas de la investigación deben estar entrenadas para el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, la valoración de los patrones sistemáticos que puedan dar origen a los hechos que se investigan y la localización de personas desaparecidas de manera forzada".¹¹²

En el *Caso Fernández Ortega y otros*, la Corte IDH ordenó al Estado mexicano implementar un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos que incluya, entre otros temas, los límites en la interacción entre el personal militar y la población civil, género y derechos indígenas, dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas, en todos los niveles jerárquicos. Asimismo, considerando que los hechos del caso generaron una afectación en los hijos de la señora Fernández Ortega que perdura en el tiempo y que ocasionó cambios significativos tanto en sus vidas como en sus relaciones personales y sociales, afectando su desarrollo personal (entre ellos, el hecho de que se vieran en la necesidad de dejar la escuela por un año y tuvieron que mudarse a fin de cursar estudios en condiciones desfavorables), la Corte IDH ordenó al Estado mexicano, como medida de satisfacción, que, previa solicitud de los beneficiarios, otorgue becas en instituciones públicas mexicanas que cubran todos los costos de su educación hasta la conclusión de sus estudios superiores, bien sean técnicos o universitarios. Finalmente, la Corte Interamericana ordenó, como medidas de reparación con alcance comunitario, que permitan reintegrar a la víctima en su espacio vital y de identificación cultural, además de restablecer el tejido comunitario, que el Estado facilite los recursos necesarios para que la comunidad de Barranca Tecoani establezca un centro comunitario, que se constituya como centro de la mujer, en el

¹¹² Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 345-348.

que se desarrollen actividades educativas en derechos humanos y derechos de la mujer, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad. Al respecto, el Estado debe facilitar que sus instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y género brinden asistencia en las acciones de capacitación comunitaria, las cuales deberán adecuarse a la cosmovisión de la comunidad indígena. Asimismo, el Estado debe adoptar medidas para que las niñas de la comunidad de Barranca Tecoani que actualmente realizan estudios secundarios en la ciudad de Ayutla de los Libres, cuenten con facilidades de alojamiento y alimentación adecuadas, de manera que puedan continuar recibiendo educación en las instituciones a las que asisten. Sin perjuicio de lo anterior, esta medida puede ser cumplida por el Estado optando por la instalación de una escuela secundaria en aquella comunidad.¹¹³

En el caso *Rosendo Cantú y otra*, la Corte IDH reiteró el deber del Estado de establecer un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación en derechos humanos que incluya, entre otros temas, los límites en la interacción entre el personal militar y la población civil, género y derechos indígenas, dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas, en todos los niveles jerárquicos y ordenó, como medida de satisfacción, que el Estado, previa solicitud de las víctimas, otorgue becas en instituciones públicas mexicanas que cubran todos los costos de su educación hasta la conclusión de sus estudios superiores, bien sean técnicos o universitarios. La Corte Interamericana también destacó el hecho de que con motivo de los hechos del caso, las víctimas sufrieron el destierro de su comunidad, lo cual tuvo graves efectos, entre otras cuestiones, en la educación de la menor que tuvo que acudir a escuelas en que sólo se habla español.¹¹⁴

En el *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, la Corte IDH valoró positivamente la existencia de diversas acciones y cursos de capacitación desarrollados por el Estado y consideró que los mismos deben incluir, en lo pertinente, el estudio de las disposiciones previstas en el Protocolo de Estambul y, como en otros casos, dispuso que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de capacitación a los funcionarios federales y estatales, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía y personal del sector salud, sobre investigación diligente en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes y tortura, y fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de funcionarios de las Fuerzas Armadas sobre los principios y normas de protección

¹¹³ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párrafos 261-270.

¹¹⁴ *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafos 138, 139, 249, 256 y 257.

de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos, como garantías de no repetición.¹¹⁵

VII. Comentario final

La educación en derechos humanos es, al mismo tiempo, un derecho de las personas y un deber de las autoridades, solo así se construye un modelo de sociedad y de persona acorde con los postulados normativos y con los valores que rigen y orientan el sentido del texto constitucional y *corpus* del derecho internacional de los derechos humanos. A lo largo del documento se han expuesto algunos de los principales criterios internacionales que definen el alcance del derecho a la educación en derechos humanos. Criterios que resultan orientadores y vinculantes, dependiendo de su naturaleza, para los Estados y en particular para los jueces nacionales a quienes corresponde garantizar, en última instancia, la estabilidad del sistema político a partir de las diferentes técnicas de control, de minimización del poder y de maximización de los derechos.¹¹⁶

En México, una primera determinación relevante y trascendental, que constituye un prelude del debate y de las transformaciones que se espera vendrán como consecuencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, tanto en el ámbito legislativo como en el ejecutivo y en el jurisdiccional, es el pronunciamiento de la SCJN en el expediente Varios 912/2010, relacionado con el cumplimiento de las obligaciones del Poder Judicial derivadas de la sentencia emitida por la Corte IDH en el *Caso Rosendo Radilla*. En su determinación la SCJN examinó diferentes asuntos, entre ellos, el valor de los precedentes de la Corte IDH y los alcances del denominado control de convencionalidad, a partir del cual los jueces nacionales

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 245.

¹¹⁶ Al respecto, como afirma Ernesto Garzón, la función principal del Poder Judicial es garantizar la estabilidad del sistema político, a partir de la firme adhesión del juez a las normas básicas del sistema y de su manifiesta imparcialidad con respecto a los intereses en conflicto. La estabilidad, entendida como una propiedad del sistema político consistente en mantener su identidad a través de las tendencias de quienes ostentan el poder a guiar el comportamiento de acuerdo con sus normas básicas, supone el ejercicio institucionalizado del poder y la adherencia de los diferentes tipos de organizaciones políticas a tales principios y normas básicas. Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, "El papel del poder judicial en la transición a la democracia", *Tolerancia, dignidad y democracia*, Perú, Fondo Editorial de la UIGV, 2006, pp. 29-60 y "El concepto de estabilidad de los sistemas políticos", *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 573-609. Asimismo, siguiendo a Ferrajoli, la función garantista del derecho "consiste en la minimización del poder, de otro modo absoluto: de los poderes privados, tal y como se manifiesta en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal; de los poderes públicos, tal y como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos de poder policiales y administrativos." Las técnicas de esta minimización son la igual garantía y maximización de los derechos fundamentales, y la correlativa limitación e instrumentalización de las situaciones jurídicas de poder, entre otros mecanismos, mediante la institución de una tutela judicial de los derechos fundamentales. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 5a. ed., Trad. Perfecto Andrés et al, Trotta, Madrid, 2001, p. 931 y *Principia iuris*, cit., p. 562.

deben, de oficio, vigilar la conformidad de las normas y prácticas internas con los tratados internacionales de derechos humanos, ejerciendo tareas de jueces convencionales o interamericanos en beneficio de los derechos y las libertades de los individuos. Control que permite la colaboración y recepción del derecho internacional por parte de los tribunales internos a fin de garantizar la plena vigencia y eficacia de la normativa internacional.¹¹⁷

En este nuevo escenario, la efectividad del control de convencionalidad requiere necesariamente la formación y capacitación permanente de los operadores jurídicos en materia de derechos humanos, a fin de construir una concepción normativa y un discurso coherente con el desarrollo progresivo y los estándares del derecho internacional.¹¹⁸

En este contexto, conviene recordar lo señalado por la anterior Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación de Naciones Unidas:

Una causa judicial que haya afirmado la educación como derecho humano se convierte en un poderoso instrumento de enseñanza de los derechos humanos, al demostrar que la ley puede utilizarse para introducir cambios y disipar sospechas de que los tratados internacionales de derechos humanos y las garantías constitucionales de derechos humanos son algo más que promesas y papel mojado.¹¹⁹

¹¹⁷ Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183. En su determinación el Pleno consideró que la jurisprudencia de la Corte IDH resulta obligatoria para las autoridades estatales en aquellos casos relacionados con México; mientras que la emitida en otros asuntos es "orientadora". Para algunos ministros ésta última resulta "vinculante". El control de convencionalidad se analizó conjuntamente con el control de constitucionalidad y, en un giro jurisprudencial de 180 grados, se determinó que éste último abarca tanto el control concentrado, como el de determinación constitucional específica, el difuso y la interpretación más favorable de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos. Dicho control debe ejercerse por todas las autoridades en el ámbito de sus competencias. *Cfr.* Para un análisis preliminar sobre esta importante determinación, *cfr.* García Ramírez, Sergio y Toro Huerta, Mauricio del, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, *op. cit.*, pp. 203-234.

¹¹⁸ Al respecto, por ejemplo, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos*, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos y recomendada para su aprobación por la Asamblea General, en su artículo 7.4, dispone el deber de los Estados y de las autoridades gubernamentales competentes, de "garantizar la formación adecuada en derechos humanos y, si procede, en derecho internacional humanitario y derecho penal internacional, de los funcionarios y empleados públicos, los jueces, los agentes del orden y el personal militar, así como promover la formación adecuada en derechos humanos de maestros, instructores y otros educadores y personal privado que desempeñen funciones a cuenta del Estado."

¹¹⁹ *Informe Anual de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación, presentado de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos*. Katarina Tomasevski. E/CN.4/2002/60. 7 de enero de 2002, párr. 55.

1. Nacionales

- Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183.
- Tesis: III.2o.T.Aux.36 A, (9a.), EJERCICIO DE LAS PROFESIONES DEL ESTADO DE JALISCO. SI CON BASE EN EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DE LA LEY RELATIVA, LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN LOCAL CONTRATA A UNA ASOCIACIÓN CIVIL PARA LA ELABORACIÓN, APLICACIÓN Y CALIFICACIÓN DE UN EXAMEN PARA LA REGULARIZACIÓN DE QUIENES PRACTIQUEN LA HOMEOPATÍA SIN TENER LA LICENCIATURA O TÍTULO CORRESPONDIENTE, LOS ACTOS DE ÉSTA SE CONSIDERAN DE AUTORIDAD, PARA EFECTOS DE SU IMPUGNACIÓN MEDIANTE EL JUICIO DE NULIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, p. 1125. Reg. IUS. 162151.
- Tesis: 2a./J. 12/2002 (9a.), UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS. LA DETERMINACIÓN MEDIANTE LA CUAL DESINCORPORAN DE LA ESFERA JURÍDICA DE UN GOBERNADO LOS DERECHOS QUE LE ASISTÍAN AL UBICARSE EN LA SITUACIÓN JURÍDICA DE ALUMNO, CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD IMPUGNABLE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Marzo de 2002, p. 320. Reg. IUS. 187358.
- Tesis: P./J. 146/2001 (9a.), EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 40. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL CUMPLE CON EL MANDATO CONTENIDO EN EL DIVERSO 32 DE LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN, AL PERMITIR QUE EL GOBERNADO EJERZA EN FORMA PLENA SU DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LOGRE UNA EFECTIVA IGUALDAD EN OPORTUNIDADES DE ACCESO Y PERMANENCIA EN LOS SERVICIOS EDUCATIVOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1035. Reg. IUS. 187999.

- Tesis: P./J. 144/2001 (9a.), EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 40. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO DE DICHA ENTIDAD DE PRESTAR, ADEMÁS DE LA EDUCACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA, LA PREESCOLAR Y MEDIA SUPERIOR, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 30. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1035. Reg. IUS. 187998;
- Tesis: P./J. 149/2001 (9a.), EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 90. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE EL ORDEN CONSTITUCIONAL, PUES EL CRITERIO QUE ORIENTARÁ LA EDUCACIÓN QUE IMPARTA EL GOBIERNO DE ESA ENTIDAD ES COINCIDENTE CON DIVERSOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ESTADO ESTABLECIDOS EN LA LEY FUNDAMENTAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1037. Reg. IUS. 187996;
- Tesis: P./J. 143/2001 (9a.), EDUCACIÓN. LAS LEYES QUE EXPIDAN LOS ESTADOS Y EL DISTRITO FEDERAL EN ESTA MATERIA, DEBEN SUJETARSE A LA LEY RESPECTIVA EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 30., FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, Enero de 2002, p. 1039. Reg. IUS. 187994.
- Tesis: P. CV/2000 (9a.), EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY GENERAL RELATIVA QUE ESTABLECE QUE LOS PARTICULARES QUE PRESTEN EL SERVICIO DE ESTUDIOS SIN RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL, DEBERÁN MENCIONAR ESA CIRCUNSTANCIA EN SU DOCUMENTACIÓN Y PUBLICIDAD, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE ENSEÑANZA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XII, Agosto de 2000, p. 139. Reg. IUS. 191424.
- Tesis: XX.1o.76 A (9a.), EDUCACIÓN. LOS ARTÍCULOS 50, 93, 96 Y 97 DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE CHIAPAS, QUE EN SU CONJUNTO REGULAN ASPECTOS QUE DEBEN SATISFACER LOS PARTICULARES QUE PRESTEN SERVICIOS EN MATERIA EDUCATIVA, NO INFRINGEN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 50. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 17 DE JUNIO DE 2004), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Abril de 2006, p. 996. Reg. IUS. 175336.
- Tesis: 1a./J. 64/2008 (9a.), ALIMENTOS POR CONCEPTO DE EDUCACIÓN. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DEBE TOMAR EN CUENTA PARA DETERMINAR SI PROCEDE SU PAGO RESPECTO DE ACREEDORES ALIMENTARIOS QUE CONCLUYERON SUS ESTUDIOS

PROFESIONALES PERO ESTÁ PENDIENTE SU TITULACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 67. Reg. IUS. 168733

- Tesis: 1a./J. 58/2007 (9a.), ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS POR CONCEPTO DE EDUCACIÓN NO SE EXTINGUE NECESARIAMENTE CUANDO LOS ACREEDORES ALIMENTARIOS ALCANZAN LA MAYORÍA DE EDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 31. Reg. IUS. 172101.
- Tesis: XXXI.17 C (9a.), ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES QUE CONTINÚEN ESTUDIANDO. CORRESPONDE AL JUZGADOR VALORAR EN CADA CASO LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS SIN ESTEREOTIPOS, NI PREJUICIOS SOCIALES Y ATENDIENDO A ESTÁNDARES INTERNACIONALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Abril de 2011, p. 1219. Reg. IUS. 162432.
- Tesis: 1a./J. 25/2012 (10a.), INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 334. Reg. IUS. 159897.
- Tesis: P. LXV/2009 (9a.), DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 8. Reg. IUS. 165813.
- Tesis: P. IX/2007 (9a.), TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 6. Reg. IUS. 172650.
- Tesis 4a./J. 41/94 (8a.), ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONALES, LEY SOBRE EL. NO SE VIOLAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL SEPARAR A UN ALUMNO DE SU ESCUELA POR INCUMPLIRLA, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo V, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1990, p. 209. Reg. IUS. 225683.

- TEF. Tesis XVII/2011 (4a), IGLESIAS Y ESTADO. LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN, EN MATERIA DE PROPAGANDA ELECTORAL. Disponible en: <<http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=1461&tpoBusqueda=S&sWord=XVII/2011>> (19 de junio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de Noviembre de 2007.
- Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02* del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144.
- Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- CIDH. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. 129, Doc. 4, 7 de septiembre 2007,
- CIDH. *Informe sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes*. OEA/Ser.L/V/II.135. Doc. 14. 5 agosto 2009.
- Comité ESCR. *Observación General No. 13, relativa al derecho a la educación, (artículo 13 del Pacto)*. Doc. E/C.12/1999/10. 8 de diciembre de 1999.
- Comité ESCR. *Observación General No. 9, La aplicación Interna del Pacto*, Doc. E/1999/22. 3 de diciembre de 1998.
- Comité ESCR. *Observación General No. 3 sobre La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23. 14 de diciembre de 1990.

- Comité ESCR. *Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.
- Comité ESCR. *Observación General No. 5. Los derechos de las personas*. E/1995/22. 12 de septiembre de 1994.
- Comité ESCR. *Observación General No. 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*. E/1996/11. 12 de agosto de 1995.
- Comité ESCR. *Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales, y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales)*. E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005.
- Comité CRC. *Observación General No. 1, Párrafo 1 del Artículo 29: Propósitos de la Educación*. CRC/GC/2001/1. 17 de abril de 2001.
- Comité CRC. *Observación General No. 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)*. CRC/C/GC/8. 21 de agosto de 2006.
- Comité CRC. *Observación General No. 13, sobre el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.
- Comité CRC. *Observación General No.7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. CRC/C/GC/7, Noviembre de 2005.
- Comité CRC. *Observación General No. 9. Los derechos de los niños con discapacidad*. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.
- Comité CRC. *Observación General No. 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*. CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.
- Comité CRC. *Observación General No.6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, Septiembre de 2005.

- Comité CRC. *Observación General No. 12. El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/12. 20 de julio de 2009.
- *Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos*, Sra. Katarina Tomasevski, E/CN.4/1999/49, 13 de enero de 1999.
- *Informe anual de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos*, Sra. Katarina Tomasevski, E/CN.4/2001/52, de 11 de enero de 2001.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación*, Vernor Muñoz Villalobos. E/CN.4/2005/50, 17 de diciembre de 2004.
- *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación. Resumen*, Katarina Tomasevski, E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004.
- *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos*, Katarina Tomasevski, E/CN.4/2003/0, 16 de enero de 2003.
- *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos*, Katarina Tomasevski, E/CN.4/2000/6. 1o. de febrero de 2000.
- *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación. Misión a los Estados Unidos de América*, Katarina Tomasevski. E/CN.4/2002/60/Add.1, 17 de enero de 2002.
- *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación*, Vernor Muñoz. E/CN.4/2006/45, 8 de febrero de 2006.
- *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación*, Vernor Muñoz. A/HRC/4/29, 19 de febrero de 2007.
- *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación*, Vernor Muñoz. A/HRC/8/10, 20 de mayo de 2008.

- *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación*, Vernor Muñoz. /HRC/ 11/8, 2 de abril de 2009.
- *Informe Anual de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación, presentado de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos*. Katarina Tomasevski. E/CN.4/2002/60. 7 de enero de 2002.
- TEDH. *Caso Campbell y Cosans vs. Reino Unido*. (App. No.7511/76, 7743/76. Sentencia de 25 de febrero de 1982.
- TEDH. *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca*. (App. No. 5095/71, 5920/72, 5926/72). Sentencia de 7 de diciembre de 1976.
- TEDH. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*. App. No. 5856/72. Sentencia de 25 de abril de 1978.
- TEDH. *Caso Valsamis vs. Grecia*. (App. No. 21787/94). Sentencia del 18 de diciembre de 1996.
- TEDH. *Caso Hasan y Eylem Zengin vs Turquía*. (App. No. 1448/04). Sentencia de 9 de octubre de 2007.
- TEDH. *Caso Folgero y otros vs. Noruega*. (App. No. 15472/02. Sentencia de 29 de junio de 2007.
- TEDH. *Casos Efstratiou vs Grecia y Walsamis vs. Grecia*. (App. No. 24095/94). Sentencia de 18 de diciembre de 1996.
- TEDH. *Caso Lautsi vs. Italia*. (App. No. 30814/06). Sentencia de 18 marzo de 2011.
- TEDH. *Caso Leyla Sahin vs. Turquía*. (App. No. 44774/98). Sentencia de 10 de noviembre de 2005.
- TEDH. *Caso del Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*. (App. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64). Sentencia de 23 de julio de 1968.
- TEDH. *Casos Coster vs. Reino Unido*. (App. No. 24876/94). Sentencia de 18 de enero de 2001.

- TEDH. *Lee vs. Reino Unido*. (App. No. 25289/94). Sentencia de 18 de enero de 2001.
- TEDH. *Jane Smith vs. Reino Unido*. (App. No. 25154/94). Sentencia de 18 de enero de 2001.
- TEDH. *Caso Chipre vs. Turquía*. (App. No. 25781/94). Sentencia de 10 de mayo de 2001.
- Comité Europeo de Derechos Sociales. *Caso Autism Europe vs. Francia*. (Reclamación No. 13/2002).

Los derechos a la alimentación,
al agua, a la salud y a la vivienda
contenidos en el Artículo
4o. Constitucional a la luz del
Derecho Internacional de
los Derechos Humanos
en México

Omar GÓMEZ TREJO*

* Profesor invitado de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-México y de la Universidad Iberoamericana, Campus Ciudad de México.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho a la Alimentación.* III. *El derecho al agua y el saneamiento en la Constitución mexicana.* IV. *El derecho a la salud.* V. *El derecho a la vivienda adecuada en la Constitución.* VI. *Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE: El derecho a la alimentación, el derecho al agua y el saneamiento, el derecho a la salud y el derecho a la vivienda adecuada; disponibilidad; accesibilidad; asequibilidad; exigibilidad; justiciabilidad; adecuación; sostenibilidad; accesibilidad.

I. Introducción

El 13 de octubre de 2011 se reformó el artículo 4 constitucional para incorporar el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. Algunos meses más tarde, el 8 de febrero de 2012, se adicionaron dos párrafos al mismo artículo para reconocer el derecho a un medio ambiente sano y el derecho al agua. Estas reformas son de gran trascendencia para los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC). Con ellas, el catálogo de estos derechos se encuentra completo en el texto constitucional.

El presente ensayo desarrolla desde una visión del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) el derecho a la alimentación, el derecho al agua y el saneamiento, el derecho a la salud y el derecho a la vivienda adecuada. Esta aportación parte del reconocimiento y la protección de los derechos humanos de las personas en el país a través del desarrollo de esquemas de interpretación nuevos y revolucionarios como el *parámetro o bloque de convencionalidad ex officio*,¹ que debe de ser aplicado por jueces constitucionales y locales del país, con la finalidad de proteger la esencia de los derechos humanos a través de los contrastes entre las normas nacionales e internacionales.

¹ Este bloque abre la posibilidad de integrar todos los derechos reconocidos en los tratados internacionales, tanto del sistema universal como interamericano, que México ha ratificado.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 representó un parte aguas. A partir de entonces es necesario generar una nueva disciplina, una nueva teoría para la protección de los derechos humanos en México, a través de la teoría del constitucionalismo comparado, con el derecho de otros países y de otros sistemas internacionales en materia de protección de los derechos humanos. Por tal motivo, este diálogo entre Cortes nacionales e internacionales nos hace copartícipes en el desarrollo del marco protector común de derechos humanos en México y en la región de América Latina.

El marco metodológico a desarrollar parte del control de convencionalidad de los derechos humanos. El artículo 1o. constitucional ha cambiado la forma de interpretar y aplicar normas de derechos humanos en México. La reforma constitucional dio pie a la entrada de otras fuentes del derecho como el DIDH, complementando y enriqueciendo los derechos consagrados en el texto constitucional. Además, debe considerarse la interpretación que han hecho de las normas de derechos humanos sus intérpretes autorizados: la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") y los tribunales federales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") y los órganos del sistema de las Naciones Unidas.

Esta incorporación no debe de hacerse a través de una lectura textual de las normas, sino que debiera incluir una búsqueda exhaustiva de los elementos de los derechos, desarrollados por los distintos órganos y tribunales que interpretan normas de derechos humanos. En este sentido, los mecanismos internacionales de derechos humanos de los sistemas, tanto universal como los regionales, han desempeñado un papel determinante en el desarrollo de esta nueva teoría de los derechos humanos.

Para poder interpretar el sentido y alcance de cada derecho, se señalarán las obligaciones establecidas en los tratados (promover, respetar, proteger y garantizar); los elementos mínimos de cada derecho, incluyendo la accesibilidad, la disponibilidad y la adecuación; un apartado de jurisprudencia relevante de tribunales internacionales de derechos humanos; y, finalmente, lo señalado por los procedimientos especiales de Naciones Unidas.

II. El derecho a la alimentación

El artículo 4o., párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") establece que "toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará".² Esta reforma al artículo 4o.

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de octubre de 2011.

constitucional estuvo acompañada por una adhesión a la fracción XX del artículo 27 constitucional, que establece que el "desarrollo rural integral y sustentable a que se refiere el párrafo anterior, también tendrá entre sus fines que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos que la ley establezca".³ Antes de estas reformas, ya se mencionaba el derecho de la niñez a la satisfacción de sus necesidades de alimentación en el mismo artículo 4o. constitucional y la obligación de los estados de apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación.⁴ Actualmente no se cuenta con una legislación específica que desarrolle el derecho a la alimentación, ni tesis⁵ o jurisprudencia que el máximo tribunal haya desarrollado sobre alguno de los elementos del derecho a la alimentación.

1. El reconocimiento del derecho a la alimentación adecuada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) establece en el artículo 11.1 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado y que:

...los Estados partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos que se necesiten para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales, en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan".⁶

³ *Idem.*

⁴ Véase el artículo 2 constitucional apartado B, fracción III y VIII.

⁵ Una tesis que de manera indirecta se refiere al derecho a la alimentación la encontramos en: Tesis III.2o..A.29 A. (10a.), VALOR AGREGADO. EL ARTÍCULO 2o.-A, FRACCIÓN I, INCISO B), DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO AL NO ESTABLECER EL BENEFICIO DE LA TASA DEL 0% PARA LOS SUPLEMENTOS ALIMENTICIOS COMO LO HACE RESPECTO DE LOS PRODUCTOS DESTINADOS ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE A LA ALIMENTACIÓN, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2008), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro, XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, p. 2867. En ella el Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Tercer Circuito, señaló que el artículo 2o. fracción I, inciso b) de la Ley de Impuestos al Valor Agregado que el motivo de la tasa cero obedece a la intención del legislador, de apoyar al sistema alimentario mexicano para tutelar y mejorar el nivel de vida de los sectores menos favorecidos, proporcionando elementos básicos de bienestar a la población, reduciendo el impacto de los precios al público consumidor; en tanto que el suplemento alimenticio no cubre el fin extrafiscal que se pretende alcanzar con el indicado numeral.

⁶ AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor 3 de enero de 1976, art. 11.2.

Es importante destacar que hay otra serie de instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la alimentación. En el caso del sistema universal, está la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; en el sistema interamericano, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo Adicional a la CADH"); y, finalmente, en el sistema africano, la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño y el Protocolo de la Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África.

2. Definición del derecho a la alimentación adecuada

De acuerdo con la Observación General No. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité ESCR), el derecho a la alimentación "se ejerce cuando todo hombre o mujer o niño [o niña], ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla".⁷ Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación (en adelante "Relator sobre el derecho a la alimentación") lo ha definido como:

...el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna.⁸

3. Obligaciones básicas del derecho a la alimentación adecuada

Una de las principales obligaciones que los Estados deben de desarrollar es la elaboración de una:

...ley marco como instrumento básico de aplicación de la estrategia nacional para el derecho a la alimentación. [En esta ley marco] deben figurar disposiciones

⁷ Comité ESCR. *Observación General 12, El Derecho a una Alimentación Adecuada* (art. 11). U.N. Doc.E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 6.

⁸ OACNUDH, *Folleto informativo No. 34, El derecho a la alimentación adecuada*.

sobre el fin pretendido; las metas u objetivos que deben lograrse y el marco temporal que se fijará para lograr estos objetivos: los medios mediante los cuales podría conseguirse el fin buscando en términos generales, en especial la colaboración deseada con la sociedad civil y el sector privado y con organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional del proceso; y los mecanismos nacionales para vigilar el proceso, así como los posibles procedimientos de recurso.⁹

Otra importante obligación inmediata que guarda relación con las necesidades alimentarias es que el Estado debe: "adoptar medidas para mantener, adaptar o fortalecer la diversidad del régimen y las pautas de alimentación y consumo adecuadas, incluida la lactancia materna, al tiempo que se garantiza que los cambios en la disponibilidad y acceso a los alimentos mínimos no afectan negativamente a la composición y la ingesta de alimentos".¹⁰

El Comité ESCR ha señalado que "la principal obligación es la de adoptar medidas para lograr progresivamente el pleno ejercicio del derecho a una alimentación adecuada. Ello impone la obligación de avanzar lo más rápidamente posible para alcanzar ese objetivo".¹¹

El derecho a la alimentación establece los tres niveles de obligaciones contenidas en el artículo 2 del PIDESC: respetar, proteger y realizar.

De acuerdo con el Comité ESCR, la obligación de respetar el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso.¹² El Relator sobre derecho a la alimentación señala que la obligación de respetar significa que:

...[el] gobierno no debe privar arbitrariamente a las personas del derecho a la alimentación, ni dificultar su acceso a los alimentos. La obligación de respetar el derecho a la alimentación es de hecho una obligación negativa, puesto que supone un límite del ejercicio del poder por el Estado que pudiera amenazar el acceso de la población a los alimentos. Se produciría una violación de la obligación de respetar si, por ejemplo, el gobierno desalojara o desplazara arbitrariamente a las personas de su tierra, especialmente si la tierra es su medio básico de

⁹ Comité ESCR. *Observación General 12...* *supra* nota 7, párr. 29.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 9.

¹¹ *Ibid.*, párr. 14.

¹² Comité ESCR. *Observación General 12...*, *supra* nota 7, párr. 15.

subsistencia. También se produciría una violación si el gobierno suprimiese las disposiciones relativas a la seguridad social sin asegurarse de que las personas vulnerables disponen de medios alternativos para alimentarse, o si el gobierno introdujese a sabiendas sustancias tóxicas en la cadena alimentaria, puesto que el derecho a la alimentación entraña el acceso a alimentos ‘libres de sustancias nocivas’. En situaciones de conflicto armado, significaría que el gobierno y demás grupos armados no deben destruir los recursos productivos y no deben bloquear, retrasar o desviar los alimentos de socorro destinados a la población civil.¹³

La obligación de proteger requiere que el Estado parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. De acuerdo con el Relator sobre derecho a la alimentación, la obligación de proteger significa que el gobierno debe promulgar y aplicar leyes para evitar que personas u organizaciones poderosas conculquen el derecho a la alimentación:

... El gobierno también debe establecer órganos para investigar y proporcionar recursos eficaces, en particular el recurso a la justicia, si se viola ese derecho. Por ejemplo, si el gobierno no interviene cuando una persona poderosa desaloja a otros de su tierra, ese gobierno estaría incumpliendo la obligación de proteger el derecho a la alimentación. El gobierno estaría incumpliendo también esa obligación si no adoptase ninguna medida en el caso de que una empresa contaminase el abastecimiento de agua de una comunidad. Para proteger el derecho a la alimentación, el gobierno también podría tener que adoptar medidas si se negase a las personas el acceso a los alimentos por motivos de sexo, raza u otras formas de discriminación. También tendría, por ejemplo, que promulgar leyes para proteger a los consumidores contra productos alimenticios peligrosos o contra medios de producción insostenibles. Ello podría incluir la introducción del etiquetado de los alimentos o de legislación sobre la utilización de plaguicidas o sobre los alimentos modificados genéticamente.¹⁴

En palabras del Relator sobre el Derecho a la Alimentación, la obligación de promover el ejercicio del derecho a la alimentación significa que:

...[el] gobierno debe adoptar medidas positivas para determinar qué grupos son vulnerables y aplicar políticas para velar por que tengan acceso a una alimen-

¹³ Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación, Jean Ziegler. E/CN.4/2006/44 16 de marzo de 2006, párr. 22.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 23.

tación suficiente facilitando su capacidad de alimentarse por sí mismos. Esta obligación es una obligación de carácter positivo, puesto que significa que el gobierno debe tratar activamente de localizar a los grupos vulnerables y poner en práctica políticas para mejorar el acceso de esas personas a una alimentación suficiente y fomentar su capacidad de conseguir alimentos por sí mismas.¹⁵

El Comité ESCR, por su parte, ha señalado que la obligación de realizar (facilitar) significa que:

...[El] Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (hacer efectivo) ese derecho directamente. Esta obligación también se aplica a las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole.¹⁶

4. Elementos básicos del derecho a la alimentación adecuada

La accesibilidad, la disponibilidad, la adecuación y la sostenibilidad de los alimentos son elementos básicos del derecho a la alimentación, ya que remarcan una serie de requisitos que se deben de tomar en cuenta para dar cumplimiento al derecho.

La *accesibilidad* se refiere a que las personas tengan los alimentos en formas sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos. La accesibilidad comprende la accesibilidad económica y física:

La accesibilidad económica implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas. La accesibilidad económica se aplica a cualquier tipo o derecho de adquisición por el que las personas obtienen sus alimentos y es una medida del grado en que es satisfactorio para el disfrute del derecho a la alimentación adecuada. Los

¹⁵ *Ibid.*, párr. 24.

¹⁶ Comité ESCR. *Observación General 12...*, *supra* nota 7, párr. 15.

grupos socialmente vulnerables como las personas sin tierra y otros segmentos particularmente empobrecidos de la población pueden requerir la atención de programas especiales.

La accesibilidad física implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes, tales como los enfermos mentales. Será necesario prestar especial atención y, a veces, conceder prioridad con respecto a la accesibilidad de los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos. Son especialmente vulnerables muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado.¹⁷

La *disponibilidad*, por su parte, se refiere a los alimentos en cantidad y calidad que sean suficientes "para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada".¹⁸ Por disponibilidad se entiende:

...[L]as posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda.¹⁹

Asimismo, el Comité ESCR para no dejar duda en la interpretación de conceptos como las necesidades alimentarias, sin sustancias nocivas y aceptables para una cultura determinada, dejó claro que por *necesidades alimentarias* se entiende que

...[E]l régimen de alimentación en conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación.²⁰

¹⁷ *Ibid.*, párr.13.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 8.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 12.

²⁰ *Ibid.*, párr. 9.

Respecto, al término,

[S]in sustancias nocivas se fijan los requisitos de la inocuidad de los alimentos y una gama de medidas de protección tanto por medios públicos como privados para evitar la contaminación de los productos alimenticios debido a la adulteración y/o la mala higiene ambiental o la manipulación incorrecta en distintas etapas de la cadena alimentaria; debe también procurarse determinar y evitar o destruir las toxinas que se producen naturalmente.²¹

Que los alimentos deban

ser aceptables para una cultura o unos consumidores determinados significa que hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y el consumo de alimentos, así como las preocupaciones fundamentadas de los consumidores acerca de la naturaleza de los alimentos disponibles.²²

El concepto de *adecuación*:

*[...] pone de relieve una serie de factores que deben tenerse en cuenta al determinar si puede considerarse que ciertas formas de alimentos o regímenes de alimentación a las que se tiene acceso son las más adecuadas en determinadas circunstancias a los fines de lo dispuesto en el artículo 11 del Pacto. El concepto de *sostenibilidad* está íntimamente vinculado al concepto de alimentación adecuada o de seguridad alimentaria, que entraña la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras. El significado preciso de "adecuación" viene determinado en buena medida por las condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas y de otro tipo imperantes en el momento, mientras que el de sostenibilidad entraña el concepto de disponibilidad y accesibilidad a largo plazo.²³*

Por último vale la pena mencionar que, además de los informes citados, el Relator sobre el Derecho a la Alimentación ha desarrollado una amplia serie de informes anuales que presenta

²¹ *Ibid.*, párr. 10.

²² *Ibid.*, párr. 11.

²³ *Ibid.*, párr. 7.

ante el Consejo de Derechos Humanos y ante la Asamblea General. En estos informes el Relator sobre el Derecho a la Alimentación ha desarrollado los diferentes elementos del derecho, así como los principales desafíos que tiene el derecho a la alimentación *versus* la realidad mundial,²⁴ en donde muchas de esas realidades se aplican de manera directa en México.

5. Jurisprudencia de Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación adecuada

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") ha desarrollado su jurisprudencia en materia de derechos sociales a través de la interpretación indirecta de varios de los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana"). Tal es el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, en donde consideró que el Estado paraguayo no adoptó las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar a la comunidad el uso y goce efectivo de sus tierras tradicionales y con ello amenazó el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales. Así, la Corte Interamericana resolvió que Paraguay

²⁴ Véanse los Informes anuales del Relator sobre el Derecho a la Alimentación. Relator Especial en: Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler. A/56/210 23 de julio de 2001; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, de conformidad con la resolución 2000/10. E/CN.4/2001/53, 7 de febrero de 2001; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler. A/57/356, 27 de agosto de 2002; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, de conformidad con la resolución 2000/10. E/CN.4/2002/58, 10 de enero de 2002; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler. A/58/330, 28 de agosto de 2003; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler de conformidad con la resolución 2000/10, E/CN.4/2002/58, 10 de enero de 2002; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler de conformidad con la resolución 2000/10, E/CN.4/2004/10, 9 de febrero de 2004; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler. A/59/385, 27 de septiembre de 2004; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, E/CN.4/2005/47, 24 de enero de 2005; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, A/60/350, 12 de septiembre de 2005; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, E/CN.4/2006/44, 16 de marzo de 2006; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, A/HRC/4/30, 19 de enero de 2007; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, A/62/289, 22 de agosto de 2007; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/9/23, 8 de septiembre de 2008; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/64/170, 23 de julio de 2009; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/10/5, 11 de febrero de 2009; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/13/33/Add.2, 28 de diciembre de 2009; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/13/33, 22 de diciembre de 2009; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/65/281, 11 de agosto de 2010; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/16/49, 20 de diciembre de 2010; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/66/262, 29 de agosto de 2011; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/19/59/Add.5, 19 de diciembre de 2011; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/19/59, 26 de diciembre de 2011; *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/67/268, 8 de agosto de 2012.

violó los derechos a la propiedad y a la protección judicial, así como el derecho a la vida ya que privó a la comunidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales. La Corte IDH estableció que Paraguay no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria y consideró que esto afectó:

...el derecho a una vida digna de los miembros de la comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.²⁵

Añadió que:

...las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales, el uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentren están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.²⁶

A nivel de sistemas regionales comparados, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante "Comisión Africana"), al interpretar el artículo 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, señaló en el caso del pueblo Ogoní que el gobierno militar de Nigeria era responsable de, entre otras cosas, violaciones del derecho a la salud, el derecho a disponer de la riqueza y los recursos naturales, el derecho a un medio ambiente limpio y los derechos de familia, debido a que condonaba y facilitaba las operaciones de empresas petroleras en tierras del pueblo Ogoní. La Comisión Africana sostuvo que la omisión del Estado de vigilar las actividades petroleras y de hacer participar a las comunidades locales en las decisiones violaba el derecho del pueblo Ogoní a disponer libremente de su riqueza y sus recursos naturales y que el derecho a la alimentación "está protegido

²⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, párr. 168.

²⁶ *Ibid.*, párr. 167.

por intermedio del derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho al desarrollo económico, social y cultural".²⁷

III. El derecho al agua y el saneamiento en la Constitución mexicana

El derecho al agua se encuentra reconocido en el artículo 4o. constitucional, el cual dice lo siguiente:

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.²⁸

Recientemente, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y del Trabajo del 11o. Circuito, por unanimidad de votos, emitió el amparo directo 740/2011, utilizando como base el Comentario General sobre el derecho al agua del Comité ESCR. El Tribunal Colegiado argumentó que conforme a los principios que sustentan la política hídrica nacional y

...con base en las fracciones I y XXII del artículo 14 Bis 5 de la Ley de Aguas Nacionales, el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.²⁹

²⁷ African Commission on Human and Peoples' Rights. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, comunicación No. 155/96, párr. 64.

²⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de febrero de 2012, artículo 4, párrafo 6.

²⁹ Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10a.), AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1502. Reg. IUS. 2001560.

1. El reconocimiento del derecho al agua y el saneamiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El PIDESC, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, no señalan expresamente el derecho al agua y el saneamiento, pero el Comité ESCR ha expresado que este derecho forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado del artículo 11 del PIDESC.³⁰

Algunos tratados internacionales que reconocen de manera directa o indirecta el derecho al agua y su saneamiento son los siguientes: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer;³¹ el Convenio sobre los Servicios de Salud en el Trabajo;³² la Convención sobre los Derechos de los Niños;³³ la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;³⁴ los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos;³⁵ la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;³⁶ las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos;³⁷ las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad;³⁸ los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad;³⁹ las Directrices Voluntarias en Apoyo a la Realización Progresiva del Derecho a una Alimentación Adecuada en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.⁴⁰

³⁰ Comité ESCR. *Observación General No. 15, El Derecho al Agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/2002/11, de 20 de enero de 2003, párr. 3: "En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado, 'incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados', y son indispensables para su realización. El uso de la palabra 'incluso' indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida, adecuado, en particular porque es una de las condiciones más fundamentales para la supervivencia".

³¹ AGONU. *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*. Resolución 34/180. 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

³² ONU. *Convenio sobre los Servicios de Salud en el Trabajo*. Adoptado en Ginebra por la Organización Internacional del Trabajo el 25 de junio de 1985. Entró en vigor el 17 febrero 1988.

³³ AGONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25. 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

³⁴ AGONU. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Resolución 61/106. 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

³⁵ ONU. *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*. Presentados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los desplazados internos en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 17 de abril de 1998, en su informe E/CN.4/1998/Add.2.

³⁶ AGONU. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Resolución 61/295. 13 de septiembre de 2007.

³⁷ ECOSOC/ONU. *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

³⁸ AGONU. *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*. Resolución 45/113. 14 de diciembre de 1990.

³⁹ AGONU. *Los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad*. Resolución 46/91. 16 de diciembre de 1991.

⁴⁰ ONU. *Directrices Voluntarias en Apoyo de la Realización Progresiva del Derecho a una Alimentación Adecuada en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional*. Adoptadas por el Consejo de la Organización de las Nacio-

De igual forma otros sistemas internacionales se han preocupado por establecer en sus instrumentos internacionales el derecho al agua, por ejemplo, la Carta Árabe de Derechos Humanos, que consagra expresamente la garantía del Estado de suministrar agua potable, y sistemas de saneamiento adecuados. En África también, la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África y el Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales contienen disposiciones expresas respecto al compromiso de los Estados de garantizar el Acceso al Agua; y el Protocolo Adicional a la CADH que señala que se garantizarán los servicios básicos, entre ellos el agua y finalmente la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En Europa, el Protocolo relativo al Agua y la Salud del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de la Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas, que dispone que los Estados partes deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso a agua potable y saneamiento, así como la Carta Social Europea.

2. Definición del derecho al agua y el saneamiento

El derecho al agua se define como el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, asequible para el uso personal y doméstico.⁴¹ Y el derecho al saneamiento se define como el derecho de toda persona a acceder a un servicio de saneamiento adecuado y seguro que proteja la salud pública y el medio ambiente.⁴² Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.⁴³ El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párr. 1 del art. 12)⁴⁴ y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párr. 1 del art. 11).⁴⁵

nes Unidas para la Agricultura y la Alimentación en su 127o. período de sesiones, Roma, 22-27 de noviembre de 2004.

⁴¹ Comité ESCR. *Observación General No. 15, El Derecho al Agua...*, *supra* nota 30, párr. 3.

⁴² ONU. *Directrices para la realización del derecho al agua y saneamiento*. Adoptadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos el 11 de julio de 2005. E/CN.4/Sub.2/2005/25.

⁴³ Comité ESCR. *Observación General No. 15, El Derecho al Agua...*, *supra* nota 30, párr. 2.

⁴⁴ Comité ESCR. *Observación General No. 14 (2000). El Derecho al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/2000/4 de 11 de agosto de 2000, párrs. 11, 12 a), b) y d), 15, 34, 36, 40, 43 y 51.

⁴⁵ Véase el apartado b) del párrafo 8 de la Observación general No 4 (1991). Véase también el *Informe del Relator Especial sobre una Vivienda Adecuada como parte del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado*, Miloon Kothari (E/CN.4/2002/59), presentado de conformidad con la resolución 2001/28 de la Comisión de Derechos Humanos

3. Obligaciones del derecho al agua y el saneamiento

En la Observación General No. 15, el Comité ESCR subrayó que, en virtud del PIDESC, los Estados tienen la obligación de lograr progresivamente la plena realización del derecho al agua. En otras palabras, el PIDESC reconoce que los Estados tienen limitaciones de recursos y pueden requerir tiempo para garantizar el derecho al agua de todas las personas. Algunos componentes del derecho al agua se consideran, pues, sujetos a una realización progresiva. Otros, sin embargo, como la obligación de la No discriminación, son de efecto inmediato y no están sujetos a una realización progresiva.

Los Estados deben cumplir sus obligaciones de derechos humanos de manera no discriminatoria. Están obligados a eliminar la discriminación tanto *de jure* como *de facto* por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, condición de salud o cualquier otra condición, incluida la condición social o económica.⁴⁶ También se encuentran obligados los estados a prestar atención prioritaria a los grupos y a las personas particularmente vulnerables a la exclusión y la discriminación. Según las circunstancias, puede ser necesario que adopten medidas positivas para poner remedio a la discriminación existente.

Si bien no todos los aspectos del derecho al agua pueden hacerse efectivos de inmediato, la Observación General No 15 subraya que los Estados deben, como mínimo, demostrar que están haciendo todo lo posible, dentro de los límites de los recursos disponibles para proteger y promover mejor este derecho. Una de esas obligaciones es la legislativa. El Comité ESCR ha establecido una serie de criterios bastante claros sobre una estrategia o plan de acción nacional para asegurar el ejercicio del derecho al agua, la estrategia

...debe: a) basarse en la normativa y los principios de derechos humanos; b) abarcar todos los aspectos del derecho al agua y las obligaciones correspondientes de los Estados Partes; c) definir objetivos claros; d) fijar objetivos o metas y los plazos para su consecución; e) formular políticas adecuadas, con los niveles de referencia y los indicadores correspondientes. La estrategia también deberá

de la Organización de las Naciones Unidas, de 20 de abril de 2001. En relación con el derecho a una alimentación adecuada, véase el *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler (E/CN.4/2002/58), presentado de conformidad con la resolución 2001/25 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de 20 de abril de 2001.

⁴⁶ Comité ESCR. *Observación General No. 20. La No Discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009.

responsabilizar del proceso a instituciones específicas; determinar los recursos disponibles para alcanzar los objetivos y las metas; asignar debidamente los recursos a las instituciones encargadas; y establecer mecanismos de rendición de cuentas para asegurar la aplicación de la estrategia.⁴⁷

Las obligaciones de los Estados se dividen en tres categorías, a saber, las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar. La obligación de *respetar* exige a los Estados que se abstengan de obstaculizar directa o indirectamente el goce del derecho al agua. De acuerdo con la Observación General 15, la obligación de respetar comprende, entre otras cosas,

...[E]l abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.⁴⁸

La obligación de *proteger*

...[E]xige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua. Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficiente, salubre y aceptable. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema normativo

⁴⁷ Comité ESCR. *Observación General No. 15, El Derecho al Agua...*, *supra* nota 30, párr. 47.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 21.

eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento.⁴⁹

La obligación de *cumplir* se puede subdividir en obligación de facilitar, promover y garantizar.

La obligación de cumplir exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas.⁵⁰

La obligación de *facilitar* exige que los Estados parte adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho. La obligación de *promover* impone al Estado parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua.

Los Estados parte también tienen la obligación de *hacer efectivo* (garantizar) el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. En este sentido la Relatora Especial sobre el derecho al agua y el saneamiento ha señalado que es obligación del Estado

...proporcionar recursos judiciales u otros recursos eficaces apropiados en los planos nacional e internacional en los casos de violación de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el saneamiento. Las víctimas de las violaciones deben tener derecho a una reparación adecuada, que puede consistir en restitución, indemnización, satisfacción y/o garantías de no repetición.⁵¹

⁴⁹ *Ibid.*, párrs. 23 y 24.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 26.

⁵¹ *Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento*, Catarina de Albuquerque. A/HRC/12/24, de 1 de julio de 2009, párr. 64.

4. Elementos Básicos del Derecho al Agua y el Saneamiento

Los elementos del derecho al agua deben ser *adecuados* a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12. Lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. El agua debe tratarse como un bien social, cultural y sostenible, y no fundamentalmente como un bien económico.

La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos (significa que la periodicidad del suministro de agua es suficiente para los usos personales y domésticos). Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica (el "consumo" se refiere al agua destinada a bebidas y alimentos; el "saneamiento" se refiere a la evacuación de las excretas humanas; el agua es necesaria para el saneamiento dondequiera que se adopten medios de evacuación por el agua; la "preparación de alimentos" incluye la higiene alimentaria y la preparación de comestibles, ya sea que el agua se incorpore a los alimentos o entre en contacto con éstos. La "higiene personal y doméstica" se refiere al aseo personal y a la higiene del hogar). La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS).⁵² Según esta institución internacional,

...[S]e requieren entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para cubrir la mayoría de las necesidades básicas y evitar la mayor parte de los problemas de salud. El acceso a 20-25 litros por persona al día representa el mínimo, pero esta cantidad suscita preocupaciones sanitarias, porque no basta para cubrir las necesidades básicas de higiene y consumo. Estas cantidades son indicativas, ya que dependen del contexto particular y pueden diferir de un grupo a otro en función del estado de salud, el trabajo, las condiciones climáticas y otros factores. Las madres lactantes, las mujeres embarazadas y las personas que viven con el VIH/SIDA necesitarán más de 50-100 litros de agua al día.⁵³

De acuerdo con la Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento, la disponibilidad respecto al saneamiento se refiere a que

...[D]ebe haber un número suficiente de instalaciones de saneamiento (con servicios asociados) en el interior, o en las inmediaciones, de cada hogar, institución

⁵² "Basic water requirements for human activities: meeting basic needs", *Water International*, num. 21, pp. 83 a 92.

⁵³ Howard, G. y Bartram, J. *Domestic water quantity, service level and health*, OMS, 2003, p. 22.

educativa o de salud, instituciones y lugares públicos, y el lugar de trabajo. El número de instalaciones de saneamiento debe ser suficiente para asegurar que los tiempos de espera no son excesivamente prolongados. Aunque es tentador tratar de determinar un número mínimo de aseos necesarios para cumplir con el requisito de disponibilidad, tal determinación puede ser contraproducente en términos de derechos humanos. Es fundamental que la evaluación de las necesidades de una comunidad en materia de saneamiento se funde en el contexto, así como las características de determinados grupos que pueden tener necesidades de saneamiento diferentes. En este sentido, y como se dijo antes, la participación es un aspecto esencial en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el saneamiento.⁵⁴

Respecto a *la calidad* del agua, el Comité ESCR ha señalado que el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.⁵⁵

La Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento ha señalado que la calidad respecto a los servicios de saneamiento se refiere a que deben:

...[S]er seguros desde el punto de vista de la higiene, lo que significa que se debe prevenir eficazmente que estén en contacto con excrementos humanos, de animales y de insectos. Las instalaciones sanitarias deben ofrecer acceso a agua no contaminada para el lavado de manos y la higiene menstrual, así como la limpieza anal y de los órganos genitales, y mecanismos para la eliminación higiénica de los productos menstruales. Los servicios de saneamiento también se deben poder utilizar de forma segura desde el punto de vista técnico, lo que significa que la superestructura debe ser estable y el suelo estar diseñado de una manera que reduzca el riesgo de accidentes (por ejemplo, por deslizamiento).⁵⁶

Respecto a la *accesibilidad* el Comité ESCR ha señalado que:

...[E]l agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibi-

⁵⁴ Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones..., *supra* nota 51, párrs. 70-71.

⁵⁵ Comité ESCR. Observación General No. 15, *El Derecho al Agua*..., *supra* nota 30, párr. 12.b.

⁵⁶ Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones..., *supra* nota 51, párrs. 72-73.

lidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) *Accesibilidad física*. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua. ii) *Accesibilidad económica*. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto. iii) *No discriminación*. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. iv) *Acceso a la información*. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.⁵⁷

Por su parte la Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento, ha dicho que

...[L]as instalaciones de saneamiento deben ser físicamente accesibles para todos en el interior, o en las inmediaciones de cada hogar, institución educativa o de salud, instituciones y lugares públicos y lugar de trabajo. Esta posibilidad de acceso físico debe ser fiable, en todo momento del día y de la noche. Las instalaciones sanitarias deberán estar ubicadas en un lugar que asegure que los riesgos para la seguridad física de los usuarios son mínimos. Ello se aplica en particular al camino que conduce a los servicios, que debe ser seguro y cómodo para todos los usuarios, incluidas las personas mayores y con discapacidad, y mantenerse en buen estado. Por otra parte, las instalaciones de saneamiento deben construirse de manera que minimice el riesgo de ataques de animales o personas, en particular para las mujeres y los niños. Las instalaciones de saneamiento deben estar diseñadas de tal manera que permita el acceso físico de todos los usuarios, incluidas en particular, las personas con necesidades de acceso especiales, como los niños, las personas con discapacidad, las personas de edad avanzada, las mujeres embarazadas, los padres que acompañan a los niños, los enfermos crónicos y

⁵⁷ Comité ESCR. *Observación General No. 15, El Derecho al Agua...*, *supra* nota 30, párr. 12.c.

las personas que los acompañan. La evaluación de las necesidades de estos grupos permitiría determinar el tamaño de la entrada, el espacio interior, la colocación de pasamanos u otros mecanismos de apoyo, la posición de la defecación, así como otros aspectos.⁵⁸

Respecto a la *asequibilidad*, el Comité ESCR ha señalado que para garantizar que el agua sea asequible,

...[L]os Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias, entre las que podrían figurar: a) la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas; b) políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo; y c) suplementos de ingresos. Todos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos".⁵⁹

En este mismo sentido, la Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento ha puntualizado que el

...[A]cceso a instalaciones y servicios de saneamiento, lo que incluye la construcción, el vaciado y el mantenimiento de las instalaciones, así como el tratamiento y la eliminación de materias fecales, debe estar disponible a un precio que sea asequible para todas las personas, sin limitar su capacidad de adquirir otros bienes y servicios básicos, como el agua, los alimentos, la vivienda, la salud y la educación, garantizados por los demás derechos humanos.⁶⁰

Es importante mencionar que algunos grupos o personas tienen dificultades particularmente grandes para ejercer su derecho al agua, debido a la discriminación, a la estigmatización, o a ambos factores a la vez. A fin de proteger eficazmente el derecho al agua, es necesario prestar atención a la situación concreta de las personas y los grupos, especialmente de los más vulnerables.

⁵⁸ Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones..., *supra* nota 51, párrs. 75-76.

⁵⁹ Comité ESCR. Observación General No. 15, *El Derecho al Agua*..., *supra* nota 30, párr. 27.

⁶⁰ Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones..., *supra* nota 51, párrs. 79.

Respecto a la *aceptabilidad*, la Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento ha señalado que

...[L]as instalaciones y servicios de saneamiento deben ser aceptables desde el punto de vista cultural. El saneamiento personal sigue siendo un tema muy delicado en las distintas regiones y culturas, y se debe tener en cuenta las perspectivas diferentes acerca de soluciones de saneamiento aceptables, en cuanto al diseño, la localización y las condiciones de uso de las instalaciones. En muchas culturas, las instalaciones sanitarias sólo serán aceptables si garantizan la intimidad. En la mayoría de las culturas, se requerirán instalaciones separadas para hombres y mujeres en los lugares públicos, y para las niñas y los niños en las escuelas. Los aseos de las mujeres deben prever facilidades para atender las necesidades de la menstruación. Las instalaciones deberían permitir las prácticas de higiene aceptables desde el punto de vista cultural, como lavarse las manos y la limpieza anal y genital.⁶¹

5. Jurisprudencia de Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos sobre el derecho al agua y el saneamiento

El precedente esencial en el sistema interamericano es el caso de la comunidad indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay*.⁶² En dicho caso, la Corte Interamericana analizó la situación de una comunidad indígena de la región del Chaco paraguayo, que se vio obligada a salir de sus tierras ancestrales, abandonando las posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de acuerdo a sus tradiciones, viéndose en la imperiosa necesidad de depender casi exclusivamente de las acciones estatales y a vivir en condiciones de miseria. Al analizar la posible violación al derecho a la vida, la Corte Interamericana determinó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad del agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en las que se encontraban. Declaró que el Estado no había brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo de personas:

...[E]l Estado no ha demostrado que esté brindando agua en cantidad suficiente para garantizar un abastecimiento para los mínimos requerimientos. Es más, el

⁶¹ *Ibid.*, párrs. 75-76.

⁶² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Estado no ha remitido prueba actualizada sobre el suministro de agua [...], ni tampoco ha demostrado que los miembros de la Comunidad tengan acceso a fuentes seguras de agua [...]. Por consiguiente, la Corte considera que las gestiones que el Estado ha realizado [...] no han sido suficientes para proveer a los miembros de la Comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades.⁶³

En consecuencia, la Corte IDH recomendó crear un Fondo de desarrollo comunitario como compensación destinando recursos, "para la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, de seguridad alimentaria y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad".⁶⁴

En el caso de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el caso del Centro por el Derecho a la Vivienda contra los Desalojos (COHRE) vs. Sudán,⁶⁵ la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, señaló que "el Estado demandado fue cómplice en el saqueo y la destrucción de alimentos, cultivos y ganado, así como envenenar los pozos y denegar el acceso a fuentes de agua en la región de Darfur",⁶⁶ por lo que dicha instancia internacional recomendó

...rehabilitar la infraestructura económica y social, como la educación, la salud, el agua, los servicios y la agricultura, en las provincias de Darfur a fin de proporcionar condiciones para el retorno seguro y digno de los desplazados internos y refugiados así como establecer un Foro de Reconciliación Nacional para la asignación equitativa de los recursos nacionales a las distintas provincias, [...] resolver los problemas de la tierra, de pastoreo y agua.⁶⁷

Bajo la resolución 7/22 del Consejo de Derechos Humanos se creó el mandato de un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con

⁶³ *Ibid.*, párrs. 195-196.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 323.

⁶⁵ Desde febrero de 2003, tras el inicio de un conflicto armado en la región de Darfur del Sudán, miembros de la milicia llamada *Janjaweed* se dieron a la tarea de desalojar por la fuerza, matar y violar a miles de indígenas negros de la región sin que del Estado interviniera para salvaguardar la vida y la integridad de las comunidades.

⁶⁶ African Commission on Human and Peoples' Rights. *Communications 279/03, Centre on Housing Rights and Evictions vs. The Sudan*. Adopted during the 45th Ordinary Session, held between 13 and 27 May 2009, Banjul, The Gambia, párr. 212.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 229.

el acceso al agua potable y el saneamiento. La señora Catarina de Albuquerque fue designada como la primera experta independiente.

En julio de 2010, la Asamblea General aprobó la resolución 64/292 que "reconoce el derecho al agua potable segura y limpia y el saneamiento como un derecho humano que es esencial para el pleno disfrute de la vida y todos los derechos humanos".⁶⁸ Posteriormente, el Consejo de Derechos Humanos, en septiembre de 2010, en su resolución 15/9 afirmó que este reconocimiento y aclaró que el derecho se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado. En marzo de 2011 se crea la figura de la Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento a través de la resolución 16/2.⁶⁹ La Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento ha emitido varios informes entre los que destacan los siguientes temas, la falta de acceso a los servicios de saneamiento y su relación con otras violaciones de los derechos humanos;⁷⁰ la definición de saneamiento, sus obligaciones y la interrelación que guarda con otros derechos humanos;⁷¹ las obligaciones de derechos humanos y las responsabilidades aplicables en los casos de servicios no estatales de suministro de agua y saneamiento;⁷² la aportación que los derechos humanos, en particular los relacionados con el agua y el saneamiento, pueden aportar una contribución al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio prestando especial atención a la meta 7.C;⁷³ el marco del derecho al agua y el saneamiento para evaluar las buenas prácticas desde la perspectiva de los derechos humanos empleando cinco criterios normativos (disponibilidad, calidad y seguridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad) y cinco criterios comunes (No discriminación, participación, responsabilidad, repercusión y sostenibilidad).⁷⁴

IV. El derecho a la salud

El artículo 4o. constitucional señala que "toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general".⁷⁵

⁶⁸ AGONU. *El derecho humano al agua y el saneamiento*. Resolución 64/292. 3 de agosto de 2010. A/RES/64/292.

⁶⁹ ONU. *El derecho humano al agua potable y el saneamiento*. Resolución 16/2 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 8 de abril de 2011. A/HRC/RES/16/2.

⁷⁰ *Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, Catarina de Albuquerque. A/HRC/10/6, 25 de febrero de 2009.

⁷¹ *Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones...*, *supra* nota 51.

⁷² *Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, Catarina de Albuquerque. A/HRC/15/31. 29 de junio de 2010.

⁷³ *Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, Catarina de Albuquerque. A/65/254, 6 de agosto de 2010.

⁷⁴ *Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones...*, *supra* nota 72.

⁷⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 4 párr. 4.

1. Definición del más alto nivel posible de salud

El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud no cuenta con una definición única como se ha visto en otros derechos, sin embargo diferentes organismos e instituciones, como el Comité ESCR ha señalado que

[E]l derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.⁷⁶

Por su parte, la OMS ha señalado que la salud ha sido definida por la como "[...] un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades".⁷⁷ De igual forma, el Relator Especial sobre el Derecho al más Alto Nivel de Salud, señala que este derecho es un concepto amplio que

...puede desglosarse en derechos más concretos como los derechos a: salud materna, infantil y reproductiva; la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de enfermedades, incluido el acceso a los medicamentos básicos y al acceso al agua limpia y potable.⁷⁸

2. El reconocimiento del derecho al más alto nivel posible de salud en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (artículo 5); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

⁷⁶ Comité ESCR. *Observación General No. 14 (2000). El Derecho al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud...* supra nota 44, párr. 8.

⁷⁷ ONU. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York, de 22 de julio de 1946. Entró en vigor el 7 de abril de 1948, Preámbulo.

⁷⁸ *Informe del Relator Especial del Derecho de toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Sr. Paul Hunt, E/CN.4/2003/58 13 de febrero de 2003, párr. 25.

(artículo 12); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 28); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el Protocolo Adicional a la CADH (artículo 10); y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25).

El PIDESC señala que el derecho al más alto nivel posible de salud no sólo implica el acceso a determinadas acciones o prestaciones por parte del Estado, sino a generar medidas tendientes a asegurar la efectividad plena del derecho. Los Estados parte en el PIDESC reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.⁷⁹

El Comité ESCR en su Observación General No. 14, sobre el disfrute del más alto nivel posible de salud, ha señalado que el derecho a la salud surge como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los factores determinantes de la salud como: acceso al agua limpia y potable y a condiciones sanitarias adecuadas; suministro adecuado de alimentos; una nutrición adecuada; una vivienda adecuada; condiciones sanas en el trabajo y el ambiente; acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva y participación de la población en los procesos de toma de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud.⁸⁰

3. Obligaciones del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud

De acuerdo con la Observación General 13 del Comité ESCR, los Estados parte tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas

⁷⁹ AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos...*, *supra* nota 6, art. 12.

⁸⁰ Comité ESCR. *Observación General No. 14 (2000). El Derecho al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud...* *supra* nota 44, párrs. 57-58.

medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud.⁸¹

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone a los Estados parte tres tipos de obligaciones:

la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas. Esas excepciones deberán estar sujetas a condiciones específicas y restrictivas, respetando las mejores prácticas y las normas internacionales aplicables [...] Los Estados deben abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado, utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano, o limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.⁸²

Las obligaciones de *proteger* incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medi-

⁸¹ Véase la Comité ESCR. *Observaciones Generales 13 (21o. período de sesiones, 1999). El Derecho a la Educación (artículo 13 del Pacto)*. E/C.12/1999/10, de 8 de diciembre de 1999, párr. 43.

⁸² *Ibid.*, párr. 34.

camentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.⁸³

La obligación de *cumplir* requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y

⁸³ *Ibid.*, párr. 35.

el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas. Los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Con tal fin, los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina. Asimismo, los Estados Partes deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.⁸⁴

La obligación de *cumplir (facilitar)* requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de *cumplir (facilitar)* un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. La obligación de *cumplir (promover)* el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes: i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información; ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.⁸⁵

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 36.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 37.

4. Elementos básicos del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud

El Comité ESCR ha establecido que el derecho a la salud comprende los siguientes elementos *esenciales e interrelacionados*, que se reflejan en obligaciones específicas para los Estados, y cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en cada uno de ellos:⁸⁶

- Disponibilidad: se refiere a la obligación de los Estados de garantizar la disponibilidad de infraestructura o establecimientos, bienes y servicios de salud suficientes, cuya naturaleza dependerá de diversos factores, en particular del nivel de desarrollo del Estado.
- Accesibilidad: la infraestructura o establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos y todas. Este elemento se conforma por cuatro dimensiones, a saber: (i) No discriminación, (ii) accesibilidad física, (iii) accesibilidad económica o asequibilidad y (iv) acceso a la información.
- Aceptabilidad: la infraestructura o establecimientos, bienes y servicios de salud deben respetar la ética médica y ser adecuados culturalmente, sensibles al género y a las necesidades de la edad, así como estar diseñados para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas aceptadas.
- Calidad: la infraestructura o establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados científica y médicamente, lo cual requiere, entre otras cosas, personal capacitado, medicamentos no caducos aprobados científicamente, el equipamiento correcto, agua potable y condiciones sanitarias adecuadas.

5. Jurisprudencia de Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud

La Corte Interamericana ha sentenciado a varios Estados latinoamericanos por el derecho a la salud vía interpretación indirecta por los derechos a la vida y a la integridad personal establecidos en los artículos 4o. y 5o. de la Convención Americana, respectivamente. En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, por la muerte del señor Damiao Ximenes Lopes, persona con enfermedad mental, en circunstancias violentas, la Corte IDH señaló que:

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 12.

...[l]os Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posibles, y la prevención de las discapacidades mentales. Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.⁸⁷

Otros instrumentos internacionales señalan expresamente el derecho a la salud, tales como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos (artículo 16), y la Carta Social Europea (artículos 11 y 13).

El Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y Bienestar del Niño condenó a Kenia en el caso Nubians, señalando que la niñez Nubian tiene menos acceso a los servicios de salud en comparación con las comunidades en donde no se encuentra niñez de esta etnia. Existe *de facto* inequidad en su acceso a los servicios de salud disponible y esto es atribuible, en la práctica, a la falta de estatus de ciudadanía en la República de Kenia. Sus necesidades de salud no han sido efectivamente reconocidas y adecuadamente equipadas incluso en el contexto de los recursos disponibles para el cumplimiento del derecho a la salud por el Estado keniano.⁸⁸

El Relator Especial sobre el Derecho al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental en sus informes anuales se ha centrado en: esclarecer las fuentes y el contenido del derecho a la salud, la discriminación y el estigma en relación con este derecho;⁸⁹ el derecho a la salud sexual y reproductiva, examinando la relación que existe entre pobreza y el derecho a la salud, en particular las estrategias de reducción de la pobreza, las enfermedades

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 128-129.

⁸⁸ African Committee of Experts on the rights and welfare of the child. IHRDA and Open Society Justice Initiative (OSJI) (on behalf of children of Nubian descent in Kenya) v Kenya. 22/03/2011. Párr. 62.

⁸⁹ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31. E/CN.4/2003/58, 13 de febrero de 2003.

desatendidas y el derecho a la salud y la prevención de la violencia;⁹⁰ la discapacidad mental y el derecho a la salud;⁹¹ un sistema de salud accesible a todos y los indicadores relacionados con el derecho a la salud;⁹² la salud y el movimiento de derechos humanos;⁹³ los sistemas de salud y el derecho al más alto nivel posible de salud;⁹⁴ el derecho a la salud en el contexto del acceso a los medicamentos y los derechos de propiedad intelectual;⁹⁵ el derecho a la salud y la penalización del comportamiento homosexual, la orientación sexual y la identidad de género, el trabajo sexual y la transmisión del VIH;⁹⁶ el derecho a la salud de las personas adultas mayores;⁹⁷ y el derecho penal y otras restricciones jurídicas que afectan al derecho a la salud sexual y reproductiva,⁹⁸ la salud ocupacional como parte integrante del derecho a la salud⁹⁹ y la obligación del Estado de asegurar una financiación nacional para la salud suficiente, equitativa y sostenible.¹⁰⁰

V. El derecho a la vivienda en la Constitución

La CPEUM en el artículo 4 párrafo 7, establece que "toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo".¹⁰¹ El Poder Judicial ha emitido en últimas fechas un criterio que busca proteger el derecho a la vivienda frente a la rescisión de contratos por falta de pago.¹⁰²

⁹⁰ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31. E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004.

⁹¹ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31. E/CN.4/2005/51, 14 de febrero de 2005.

⁹² *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31. E/CN.4/2006/48, 3 de marzo de 2006.

⁹³ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt. A/HRC/4/28, 17 de enero de 2007.

⁹⁴ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt. A/HRC/7/11, 31 de enero de 2008.

⁹⁵ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/HRC/11/12, 31 de marzo de 2009.

⁹⁶ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/HRC/14/20, 27 de abril de 2010.

⁹⁷ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/HRC/18/37, 4 de julio de 2011.

⁹⁸ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/66/254, 3 de agosto de 2011.

⁹⁹ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/HRC/20/15, 10 de abril de 2012.

¹⁰⁰ *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/67/302, 13 de agosto de 2012.

¹⁰¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 4 párr. 7.

¹⁰² Tesis: XXIV.1o.3 A (10a.), CONTRATO DE CRÉDITO PARA VIVIENDA. AL RESOLVER LAS CONTROVERSIAS RELATIVAS A SU RESCISIÓN POR FALTA DE PAGO DE LAS AMORTIZACIONES CORRESPONDIENTES, LOS TRIBUNALES DEL ESTADO MEXICANO ESTÁN OBLIGADOS A EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1644. Reg. IUS. 2001604. "El derecho a

1. Definición del derecho a una vivienda adecuada

De acuerdo con la opinión del Comité ESCR,

...[E]l derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: "el concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable."¹⁰³

2. El reconocimiento del derecho a la vivienda adecuada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El artículo 11 del PIDESC señala en su párrafo primero: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condicio-

la vivienda es un derecho humano, por lo que los tribunales del Estado Mexicano están obligados a ejercer el control de convencionalidad al resolver las controversias de esa naturaleza, como las relativas a la rescisión de un contrato de crédito para vivienda por falta de pago de las amortizaciones correspondientes y, por ende, la pérdida del inmueble así como de las pagadas. Por tanto, a fin de no resolver de manera rigorista, los Jueces deben examinar la litis natural de manera abierta, o sea, indagar de oficio los motivos de la falta de pago oportuno y poder determinar los que lo justifiquen; de ahí que no deben aplicar sólo las leyes, sino también la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados o convenciones internacionales que mayor extensión tengan en la protección o tutela del mencionado derecho".

¹⁰³ Comité ESCR, *Observación General 4, El Derecho a una Vivienda Adecuada*. (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). E/1991/23 (1991), de 13 de diciembre de 1991, párr. 7.

nes de existencia".¹⁰⁴ El Comité ESCR en su Observación General No. 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, rescató el concepto de vivienda que reconoció la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda adecuada, el cual:

...significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".¹⁰⁵ Por su parte, el Relator Especial sobre el derecho a la vivienda, ha señalado que, "el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a tener y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y con dignidad".¹⁰⁶

Diversos tratados internacionales han incluido en su articulado el derecho a la vivienda como: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 (artículo 21); el Convenio No. 117, de 1962 de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (Artículo 7); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27); el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (artículo 20.2 a); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 43 y 62) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 28).

A nivel regional, el derecho a una vivienda adecuada se encuentra reconocido en el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante (artículo 13); la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano (artículo 20) y la Carta Social Europea (artículo 31). De igual forma, existen resoluciones internacionales en materia del derecho a la vivienda, a través de la interpretación indirecta de los derechos a la privacidad, a la propiedad y al disfrute pacífico de los bienes y el derecho a la protección de la familia, tal es el caso de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea, y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹⁰⁴ ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos..., *supra* nota 6, art. 11.1.

¹⁰⁵ Comité ESCR, *Observación General 4, El Derecho a una Vivienda...*, *supra* nota 103, párr. 7.

¹⁰⁶ *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto*, Miloon Kothari. E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001. párr. 8.

3. Obligaciones del derecho a la vivienda adecuada

La obligación de respetar requiere que los Estados se abstengan de una injerencia directa o indirecta en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada. Por ejemplo, los Estados deben abstenerse de efectuar desalojos forzosos y demoler viviendas; de denegar la seguridad de tenencia a determinados grupos; de imponer prácticas discriminatorias que limiten el acceso de la mujer y su control sobre la vivienda, la tierra y el patrimonio; de transgredir el derecho a la privacidad y la protección del hogar; de denegar la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio a determinados grupos; y de contaminar los recursos hídricos.

La obligación de proteger exige que los Estados impidan la injerencia de terceros en el derecho a una vivienda adecuada. Los Estados deben adoptar legislación u otras medidas para cerciorarse de que los actores privados –verbigracia, los propietarios de viviendas, los promotores inmobiliarios, los propietarios de tierras y las empresas– cumplan las normas de derechos humanos relativas al derecho a una vivienda adecuada. Los Estados deben, por ejemplo, reglamentar los mercados de la vivienda y los arrendamientos de manera de promover y proteger el derecho a una vivienda adecuada; garantizar que los bancos y las instituciones financieras concedan financiación para la vivienda sin discriminación; asegurar que el suministro privado de agua, saneamiento y otros servicios básicos conexos no ponga en peligro su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; velar por que esos servicios no sean suspendidos arbitraria e ilegalmente por terceros; prevenir las prácticas discriminatorias en materia de herencia que afectan el acceso de la mujer y su control sobre la vivienda, la tierra y el patrimonio; asegurar que los propietarios de viviendas no discriminen contra determinados grupos; velar por que los actores privados no lleven a cabo desalojos forzosos.

La obligación de realizar comporta la exigencia de que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo que sean apropiadas para la realización plena del derecho a una vivienda adecuada.

Los Estados deben, por ejemplo, adoptar una política o plan de vivienda nacional que: defina los objetivos de desarrollo del sector vivienda, centrándose en los grupos desfavorecidos y marginados; determine los recursos disponibles para lograr esos objetivos; describa el modo más económico de utilizarlos; exponga las responsabilidades y plazos para la aplicación de las medidas necesarias; dé seguimiento a los resultados; y asegure recursos adecuados para los casos de violaciones.

De conformidad con la obligación de realizar, los Estados también deben, progresivamente y en la medida que se lo permitan los recursos de que disponen, prevenir y solucionar la

carencia de vivienda; proporcionar la infraestructura física necesaria para que la vivienda sea considerada adecuada (este requisito abarca la adopción de medidas para asegurar el acceso universal y no discriminatorio a la electricidad, el agua potable, un saneamiento adecuado, la recogida de basuras y otros servicios esenciales); y asegurar, especialmente por medio de subsidios y otras medidas, una vivienda adecuada a las personas o grupos que, por motivos fuera de su control, no pueden disfrutar del derecho a una vivienda adecuada.

4. Elementos básicos del derecho a la vivienda adecuada

Para el derecho a la vivienda, el concepto de adecuación es particularmente significativo, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del PIDESC. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité ESCR considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes:¹⁰⁷

- *Seguridad jurídica de la tenencia.* La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.
- *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones

¹⁰⁷ Comité ESCR, *Observación General 4, El Derecho a una Vivienda...*, supra nota 103, párr. 8.

sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

- *Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deben crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debe proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.
- *Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.
- *Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o

empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

- *Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.
- *Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.

5. Jurisprudencia de Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos sobre el derecho a la vivienda adecuada

Respecto a la aplicación de la CADH, en el *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, la Corte IDH determinó que los desalojos forzosos y la destrucción de las viviendas habían violado el párrafo 2 del artículo 11, (el derecho de ser libre de toda injerencia arbitraria o abusiva en el hogar) y el artículo 21 (el derecho a la propiedad) de la CADH. La Corte Interamericana consideró que "el efecto que tuvo la destrucción de los hogares fue la pérdida, no sólo de bienes materiales, sino de todo referente social de los habitantes. También declaró que constituyó una injerencia grave, injustificada y abusiva en la vida privada y el hogar de las víctimas."¹⁰⁸

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue interpretada por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso del Centro de acción para los

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 182.

derechos económicos, sociales contra Nigeria donde determinó que el derecho a una vivienda adecuada no estaba reconocido explícitamente en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero

...[E]l resultado de la combinación de las disposiciones que protegen el derecho a disfrutar del mejor estado de salud mental y física que se pueden alcanzar [...] el derecho a la propiedad y la protección que se otorga a la familia, es prohibir la destrucción injustificada de la vivienda, porque cuando esto ocurre se ven adversamente afectados el patrimonio, la salud y la vida de la familia. Por lo tanto, se observa que el efecto combinado de los artículos 14, 16 y 18.1 conducen a la interpretación de que en la Carta está incluido un derecho a la vivienda.¹⁰⁹

En sus informes finales, la Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto ha desarrollado estándares internacionales sobre el estatus jurídico y el contenido del derecho a una vivienda adecuada;¹¹⁰ la carencia de hogar;¹¹¹ los desalojos forzados;¹¹² la actual crisis financiera, económica, y de la vivienda;¹¹³ los mega proyectos y su efecto en el derecho a una vivienda adecuada;¹¹⁴ el acceso al agua y el saneamiento como elementos del disfrute del derecho a una vivienda adecuada,¹¹⁵ las mujeres y el derecho a la vivienda,¹¹⁶ políticas actuales de financiación de la vivienda y sus efectos en el derecho a una vivienda adecuada de las personas que viven en la pobreza.¹¹⁷

¹⁰⁹ African Commission on Human and Peoples' Rights. Communication 155/196, Caso Centre Action for Economic, Social Rights vs. Nigeria (comunicación 155/96), 29 de julio de 2010, párr. 212.

¹¹⁰ Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la vivienda. ..., supra nota 106.

¹¹¹ Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto, Miloon Kothari. E/CN.4/2005/48, 3 de marzo de 2005.

¹¹² Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto, Miloon Kothari. E/CN.4/2004/48, 8 de marzo de 2004.

¹¹³ Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto, Raquel Rolnik. A/HRC/13/20, 18 de diciembre de 2009.

¹¹⁴ Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto, Raquel Rolnik. A/65/261, 9 de agosto de 2010.

¹¹⁵ Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto, Miloon Kothari. E/CN.4/2003/5, 3 de marzo de 2003.

¹¹⁶ Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto, Raquel Rolnik. A/HRC/19/53, 26 de diciembre de 2011.

¹¹⁷ Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto, Raquel Rolnik. A/67/289, 10 de agosto de 2012.

VI. Conclusiones

La CPEUM contempla actualmente la mayoría de los derechos económicos sociales y culturales, es decir, el reconocimiento de derechos en los últimos años ha puesto a la Constitución en una de las más actualizadas en América Latina. No obstante, es importante apuntalar una verdadera forma de aterrizar los contenidos de los derechos humanos que rompa con los viejos esquemas interpretativos que se han venido utilizando en México, a través de las herramientas que brinda el DIDH.

La reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos de junio de 2011 abrieron la posibilidad de que los movimientos sociales, las personas y las organizaciones de la sociedad civil estratégicamente, puedan recurrir ante los tribunales e interponer acciones de amparo para traer a la discusión pública omisiones que han tenido los otros poderes del Estado, por ejemplo la omisión legislativa de la ley del derecho al agua que se establece en el artículo 4o. constitucional.

Del nuevo bloque o parámetro de convencionalidad que se encuentra en la Constitución, se abre la posibilidad de reconocer a los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos exigibles y justiciables, con igual peso y jerarquía que los derechos civiles y políticos. Esperemos que el argumento de los costos no sea un obstáculo para cumplir con esta visión. El debate actual en México refleja un escepticismo interpretativo, esperemos que en un futuro podamos decir que este escepticismo se superó y que los tribunales mexicanos, comprendieron que los derechos económicos, sociales y culturales garantizan un nivel de vida adecuado, tal y como se señala en el artículo 11 del PIDESC.

Finalmente, es importante comprender que el DIDH viene incorporando desde hace varias décadas, una pluralidad de estándares normativos tendentes a promover y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. El Poder Judicial debe adoptar mecanismos de apertura a la deliberación, hacerse llegar de opiniones críticas, el reenvío a los otros poderes, con la finalidad de ir construyendo mejores estándares de vida confrontando la desigualdad que impera en la sociedad mexicana.

Criterios Jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis III.2o..A.29 A. (10a.), VALOR AGREGADO. EL ARTÍCULO 2o.-A, FRACCIÓN I, INCISO B), DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO AL NO ESTABLECER EL BENEFICIO DE LA TASA DEL 0% PARA LOS SUPLEMENTOS ALIMENTICIOS COMO LO HACE RESPECTO DE LOS PRODUCTOS DESTINADOS ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE A LA ALIMENTACIÓN, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2008), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro, XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, p. 2867.
- Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10a.), AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1502. Reg. IUS. 2001560.
- Tesis: XXIV.1o.3 A (10a.), CONTRATO DE CRÉDITO PARA VIVIENDA. AL RESOLVER LAS CONTROVERSIAS RELATIVAS A SU RESCISIÓN POR FALTA DE PAGO DE LAS AMORTIZACIONES CORRESPONDIENTES, LOS TRIBUNALES DEL ESTADO MEXICANO ESTÁN OBLIGADOS A EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1644. Reg. IUS. 2001604.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

- Comité ESCR, *Observación General 4, El Derecho a una Vivienda Adecuada*. (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). E/1991/23 (1991), de 13 de diciembre de 1991, párr. 7.
- Comité ESCR. *Observación General 12, El Derecho a una Alimentación Adecuada* (art. 11). U.N. Doc.E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999.
- Comité ESCR. *Observaciones Generales 13 (21o. período de sesiones, 1999). El Derecho a la Educación* (artículo 13 del Pacto). E/C.12/1999/10, de 8 de diciembre de 1999, párr. 43.
- Comité ESCR. *Observación General No. 14 (2000). El Derecho al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2000/4 de 11 de agosto de 2000.
- Comité ESCR. *Observación General No. 15, El Derecho al Agua* (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2002/11, de 20 de enero de 2003.
- Comité ESCR. *Observación General No. 20. La No Discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009.
- *Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento*, Catarina de Albuquerque. A/HRC/12/24, de 1 de julio de 2009, párr. 64.
- *Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento*, Catarina de Albuquerque. A/HRC/10/6, 25 de febrero de 2009.
- *Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento*, Catarina de Albuquerque. A/HRC/15/31. 29 de junio de 2010.
- *Informe de la Experta Independiente sobre la Cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento*, Catarina de Albuquerque. A/65/254, 6 de agosto de 2010.

- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, de conformidad con la resolución 2000/10. E/CN.4/2001/53, 7 de febrero de 2001.
- *Informe del Relator Especial sobre una Vivienda Adecuada como parte del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado*, Miloon Kothari (E/CN.4/2002/59), presentado de conformidad con la resolución 2001/28 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de 20 de abril de 2001.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler (E/CN.4/2002/58), presentado de conformidad con la resolución 2001/25 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de 20 de abril de 2001.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler. A/56/210 23 de julio de 2001.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, de conformidad con la resolución 2000/10. E/CN.4/2002/58, 10 de enero de 2002.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler. A/57/356, 27 de agosto de 2002.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler. A/58/330, 28 de agosto de 2003.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler de conformidad con la resolución 2000/10, E/CN.4/2004/10, 9 de febrero de 2004.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler. A/59/385, 27 de septiembre de 2004.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, E/CN.4/2005/47, 24 de enero de 2005.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, A/60/350, 12 de septiembre de 2005.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, E/CN.4/2006/44, 16 de marzo de 2006;

- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, E/CN.4/2006/44 16 de marzo de 2006, párr. 22.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, A/HRC/4/30, 19 de enero de 2007;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, A/62/289, 22 de agosto de 2007;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Jean Ziegler, A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/9/23, 8 de septiembre de 2008;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/64/170, 23 de julio de 2009;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/10/5, 11 de febrero de 2009;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/13/33, 22 de diciembre de 2009;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/13/33/Add.2, 28 de diciembre de 2009;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/65/281, 11 de agosto de 2010;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/16/49, 20 de diciembre de 2010;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/66/262, 29 de agosto de 2011;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/19/59/Add.5, 19 de diciembre de 2011;

- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/19/59, 26 de diciembre de 2011;
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/67/268, 8 de agosto de 2012.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31. E/CN.4/2003/58, 13 de febrero de 2003.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31. E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31. E/CN.4/2005/51, 14 de febrero de 2005.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31. E/CN.4/2006/48, 3 de marzo de 2006.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt. A/HRC/4/28, 17 de enero de 2007.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Paul Hunt. A/HRC/7/11, 31 de enero de 2008.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/HRC/11/12, 31 de marzo de 2009.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/HRC/14/20, 27 de abril de 2010.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/HRC/18/37, 4 de julio de 2011.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/66/254, 3 de agosto de 2011.

- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/HRC/20/15, 10 de abril de 2012.
- *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, Anand Grover. A/67/302, 13 de agosto de 2012.
- *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto*, Miloon Kothari. E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001.
- *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto*, Miloon Kothari. E/CN.4/2003/5, 3 de marzo de 2003.
- *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto*, Miloon Kothari. E/CN.4/2004/48, 8 de marzo de 2004.
- *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto*, Miloon Kothari. E/CN.4/2005/48, 3 de marzo de 2005.
- *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto*, Raquel Rolnik. A/HRC/13/20, 18 de diciembre de 2009.
- *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto*, Raquel Rolnik. A/65/261, 9 de agosto de 2010.
- *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto*, Raquel Rolnik. A/HRC/19/53, 26 de diciembre de 2011.
- *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, y sobre el Derecho a la No Discriminación en este Contexto*, Raquel Rolnik. A/67/289, 10 de agosto de 2012.

- African Commission on Human and Peoples' Rights. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, comunicación No. 155/96.
- African Commission on Human and Peoples' Rights. *Communications 279/03, Centre on Housing Rights and Evictions vs. The Sudan*. Adopted during the 45th Ordinary Session, held between 13 and 27 May 2009, Banjul, The Gambia.
- African Commission on Human and Peoples' Rights. *Communication 155/196, Caso Centre Action for Economic, Social Rights vs. Nigeria (comunicación 155/96)*, 29 de julio de 2010.

Derecho a un medio ambiente sano

Gustavo Adolfo ALANIS ORTEGA*

* Es Licenciado en Derecho y LLM por American University. Es Presidente del Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A.C.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Componentes del derecho a un medio ambiente sano*. III. *Protección judicial del derecho a un medio ambiente sano*. IV. *El derecho a un medio ambiente sano en el ámbito internacional*. V. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Derecho a un medio ambiente sano; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Derecho a la protección y conservación; Derecho a la información, consulta y participación; Derecho de defensa; Derecho a la remediación y compensación.

I. Introducción

El párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho de toda persona a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar y que el Estado garantizará el respeto a dicho derecho. Nos encontramos con diversas dificultades en el análisis del derecho al medio ambiente sano, así como en dotarlo de contenido y obtener una definición, lo que de hecho se traduce en una falta de justiciabilidad de dicho derecho.

II. Componentes del derecho a un medio ambiente sano

El derecho a un medio ambiente sano establece mandatos que vinculan expresamente al legislador para expedir leyes que logren el propósito de la norma constitucional estableciendo una línea de actividades al Estado mexicano y, al mismo tiempo, reconoce un derecho de las personas a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar sin establecer una vinculación al legislador para que expida leyes tendientes a garantizar y hacer efectivo ese derecho.

Además, como derecho fundamental tiene diversas aristas o derechos complementarios y los cuales también lo dotan de contenido, que deben observar para su efectiva aplicación

y goce. Por lo tanto, se requiere de diversas actuaciones por parte del Estado y de la ciudadanía, en aras de salvaguardar estas artistas o derechos:

- Derecho de defensa
- Derecho a la protección y conservación
- Derecho de información, consulta y participación
- Derecho a la remediación y compensación, así como a la mejora

Esto es, el derecho humano a un medio ambiente sano significa diversidad de efectos y modalidades, requiere acciones positivas y/o negativas, acciones de abstención, de protección, de información, participación e información, para su debida protección y goce.

Además de esta pluralidad de derechos o aristas, es derecho a un medio ambiente sano es un derecho subjetivo, difuso y es fundamental, y por lo tanto se requieren las vías idóneas de protección jurisdiccional, debe ser entendido como un fin en sí mismo para encaminar las acciones del Estado y de la sociedad, el cual genera obligaciones para el primero de los nombrados y derechos y obligaciones para los segundos.

III. Protección judicial del derecho a un medio ambiente sano

Cabe destacar, que de conformidad con el sistema jurídico nacional y en virtud de su carácter de derecho fundamental, existe la obligación de realizar una interpretación armónica y sistemática con el resto del ordenamiento, de los derechos humanos e instrumentos internacionales, siempre teniendo presente la fuerte vinculación y relación que existe entre los derechos fundamentales y la correspondencia y reciprocidad de unos con otros.

Nuestro máximo Tribunal Constitucional señala que el derecho a un medio ambiente sano, como derecho fundamental y garantía individual consagrada el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se debe entender como un poder de exigencia y un deber de respeto *erga omnes* a preservar el entorno ambiental. Esto es, la no afectación ni lesión y, al mismo tiempo como la obligación correlativa de las autoridades de vigilancia, conservación y garantía de que sean atendidas las regulaciones pertinentes. Continúa señalando que dicho derecho

...consagra el derecho subjetivo que tiene todo individuo a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Asimismo, la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al medio ambiente en el territorio

nacional está regulada directamente por la Carta Magna, dada la gran relevancia que tiene esta materia. En este sentido, la protección del medio ambiente y los recursos naturales es de tal importancia que significa el "interés social" de la sociedad mexicana e implica y justifica, en cuanto resulten indisponibles, restricciones estrictamente necesarias y conducentes a preservar y mantener ese interés, precisa y puntualmente, en las leyes que establecen el orden público.¹

De lo anterior se advierte, nuevamente, que el derecho de las personas a un medio ambiente sano, implica el adecuado uso y explotación de los recursos naturales, la preservación y restauración del equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable, la necesidad de proteger los recursos naturales y la preservación y restauración del equilibrio ecológico, los cuales principios fundamentales y presupuesto fundamental para el disfrute y ejercicio de los demás derechos, en virtud de la íntima vinculación con otros principios y valores fundamentales, los cuales además, ayudan a dotar de contenido y a interpretar sistemática, coordinada y complementaria.

IV. El derecho a un medio ambiente sano en el ámbito internacional

En el ámbito internacional, México ha asumido compromisos en relación al desarrollo y establecimiento de normatividad enfocada al derecho a un medio ambiente sano y se ha caracterizado por adoptar una posición fomentadora de la protección y preservación del medio ambiente en varios espacios y foros internacionales cuyos objetivos y metas se encaminan a garantizar su goce y pleno ejercicio.

Desde la Conferencia de Estocolmo de 1972, se debatieron los problemas ambientales vinculando al medio ambiente y al hombre, por lo que fue convocada bajo el título oficial de Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano. De esta Conferencia surgió el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el cual, se dio la tarea de cooperar con los países miembros para resolver los problemas de contaminación, tanto regionales como subregionales y nacionales, en los terrenos técnico y económico-social.

Posteriormente, en 1984, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, con el objeto de analizar y documentar la

¹ Tesis: I.4o.A.447 A (9a.), MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. CONCEPTO, REGULACIÓN Y CONCRECIÓN DE ESA GARANTÍA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXI, Enero de 2005, p. 1799. Reg. IUS. 179544.

vinculación esta relación y en 1987, en el Informe Brundtland, se plantea por primera vez el tema del desarrollo sostenible, que constituye un importante antecedente de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992 (primera Cumbre de la Tierra) donde se trató la relación entre medio ambiente y desarrollo, y donde se asumió el desarrollo sustentable como objetivo de las naciones, dando como resultado el establecimiento de una serie de principios que al día de hoy, rige e influye el sistema jurídico mexicano en materia de protección al ambiente. De tal suerte, que podemos mencionar entre los más importantes de la Declaración de Río, los siguientes:

PRINCIPIO 10.- El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones...

... Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

PRINCIPIO 11.- Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican...

PRINCIPIO 13.- Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

PRINCIPIO 16.- Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público...

En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" establece en su artículo 11 el Derecho a un Medio Ambiente Sano, estableciendo que "1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente."

En virtud de lo anterior y en concordancia con el artículo 4o. constitucional, el Estado tiene la obligación de garantizar dicho derecho al ser, sin duda, un derecho humano fundamental, y presupuesto para el disfrute y ejercicio de otros derechos.

En este contexto, el derecho al medio ambiente sano, no solo incluye los derechos y obligaciones del Estado y de los ciudadanos, tampoco se trata solamente de actuaciones de hacer o de no hacer, sino que también se tiene que tener en cuenta a los propios recursos naturales y los servicios ambientales que éstos brindan, que al ser parte del bien jurídico tutelado, son los receptores de las acciones y programas que se emprendan, así como de la propia legislación que vela por su conservación y protección.

El gobierno mexicano tiene la obligación de garantizar el derecho a un medio ambiente sano y que se cumplan y garanticen todas las aristas o derechos antes señalados, pero también se requiere un acceso efectivo de la ciudadanía a los tribunales que impartan justicia en materia ambiental para exigir el cumplimiento de su derechos y buscar que los responsables contribuyan y solventen los recursos necesarios para revertir los daños causados.

La necesidad de tener un sistema eficaz de protección del derecho a un medio ambiente sano obedece al reclamo social de participación directa no solo para la tutela del ambiente sino para responsabilizar a todos aquellos que vulneran dicho derecho, por lo que requiere del acceso efectivo a los tribunales, además de ser un exigencia planteada en la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, celebrada en el 2002 en cuya Declaración se señaló que el

... poder y un proceso judiciales independientes son decisivos para la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental, y que los miembros del poder judicial, son asociados imprescindibles para promover el cumplimiento, la ejecución y la aplicación coercitiva del derecho ambiental internacional y nacional.

Nuestro sistema jurídico reconoce y retoma que el bien jurídico que se protege es la calidad del ambiente y el derecho del hombre a una vida saludable y productiva en armonía con la

naturaleza, se incorporan al marco jurídico nacional principios internacionales ya aceptados y se fortalece la participación ciudadana y se permite al estado cumplir con la garantía constitucional que tiene todo individuo a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, y es creciente la preocupación de la sociedad por el daño que día a día se inflige al ambiente, pero no es suficiente, existe una demanda social de participación directa en la tutela del ambiente, que requiere del acceso efectivo y sin intermediación a los tribunales del Poder Judicial, así como la participación activa de éste en la resolución de los conflictos ambientales.

V. Conclusiones

El medio ambiente el elemento indispensable para la conservación de la especie humana, es necesario reconocer su carácter colectivo pues se trata de un bien público cuyo disfrute o daños no sólo afectan a una persona, sino a la comunidad en general. Por lo cual, su defensa y titularidad debe ser reconocida en lo individual y en lo colectivo.

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el deber que tenemos de conservar el medio ambiente para las presentes y futuras generaciones, asumiendo un compromiso para evitar el daño ambiental, atendiendo a los principios de prevención del daño y deterioro ambiental.

La calidad de vida y la salud de las personas, incluida su supervivencia, dependen del acceso al agua y el ambiente sano como su escenario de desarrollo, por lo que su escasez y su deterioro son una amenaza real para el hombre.

El reconocimiento Constitucional del derecho a un medio ambiente sano para nuestro desarrollo, es el avance más significativo que en materia ambiental ha tenido el orden jurídico nacional, sin embargo, nos encontramos todavía con diversas limitantes, por las que corre el peligro de quedar sólo en una norma "programática".

El derecho a un medio ambiente sano que se integra a los llamados Derechos de Tercera Generación, también denominados "nuevos derechos", los que además protegen bienes tales como el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho a la autodeterminación, la defensa del patrimonio genético de la especie humana, entre otros.

Con la reforma realizada el 8 de febrero de 2012, se sustrajo la subjetividad de "adecuado" que dificultaba su certeza y daba pie a la incertidumbre impidiendo establecer parámetros para determinar el contenido de condiciones adecuadas para el desarrollo y bienestar. Al sustituir "adecuado" por "sano" se provee al derecho fundamental de un contenido jurídico y se

puede determinar que las condiciones ambientales de un ecosistema influyen directamente en la salud de quienes lo habitan.

El Estado, con la participación solidaria de la ciudadanía, debe contar con políticas públicas, que permitan prevenir y mitigar la degradación ambiental y considerando que el concepto de salud no se encuentra concebido como la ausencia de enfermedad o incapacidad en el individuo, sino como un estado de completo bienestar físico, mental y social, bajo este contexto, resulta totalmente procedente la reforma realizada.

Garantizar el ejercicio pleno de este derecho y su tutela jurisdiccional, es un hecho que se considera necesario y se ha fortalecido dicha disposición otorgándole un carácter coactivo y la fuerza que toda norma jurídica debe tener.

Si bien el principal responsable de garantizar este derecho debe ser el Estado; sin embargo, la preservación y restauración del medio ambiente es un asunto de interés público, cuyo cumplimiento requiere que exista una responsabilidad solidaria y participativa aunque diferenciada entre el Estado y la ciudadanía. Se otorgan derechos, así como responsabilidades y sanciones en favor de los gobernados para quien provoque daño ambiental, lo que fortalece la labor del Estado, por lo que de hecho se establece una corresponsabilidad entre la ciudadanía y el Estado en las acciones dirigidas al cuidado del medio ambiente.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis: I.4o.A.447 A (9a.), MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. CONCEPTO, REGULACIÓN Y CONCRECIÓN DE ESA GARANTÍA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXI, Enero de 2005, p. 1799. Reg. IUS. 179544.

Derechos de niñas, niños y adolescentes

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ*

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO: I. *Introducción: Algunas dificultades en relación con los derechos de niñas y niños.* II. *Los Tratados de Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes.* III. *El Interés Superior del Niño.* IV. *El Derecho a la No Discriminación.* V. *El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.* VI. *El derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones.* VII. *Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; reforma constitucional; derechos humanos; tratados internacionales; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Comité de los Derechos del Niño; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; interés superior del niño y niña; no discriminación.

I. Introducción: Algunas dificultades en relación con los derechos de niñas y niños

La lectura del artículo 4o. constitucional debería dejar a cualquiera sorprendido, pues, además de ser una especie de "cajón de sastre" en el que se han introducido otros derechos que nada tienen que ver entre sí, los párrafos 6, 7 y 8 se refieren a un grupo de individuos cuya característica distintiva es simplemente la edad. Y resultaría extraño también porque, por una parte, algunos derechos enunciados se encuentran reconocidos en otros artículos constitucionales —como son salud¹ y educación—,² pero además se dirige a un grupo específico de personas. El artículo 1 constitucional señala, a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "la Constitución" o "CPEUM"), ¿Por qué entonces el artículo 4o. establece estas distinciones? ¿Será que las niñas y niños no son personas —o, como decía el texto anterior, individuos—? ¿Por qué, si se prohíbe la discriminación por motivos de edad expresamente en el artículo 1, se hace esta separación en el artículo 4o.?

¹ El derecho a la salud se reconoce en el párrafo 3 del mismo artículo 4: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud."

² El derecho a la educación está contenido en el artículo 3 constitucional.

Pese a lo anterior, a prácticamente ninguno de los lectores e intérpretes de la Constitución le causa extrañeza la redacción de los párrafos 6, 7 y 8 del artículo 4o. constitucional. Incluso se aprobó una reforma a esta disposición que introduce el "interés superior de la niñez"³ cuando esto era absolutamente innecesario a partir de la reforma de 10 de junio que incorpora los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CRC) a la protección constitucional, como se explicará más adelante. Lo anterior es la muestra de algunas dificultades relacionadas con la comprensión de los derechos de niñas y niños y la necesidad de recurrir a los principios para su adecuada interpretación en el ámbito jurídico mexicano.⁴ Por ello es necesario analizar lo que subyace en el fondo de esta forma de reconocer e interpretar los derechos de niñas y niños.

Desde las primeras declaraciones de derechos, especialmente con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia a finales del siglo XVIII, se estableció como valor fundamental la autonomía. Por esta razón quedaron excluidos, en un primer momento, quienes se suponía no tenían la capacidad para el ejercicio de las libertades, como era el caso de las mujeres, las niñas y niños, los esclavos o quienes no tenían una propiedad.⁵ Durante los dos siglos posteriores se dio un proceso de universalización de los derechos, concediéndose un especial valor a la igualdad, que tuvo como consecuencia la incorporación de otros titulares, pero el modelo, sustentado en el valor de la autonomía, continuó siendo la base para el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos. Esto significa que el modelo no varió, sino que se reconocieron a otros actores que podían responder a éste, es decir, se consideró que, por ejemplo las mujeres y las personas pertenecientes a minorías étnicas, podían actuar con autonomía.

En el caso de niñas y niños, en contraste, nunca se ha aceptado, ni cultural ni jurídicamente, esta capacidad para actuar de forma independiente. Muestra de ello es que los códigos civiles –tanto el federal como los estatales y del D.F.– establecen que los "menores de edad" tienen "incapacidad natural y legal".⁶ Dejando de lado la discusión sobre esta disposición y

³ Es importante aclarar que la reforma al artículo 4 constitucional fue acompañada de una modificación a la fracción XXIX-P del artículo 73, que reconoce la competencia al Congreso de la Unión para legislar en materia de infancia. La reforma al artículo 73 era muy necesaria, no así la reforma al artículo 4.

⁴ Cabe mencionar que esta situación no es exclusiva de México, sino que en general, en todos los países hay una dificultad para comprender adecuadamente los derechos del niño. En este sentido, tanto la legislación como la jurisprudencia internacionales son de gran utilidad.

⁵ En la Declaración francesa se requería, para ser titular de los derechos, ser varón, adulto y propietario, esta última característica para ser considerado ciudadano, pues se consideraba que quien no tenía una propiedad dependía de alguien más y por ende no podía ser autónomo.

⁶ Llama la atención que, en un sistema jurídico tan positivista como el mexicano se vincule un hecho "natural" con una consecuencia jurídica. Por otra parte, es importante decir que lo que se asume tan notoriamente como "natural" siempre debe ser motivo de sospecha, como puede desprenderse de algunas lecciones de la historia,

sus cuestionamientos, es importante comprender que este conjunto de creencias y concepciones es la base de la construcción del sistema jurídico y la razón por la cual a pocos ha causado desconcierto la redacción del artículo 4o. y la exclusión de ciertos derechos reconocidos en la Constitución y en otros tratados y leyes a las personas durante la minoría de edad.

Otro aspecto fundamental para comprender los derechos de niñas y niños, es que, a diferencia de otros titulares, no tienen derecho a la renuncia en su ejercicio. En la mayoría de los derechos consagrados constitucionalmente—incluidos los contenidos en los tratados— se presupone que la capacidad para desistir de su ejercicio forma parte del contenido mismo del derecho. Así, por ejemplo, la libertad de expresión de una persona adulta supone que puede decir lo que piensa con las únicas limitaciones contempladas por la ley o, por el contrario, decidir no expresar su opinión. En el caso de las personas menores de edad, la mayoría de los derechos se configuran como "derechos obligatorios", es decir, no hay posibilidad de renunciar a su cumplimiento. Casos que ilustran esta característica son el derecho a la educación (obligación de asistir a la escuela), a la salud (incapacidad del niño para renunciar a recibir las vacunas) o a la alimentación.

Para la adecuada comprensión del artículo 4o., resulta útil también conocer la trayectoria del reconocimiento de los derechos de niñas y niños en la CPEUM. La primera mención que se hace en la Constitución sobre los derechos de las personas menores de edad es en la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de marzo de 1980, como resultado del Año Internacional del Niño proclamado por la Organización de las Naciones Unidas (en adelante "la ONU") en 1979:

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.

Posteriormente, y a raíz de la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se reforma nuevamente el artículo, reconociendo la insuficiencia de la redacción de 1980. Por primera vez aparece el concepto "niñas y niños" además de que se incorporan algunos derechos, se establece la obligación en su garantía de padres, tutores, custodios y subsidiariamente del Estado y se hace mención a la dignidad de la niñez.

especialmente si ello es motivo para la negación o limitación de los derechos. En el caso de las mujeres, la restricción de los derechos ciudadanos estuvo durante siglos, sustentada en supuestas condiciones y características "naturales". Otras formas de negación de derechos sustentadas en una supuesta condición "natural" son la esclavitud o la eugenesia.

La siguiente gran reforma, curiosamente, no se refiere directamente al artículo 4o., sino que se produce con la modificación al artículo 1 constitucional, especialmente en lo que se refiere al reconocimiento de la jerarquía de los tratados de derechos humanos. No resulta exagerado sostener que, si en alguna materia se produjo una gran transformación, fue precisamente en el régimen jurídico de los derechos humanos de las personas menores de edad, pues se incorpora a la protección constitucional los derechos de la CRC, con 54 artículos y una protección mucho más extensa que la contenida en el artículo 4o.

Sin embargo y pese a que, como se ha mencionado, el artículo 1 modifica el marco jurídico relativo a niñas y niños en México, el 12 de octubre se publicó una reforma a los artículos 4o. y 73 constitucionales. La actual redacción del artículo 4o. establece que se velará por el "interés superior de la niñez" y se impone la obligación de observar este principio en las políticas públicas dirigidas a la niñez:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

Por su parte, el artículo 73 faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de infancia:

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

La adición de la fracción XXIX-P al artículo 73 es de gran relevancia y contribuye a la consolidación de la reforma en materia de derechos humanos, pues una de las lagunas que durante mucho tiempo hizo inaplicable la Convención sobre los Derechos del Niño y, los derechos de niñas y niños en México era precisamente la falta de una atribución, de una facultad expresa al Congreso de la Unión para *expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los*

Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescente. El reto ahora será que efectivamente el Congreso de la Unión asuma su función y expida las leyes necesarias para garantizar los derechos.

En contraste, la reforma al artículo 4o. sorprende, debido a que la incorporación del concepto de "*interés superior de la niñez*" era absolutamente innecesaria con la reforma del artículo 1. Pero además, es un indicio negativo también porque deja intocado el reducido listado de derechos que reconocía desde 2000, poniendo de manifiesto que no se han asumido –probablemente ni siquiera se tiene noción de– las obligaciones mínimas establecidas por los tratados internacionales y los efectos del reconocimiento de su jerarquía constitucional.

Muestra de ello es, precisamente, la permanencia de la restringida relación de derechos de niñas y niños, perdiéndose una oportunidad histórica de plasmar en la Constitución un marco jurídico acorde con los instrumentos internacionales.⁷ Ello podría constituir una muestra de que no se han comprendido los derechos de niñas y niños a la luz de la reforma constitucional. Es importante mencionar en este punto que hay muchas evidencias para afirmar que aún hace falta una gran transformación política, cultural y social para el reconocimiento real –y no solo aparente– de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos.

Por estas razones y dado que es éste y no otro el marco jurídico con el que contamos para este grupo de personas, es indispensable conocer e interpretar adecuadamente los principios que hasta ahora han sido identificados y explicados por los órganos internacionales de derechos humanos, así como por los órganos de impartición de justicia mexicanos.

II. Los Tratados de Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes

Como se ha mencionado, la reforma al artículo 1o. constitucional modificó drásticamente el sistema de protección constitucional para niñas, niños y adolescentes al incorporar los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El tratado fundamental en la materia

⁷ Es importante señalar que se presentaron algunas propuestas integrales de reforma en materia de derechos humanos que contemplaban el reconocimiento y protección de los derechos de niñas y niños, una de ellas fue la planteada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que puede ser consultada en la siguiente dirección electrónica. Disponible en: <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/propuestareformaconst.pdf> (20 de junio de 2013). Para una reflexión sobre los contenidos de una reforma constitucional en materia de derechos de niñas y niños puede consultarse: González Contró, Mónica; "La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México, año 2009, núm. 20, enero-junio, pp. 239-253.

es la Convención sobre los Derechos del Niño, que se complementa con algunos tratados vinculados a ella que conforman el marco internacional de protección a los derechos de las personas durante la infancia y la adolescencia.

Es importante señalar que en el ámbito interamericano no existe un tratado específico dirigido a las personas menores de 18 años de edad, razón por la cual, en sus resoluciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") invoca la Convención sobre los Derechos del Niño como fundamento jurídico de los derechos de niñas, niños y adolescentes. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") se limita a establecer en el artículo 19 que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

La Corte IDH ha reiterado en diversas resoluciones que tanto la CADH como la CRC forman parte del *corpus iuris* de protección internacional⁸ y se ha pronunciado sobre las obligaciones de los Estados derivadas de estos tratados. También señala que niñas y niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.⁹

Algo similar ocurre en el ámbito interno, pues, pese a que hay legislación nacional sobre derechos de las niñas y niños, los órganos jurisdiccionales, especialmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "la Suprema Corte"), fundamenta con frecuencia las resoluciones en las que se involucran derechos de niñas o niños en las disposiciones de Convención sobre los Derechos del Niño y utiliza también en su argumentación las observaciones del Comité de los Derechos del Niño (en adelante "Comité CRC"). Por esta razón, la Primera Sala había interpretado, aún antes de la reforma al artículo 1 constitucional de 2011, que los derechos fundamentales del niño no eran exclusivamente los reconocidos en el artículo 4o., sino que debía entenderse este precepto a la luz de los tratados internacionales y de lo que los órganos encargados de interpretar estos tratados habían dicho al respecto.¹⁰

⁸ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02*, del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

¹⁰ Ejecutoria: 1a./J. 20/2011 (9a), CONTRADICCIÓN DE TESIS 115/2010. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO Y EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, p. 129. Reg. IUS. 22876. *La primera cuestión que hay que aclarar es cuáles son los derechos de los niños protegidos por la Constitución. Aunque el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido en tal artículo constitu-*

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante "la Asamblea" o la "Asamblea General de la ONU") en 1989¹¹ y ratificada por el Estado mexicano en 1990.¹² Este tratado internacional tiene 54 artículos en los que se reconocen un catálogo amplio de derechos que incluye algunos que no están reconocidos en la Constitución como el derecho a la identidad, libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión, libertad de asociación, protección de la vida privada, acceso a la información, derecho al juego, a la protección en contra de la explotación, entre otros. Del mismo documento se desprenden ciertos principios de interpretación, como se explicará más adelante.

La Convención sobre los Derechos del Niño se complementa con dos protocolos facultativos, que también han sido ratificados por México:¹³ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹⁴ y Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.¹⁵

La misma CRC, al ser un instrumento jurídicamente vinculante, prevé los medios de supervisión para su cumplimiento. En el artículo 43 se contempla la creación del Comité CRC, integrado por dieciocho expertos internacionales, que tiene como función examinar los progresos

cional, debe precisarse que los derechos fundamentales de los niños no son exclusivamente los enumerados expresamente en ese precepto. En efecto, uno de los objetivos declarados de dicha reforma fue adecuar el marco constitucional mexicano a los tratados internacionales en materia de derechos del niño, firmados y ratificados por nuestro país. Por esa razón, cualquier interpretación que se haga del artículo 4o. constitucional tiene que hacerse a la luz de las normas de derecho internacional en materia de derechos del niño y los criterios de los distintos órganos encargados de su interpretación.

¹¹ El primer antecedente en el ámbito internacional sobre los derechos de niñas y niños es la Declaración sobre los Derechos de Ginebra de 1924 de la Sociedad de Naciones, seguida por la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 y finalmente la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la ONU.

¹² La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 tras diez años de trabajo. La iniciativa, promovida por Polonia, originalmente pretendía simplemente dar a la Declaración de 1959 el carácter de convención y establecer ciertos mecanismos para su implementación, sin embargo, el proyecto se convirtió en la elaboración de un instrumento distinto y con una concepción novedosa del niño y de sus derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por México el 21 de septiembre de 1990; entró en vigor para nuestro país el 21 de octubre de 1990 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

¹³ En materia de justicia para adolescentes hay otros instrumentos internacionales, aunque éstos, por su naturaleza, no son ratificados por los Estados: Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil, también llamadas Reglas de Beijing (28 de noviembre de 1985); Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (14 de diciembre de 1990); y Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como Directrices de Riad (14 de diciembre de 1990).

¹⁴ AGONU. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Resolución A/RES/54/263. 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002.

¹⁵ AGONU. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*. Resolución A/RES/54/263. 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

de los Estados partes en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los protocolos facultativos. Para ello, el artículo 44 obliga a los Estados a presentar informes periódicos, sobre los cuales el Comité emite un documento con Observaciones Finales, señalando los avances y los rubros en los que existe aún alguna deficiencia.

Además de las observaciones a los informes presentados por los Estados, el Comité CRC emite Observaciones Generales, derivadas del Día de Debate Anual que se celebra en Ginebra. En éstas interpreta diversos artículos de la Convención, para determinar sus alcances.¹⁶ Una de las más relevantes, para comprender este tratado internacional, es la Observación General 5, Medidas generales de aplicación de la CRC. En este documento el Comité CRC señala la necesidad de una perspectiva basada en los derechos del niño para garantizar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la base de los principios generales identificados por este órgano: **interés superior del niño**, no discriminación, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones.

El Comité CRC subraya la importancia, para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la CRC, de garantizar que los derechos, tanto los económicos, sociales y culturales como los civiles y políticos, puedan ser invocados directamente ante los tribunales y la exigencia de que pueda ser asegurada su reparación en casos de violación.¹⁷

Estos principios generales resultan indispensables para la comprensión de los derechos de niñas, niños y adolescentes, especialmente por las dificultades descritas anteriormente, vinculadas con el reconocimiento de la titularidad y especialmente el ejercicio que se presentan para las personas menores de edad. La condición de "derechos obligatorios" y la "incapacidad natural y legal" hacen particularmente relevante la adecuada interpretación de la Convención de los Derechos del Niño y de la Constitución. Por esta razón, se entrará al análisis del significado y alcances de cada uno de estos principios.

¹⁶ El Comité CRC ha emitido observaciones generales durante los últimos 10 años sobre los siguientes temas: educación, instituciones de derechos humanos, VIH sida, salud de los adolescentes, medidas generales de aplicación de la Convención, menores no acompañados, primera infancia, castigo corporal, niños con discapacidad, justicia de menores, el derecho a ser oído y a ser protegido en contra de cualquier forma de violencia. Las observaciones del Comité pueden ser consultadas en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm> (20 de junio de 2013).

¹⁷ Comité CRC, *Observación general No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. CRC/GC/2003/5. artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44, 2003, pp. 8 y 9.

Los principios generales han sido también reconocidos en el ámbito interno por la Primera Sala al resolver la Contradicción de tesis 47/2006 en donde vincula los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño con la dignidad humana:

Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

III. El Interés Superior del Niño

Sin duda alguna el principio del interés superior del niño es el más conocido y utilizado, tanto en la legislación como en la aplicación de los derechos de niñas y niños, sin embargo, su formulación abierta tiene el riesgo de ser interpretado de muy diversas maneras. También se advierte, incluso en algunas resoluciones judiciales, que su recurrente utilización lo ha convertido en una especie de "fórmula mágica" vacía que justifica cualquier argumentación. Parecería que simplemente con invocar el "interés superior del niño" se están protegiendo sus derechos. Nada más lejos de una adecuada comprensión de los derechos, por ello es necesario entrar a su análisis con base en lo establecido por los instrumentos internacionales, la ley y la jurisprudencia.

El principio de interés superior del niño está reconocido en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño que obliga a los Estados a aplicarlo en todas las medidas concernientes a niñas y niños:

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El Comité CRC ha señalado, respecto de este principio, que implica la adopción de medidas activas por parte de todas las autoridades, así como el estudio sistemático de cómo los

derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten. Es decir, el principio debe interpretarse de la manera más amplia, no solamente en lo que tradicionalmente se ha entendido que atañe a la niña o niño.

El "interés superior del niño" aparece en otras disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño (artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40), así como en el artículo 4o. constitucional (recién reformado) y el artículo 18 en lo relativo a la justicia para adolescentes. Otras leyes mexicanas, en especial la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, resaltan la importancia de este principio.

Por otra parte, ha sido interpretado también como la formulación de un derecho de prioridad de niñas y niños frente a los adultos. Esto supone que si se encuentran en conflicto el derecho de una persona mayor de edad frente al derecho de una persona menor de edad, el segundo debe desplazar al primero.

Es importante destacar que la Convención de los Derechos del Niño otorga un valor distinto al interés superior en materia de adopción. En efecto, mientras que en el artículo 3 señala que será "una consideración primordial", en el artículo 21 establece que en materia de adopción los Estados deben velar por que el interés superior del niño será "la consideración primordial". Esta aclaración resulta pertinente dado que es fundamental para los ejercicios de ponderación que en muchas ocasiones exige la aplicación de los derechos de niñas y niños, pues la fuerza que reconoce a la prioridad en materia de adopción es mucho mayor que en otros asuntos que afectan también la vida de los niños.¹⁸

La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* señala que este principio se funda en el reconocimiento mismo de la dignidad del niño. Asimismo, ha reiterado en diversas jurisprudencias que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la CRC cuando el caso se refiera a menores de edad.¹⁹

¹⁸ Así lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los argumentos de la sentencia correspondiente a la Ejecutoria: P. XIX/2011 (9a), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010. PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 991. Reg. IUS. 22553: *Es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante u adoptantes, dada precisamente, esa protección constitucional especial de los niños y niñas* (p. 131 párr. 314).

¹⁹ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 13; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

La Corte IDH ha argumentado que las medidas especiales de protección a las que hace referencia el artículo 19 de la CADH deben comprenderse en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial en lo referente a no discriminación, niños privados de su medio familiar, garantía de supervivencia y desarrollo, derecho y reinserción social de los niños víctimas de explotación o abandono.²⁰

Por otra parte, este tribunal valora también que las violaciones a los derechos humanos, cuando las víctimas son menores de edad, revisten una gravedad especial, ya que sus derechos son reconocidos no sólo en la CADH, sino también en la CRC y otros documentos ampliamente reconocidos por la comunidad internacional.²¹ En la protección de estos derechos rige el principio del "interés superior del niño"²² y la obligación del Estado de garantizar el acceso a todo lo necesario para su desarrollo.

La Corte IDH ha destacado también que una niña o niño puede ser considerado víctima aún a pesar de no haber experimentado personalmente la violación a los derechos humanos, sino como consecuencia del sufrimiento y algunos cambios, por ejemplo, en el caso de niños indígenas desplazados por violaciones a los derechos de sus padres.²³ En este sentido, se sostiene la obligación del Estado respecto de garantizar que los niños indígenas puedan vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma.²⁴

En lo que respecta a ejecuciones extrajudiciales, se ha reconocido también una obligación especial del estado. En este sentido, la Corte Interamericana ha añadido que en casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales, las autoridades de un Estado deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, una vez que tengan conocimiento del hecho. Dicha obligación debe materializarse de un modo particular cuando se tratare de una ejecución extrajudicial de un niño, dada su condición de vulnerabilidad inherente, especialmente si éste se encuentra bajo la custodia o tutela del Estado.²⁵

y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr. 164; Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 408; Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 184.

²⁰ Corte IDH. *Caso de las "Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra* nota 20, párrs. 195-196; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152, párr. 114.

²¹ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 21, párr. 113; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 244; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 162.

²² Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 163.

²³ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 138.

²⁴ Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 167.

²⁵ Corte IDH *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párr. 177.

El interés superior del niño ha sido el principio más ampliamente desarrollado por la Suprema Corte, en concreto por la Primera Sala, que desde hace algunos años le había reconocido un rango constitucional recurriendo a la interpretación y a la exposición de motivos de la reforma al artículo 4o.,²⁶ así como a los criterios de los órganos internacionales encargados de la aplicación de la Convención, especialmente las resoluciones de la Corte IDH, el Comité CRC y su mención en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.²⁷ A partir de la reforma al artículo 1 constitucional y, posteriormente, del artículo 4o., ha quedado plenamente definida la jerarquía de este principio.

La Primera Sala ha argumentado en diversas resoluciones que el principio tiene una doble función: justificativa y directiva.

En tanto principio normativo, el interés superior del niño tiene una función justificativa y una función directiva. Por un lado, sirve para justificar todos los derechos que tienen como objeto la protección del niño. Por otro lado, constituye un criterio orientador de toda producción normativa, entendida en sentido amplio, relacionada con los derechos del niño, lo que incluye no sólo la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces, sino también todas las medidas emprendidas por el legislador y las políticas públicas, programas y acciones específicas llevadas a cabo por las autoridades administrativas. Así, el principio del interés superior del niño debe informar todos los ámbitos de la actividad estatal que estén relacionados directa o indirectamente con los menores.²⁸

Respecto de la función jurisdiccional le ha reconocido como criterio interpretativo. Esto supone decidir lo que es mejor para el niño, que puede implicar el allegarse de todos los elementos probatorios necesarios, incluso recabar pruebas de oficio²⁹ o suplir la queja deficiente

²⁶ Por ejemplo, en la resolución al Amparo Directo en Revisión 1187/2010. Sentencia definitiva 1 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/detallepub.aspx?asuntoid=118366>> (20 de junio de 2013) señala lo siguiente: *El interés superior del niño es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de los menores previstos en el artículo 4o. Esta interpretación encuentra respaldo en un argumento teleológico: en el dictamen de la reforma constitucional que dio lugar al actual texto del artículo 4o., se reconoce expresamente que uno de los objetivos del órgano reformador de la Constitución era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país en materia de protección de los derechos del niño.*

²⁷ La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reconoce en el artículo 3: *Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes: A. El del interés superior de la infancia.*

²⁸ Ejecutoria: P. XIX/2011 (9a)... , *supra* nota 18; Ejecutoria: 1a./J. 20/2011 (9a)... , *supra* nota 10; Amparo Directo en Revisión 1187/2010..., *supra* nota 26. Amparo Directo en Revisión 2539/2010. Sentencia definitiva 26 de enero de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?Asuntoid=122334>> (20 de junio de 2013).

²⁹ Amparo Directo en Revisión 2539/2010... , *supra* nota 28.

cuando se trata de personas menores de edad.³⁰ Sobre la base de este criterio, resolvió también una contradicción de tesis en la que declara improcedente la caducidad de la instancia (de acuerdo con el Código Civil de Veracruz) en los juicios en los que se diriman derechos de menores de edad.³¹

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.³²

Otro efecto procesal derivado del interés superior del niño consiste en considerar que la admisión y desahogo de la pericial en materia de psicología constituye un acto de imposible reparación y, por ende, procede en su contra el juicio de amparo indirecto. Lo anterior debido a que la Primera Sala, en la Contradicción de Tesis 115/2010, considera que la admisión de dicha prueba acarrea la posibilidad de que se vea afectado el derecho a la salud mental de la niña o niño. En este sentido, argumenta la Sala, la protección de los derechos debe hacerse a través de medidas reforzadas o agravadas lo que impone al Estado mayores obligaciones que tratándose de cualquier otro tipo de titulares.³³ Por las mismas razones se considera acto de imposible reparación en la Contradicción de tesis 130/2005 la admisión y desahogo de la prueba testimonial a cargo de los hijos menores de edad en los juicios de divorcio de sus padres.

Otro ámbito en el que se aplica este principio en las decisiones jurisdiccionales es en los juicios de pérdida de patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria, aún

³⁰ Ejecutoria: 1a./J. 191/2005 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 106/2004-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS SEGUNDO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO, SEGUNDO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO, TERCERO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, CUARTO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, SEGUNDO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO (ACTUALMENTE SEGUNDO EN MATERIA CIVIL DEL PROPIO CIRCUITO), PRIMERO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO, SEGUNDO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL SÉPTIMO CIRCUITO Y CUARTO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO (ACTUALMENTE TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL MISMO CIRCUITO), EN CONTRA DEL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO OCTAVO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Mayo de 2006, p. 168. Reg. IUS. 19477.

³¹ Ejecutoria: 1a./J. 5/2011 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 199/2010. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 159. Reg. IUS. 22739.

³² Amparo Directo en Revisión 1187/2010. ..., *supra* nota 26, Amparo Directo en Revisión 2539/2010. ..., *supra* nota 28.

³³ Esto lo ha señalado la Primera Sala refiriéndose en concreto al derecho a la salud en Ejecutoria: 1a./J. 20/2011 (9a.)..., *supra* nota 10.

cuando éste se haya dado de forma parcial. Lo anterior debido a que este principio obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los padres cumplan con su obligación de proporcionar al niño las condiciones de vida necesarias para su desarrollo.³⁴

El interés superior del niño se ha definido de la siguiente manera:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' (...) implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".³⁵

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito ha reconocido también la relevancia del principio del interés superior del niño y la Convención en la modificación de la concepción tradicional de la familia. En la resolución correspondiente al amparo directo 367/2002 en relación con la guarda y custodia considera que este concepto supone una transformación respecto de la institución de la patria potestad en el derecho romano en la medida en que se centra en los derechos del niño alejándose de los derechos de los adultos. El concepto del interés superior, continúa el Colegiado, supedita los derechos que pudieran tener los adultos al derecho del niño a ser cuidado y atendido y con ello se entiende que esta función es de orden público e interés social.³⁶

³⁴ Ejecutoria: 1a./J. 14/2007 (9a), CONTRADICCIÓN DE TESIS 47/2006-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DÉCIMO TERCERO Y OCTAVO, AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 221. Reg. IUS. 20075.

³⁵ Tesis: 1a./J. 25/2012 (10a.), INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 334. Reg. IUS. 159897.

³⁶ Ejecutoria: II.3o.C. J/4 (9a.), GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVI, Octubre de 2002, p. 1207. Reg. IUS. 17261.

En resumen, podemos sostener que el principio del interés superior del niño desempeña dos funciones fundamentales de acuerdo con los criterios que se han descrito: en primer lugar, constituye un criterio de ponderación que ordena priorizar el derecho del niño sobre el del adulto en los casos en que así se justifique. Lo anterior puede incluso tener como consecuencia la excepción en algunas normas procesales cuando en el juicio se involucren derechos de una niña o niño. Y, en segundo lugar, supone entenderlo como un mandato dirigido a todas las autoridades y a la sociedad en general sobre la consideración de los derechos de niñas y niños en las decisiones públicas, tanto en el ámbito administrativo, como legislativo y judicial. Esto conlleva, tal como lo ha señalado el Comité, la adopción de medidas activas y reforzadas para la realización plena de cada uno de los derechos. Por esta razón, la vulneración de los mismos reviste mayor gravedad y, en consecuencia, genera una obligación del Estado respecto de la restitución de los derechos y la reparación del daño.

IV. El Derecho a la No Discriminación

El derecho a la no discriminación se deriva del artículo 2 de la Convención, que reconoce que cada niña y niño debe tener garantizados sus derechos y prohíbe toda forma de discriminación:

Artículo 2.

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Por su parte, el Comité CRC interpreta este principio como una obligación de tomar medidas activas por parte del Estado, incluso con acciones especiales a favor de ciertos grupos de niños para eliminar las condiciones que llevan a la discriminación:

Artículo 2.- Obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. Esta obligación de no discriminación exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. Por ejemplo, el Comité subraya en particular, la necesidad de que los datos que se reúnan se desglosen para poder identificar las discriminaciones existentes o potenciales. La lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes. Hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico. En una Observación general del Comité de Derechos Humanos se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación.³⁷

Respecto del derecho a la no discriminación, es interesante lo sostenido por la Corte IDH en el caso de violaciones a derechos humanos de las niñas, pues, en el mismo sentido de lo señalado por el Comité de Derechos del Niño y fundado en lo establecido por la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha sostenido que, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.³⁸

La discriminación hacia niñas o niños, puede conducir a la vulneración de otros derechos, por ejemplo, la denegación de inscribir a una niña o niño en el Registro Civil, tiene como consecuencia la exclusión de la nacionalidad, identidad, nombre, personalidad jurídica, educación, salud y demás prestaciones que el Estado debe otorgar.³⁹

Un criterio interesante es aquel en el que la Corte Interamericana señala como un elemento que vulnera el derecho a la no discriminación, la estigmatización en contra de niños y jóvenes, especialmente en condiciones de pobreza, que puede conducir a la violación de otros derechos, como la libertad e incluso del derecho a la vida:

³⁷ Comité CRC, *Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44. . . , *supra* nota 18.

³⁸ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. . . , *supra* nota 20, párr. 134; Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. . . , *supra* nota 20, párr. 408.

³⁹ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. . . , *supra* nota 20, párrs. 173-4.

La Corte advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.⁴⁰

V. El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo

El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo está contenido en las dos fracciones del artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 6.

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

El Comité CRC ha subrayado la importancia de comprender el desarrollo como un concepto integral, que abarca todos los aspectos de la vida del niño:

El derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños.⁴¹

La Corte IDH ha reiterado la interpretación del Comité CRC respecto del derecho al desarrollo, considerando éste como un concepto holístico que incluye los aspectos físico, mental,

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 21, párr. 112.

⁴¹ Comité CRC. *Observación general No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño...*, *supra* nota, 18 artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44

espiritual, moral, psicológico y social.⁴² El desarrollo integral constituye precisamente, según la propia Corte, el objetivo de los tratados internacionales en la materia:

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.⁴³

En el caso del derecho a la vida ha considerado que, tratándose de personas menores de edad, presenta modalidades especiales, de acuerdo con los instrumentos internacionales aplicables. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél.⁴⁴ En casos de violaciones a los derechos humanos, el hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal.⁴⁵

La Corte IDH sostiene que el derecho a la vida de niñas y niños no se agota en la prohibición que establece la CADH, sino que supone también el proveer de lo necesario para que la vida revista condiciones dignas.⁴⁶ Lo anterior conlleva una obligación del Estado en cuanto al acceso al agua, alimentación, salud (incluyendo de forma especial la vacunación suficiente y oportuna) y educación.⁴⁷ Existe así un deber de adoptar medidas especiales cuando se trata de personas menores de edad. El incumplimiento de estas medidas, cuando tiene como consecuencia la muerte de la persona, constituye una violación del derecho a la vida imputable al Estado.⁴⁸

Reconoce también el tribunal interamericano la importancia que tiene la familia en el desarrollo de la niña o niño, por lo que debe garantizarse el derecho a la identidad, a ser cuidado

⁴² Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 161.

⁴³ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02...*, *supra* nota 10, párr. 53.

⁴⁴ Corte IDH *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 138; Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú...*, *supra* nota 22, párr. 124.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú...*, *supra* nota 22, párr. 170.

⁴⁶ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02...*, *supra* nota 10, párr. 87.

⁴⁷ Corte IDH *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 259.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay...*, *supra* nota, párr. 260.

y educado por sus padres y a mantener relaciones familiares.⁴⁹ En este sentido, el Estado tiene una obligación de resguardar el papel de la familia en la protección del niño y adoptar medidas para promover la unidad familiar.⁵⁰ En caso de conflictos armados, debe hacerse lo posible por promover la reunificación del niño con sus padres.⁵¹

VI. El derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones

La Convención de los Derechos del Niño, como uno de los aspectos más novedosos, reconoce el derecho del niño a ser oído en todos los asuntos que le afectan:

Artículo 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano.

Este principio ha sido ampliamente desarrollado por el Comité CRC, tanto por la importancia que tiene, como por la dificultad en su aplicación debida en buena medida a que tradicionalmente se ha considerado como incapaces a niñas y niños. Por esta razón, además de tratarlo en la Observación relativa a *Medidas Generales de aplicación de la Convención*, ha dedicado la Observación General 12⁵² exclusivamente a este derecho y a su aplicación.

En la Observación General 5 hace las siguientes consideraciones:

⁴⁹ Corte IDH *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 130.

⁵⁰ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02...*, *supra* nota 10, párr. 88; Corte IDH *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 190.

⁵¹ Corte IDH *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 191.

⁵² Comité CRC. *Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado*, 20 de julio de 2009. CRC/C/GC/12CRC/C/GC/12.

El derecho del niño a expresar su opinión libremente en "todos los asuntos que afectan al niño" y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones. Este principio, que pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención.

La apertura de los procesos de adopción de decisiones oficiales a los niños constituye un reto positivo al que el Comité estima que los Estados están respondiendo cada vez más. Como pocos Estados han reducido ya la mayoría de edad electoral a menos de 18 años, es aún más necesario lograr que la opinión de los niños sin derecho de voto sea respetada en el gobierno y en el parlamento. Si se quiere que las consultas sean útiles, es preciso dar acceso tanto a los documentos como a los procedimientos. Ahora bien, es relativamente fácil aparentar que se escucha a los niños, pero para atribuir la debida importancia a la opinión de los niños se necesita un auténtico cambio. El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños.⁵³

La Corte Interamericana en una resolución reciente en contra del Estado mexicano, retomando lo dicho por el Comité en la Observación General 12, ha subrayado el derecho de la niña o niño víctima de una violación a sus derechos humanos a ser escuchado y a no ser revictimizado:

ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.⁵⁴

⁵³ Comité CRC. *Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. *supra* nota 18.

⁵⁴ Corte IDH *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México...*, *supra* nota 24, párr. 201.

En el juicio de amparo 30/2008 la Suprema Corte se pronuncia respecto de la obligación de los órganos jurisdiccionales de tomar en consideración las manifestaciones de los menores de edad y a la forma en que debe hacerse. Para ello se funda en lo dispuesto por el derecho del niño a ser oído del artículo 12 de la Convención, que debe ejercerse de manera progresiva, es decir, conforme al desarrollo de las facultades de la persona. Igualmente este derecho, en materia familiar, se encuentra reconocido en el Código Civil para el Distrito Federal y en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Se considera que niñas, niños y adolescentes pueden aportar elementos al juzgador para resolver, especialmente para determinar cuál es su interés superior. Por ello, el juzgador debe tomar en consideración su opinión aunque, aclara la sentencia de la Primera Sala, debe respetarse el derecho la voluntad del niño de participar o no en el proceso y la protección de su integridad física y psicológica. Se subraya también la necesidad de decodificar su deseo, es decir, comprender adecuadamente lo que el niño o niña quiere expresar, para ello se recomienda también la asistencia de especialistas. La sentencia desarrolla ampliamente las características que debe tener el derecho del niño a ser oído, así como la forma en que debe tomarse en consideración esa opinión y los diversos factores que deben ser tomados en cuenta.⁵⁵

La Primera Sala de la SCJN ha señalado en diversas resoluciones que uno de los derechos que corresponden a niñas y niños es el de ser oído en todos los asuntos que le afectan, pero puntualizando que este derecho debe ser ejercido de acuerdo con la edad, madurez y capacidad para formarse un juicio propio.⁵⁶ Reconoce también que para proteger adecuadamente a las personas menores de edad en juicio de pérdida de patria potestad es necesario escuchar a todas las partes, incluido a la niña o niño de que se trate.⁵⁷

VII. Conclusiones

Aunque ciertamente los principios descritos y la interpretación por parte de los organismos y tribunales internacionales son de gran utilidad en la aplicación de los derechos de niñas y

⁵⁵ Por cuestiones de espacio no es posible incluir en este trabajo lo expuesto en la sentencia, pues detalla de manera precisa el derecho, vinculándolo con las etapas del desarrollo y otros aspectos relevantes. Los elementos vertidos en la sentencia de amparo 30/2008 constituyen una herramienta útil para el desahogo de las intervenciones de niñas, niños y adolescentes en los juicios familiares.

⁵⁶ Ejecutoria: 1a./J. 33/2009 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 60/2008-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO Y EL TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CUARTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Septiembre de 2009, p. 164. Reg. IUS. 21742.

⁵⁷ Amparo Directo en Revisión 61/2005. Sentencia definitiva 9 de marzo de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=71209>> (20 de junio de 2013).

niños, el proceso apenas comienza. Debe continuar la discusión sobre el diseño de los derechos y sus mecanismos de justiciabilidad, por ello, en modo alguno debemos pensar que con los principios hemos solucionado el problema y las tensiones con la concepción de los derechos en el estado liberal. Más bien las medidas generales identificadas por el Comité CRC deben constituir el punto de arranque para avanzar hacia la creación de un marco jurídico más claro y eficaz. En este sentido, el derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que le afectan constituye una de las herramientas más importantes.

Otro reto derivado de la reforma en materia de derechos humanos, radica en la comprensión del papel que juegan los órganos encargados de la interpretación de los tratados en el ámbito internacional. En este sentido, no resulta claro el status de obligatoriedad, por ejemplo, de las Observaciones Generales del Comité. Su papel para reforzar ciertas interpretaciones está claro, sin embargo, si éstas observaciones son obligaciones para los impartidores de justicia es algo que habría que discutir, porque una respuesta afirmativa implicaría un cambio radical y la ampliación del catálogo de derechos.

Finalmente, parece que el desafío más complejo consiste en romper con las viejas ideas y prejuicios sobre las incapacidades de niñas y niños que han tenido como consecuencia que su reconocimiento como titulares de derechos sea más aparente que real. Ello implica aceptar la complejidad del actual marco constitucional y el conocimiento de las dificultades y obstáculos para el ejercicio de los derechos, pero principalmente asumir la tarea de que los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben estar presentes en cualquier interpretación en relación con los derechos de niñas, niños y adolescentes. Y, en algún tiempo, volver a preguntarnos sobre la validez y vigencia de nuestras creencias y asumir la posibilidad de cambiarlas.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Amparo Directo en Revisión 61/2005. Sentencia definitiva 9 de marzo de 2005. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=71209> (20 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1187/2010. Sentencia definitiva 1 de septiembre de 2010. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/detallepub.aspx?asuntoid=118366> (20 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 2539/2010. Sentencia definitiva 26 de enero de 2011. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=122334> (20 de junio de 2013).
- Ejecutoria: 1a./J. 20/2011 (9a), CONTRADICCIÓN DE TESIS 115/2010. ENTRE LAS SUS-
TENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO Y
EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judi-
cial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Mayo de 2011,
p. 129. Reg. IUS. 22876.
- Ejecutoria: P. XIX/2011 (9a), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010. PROCURA-
DOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*,
Novena Época, México, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 991. Reg. IUS. 22553
- Ejecutoria: 1a./J. 191/2005 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 106/2004-PS. ENTRE LAS
SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS SEGUNDO DEL DÉCIMO PRIMER
CIRCUITO, SEGUNDO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO, TERCERO EN MATE-
RIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, CUARTO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO,
SEGUNDO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO (ACTUAL-
MENTE SEGUNDO EN MATERIA CIVIL DEL PROPIO CIRCUITO), PRIMERO EN MATERIA
PENAL DEL TERCER CIRCUITO, SEGUNDO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO
DEL SÉPTIMO CIRCUITO Y CUARTO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO (ACTUAL-
MENTE TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL MISMO CIRCUITO), EN
CONTRA DEL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO OCTAVO CIRCUITO,

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXIII, Mayo de 2006, p. 168. Reg. IUS. 19477.

- Ejecutoria: 1a./J. 5/2011 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 199/2010. ENTRE LAS SUS-
TENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN
MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO *Semanario Judicial de la Federación y su Gace-
ta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 159. Reg. IUS. 22739.
- Ejecutoria: 1a./J. 14/2007 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 47/2006-PS. ENTRE LAS
SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DÉCIMO TERCERO Y OCTAVO,
AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación
y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 221. Reg. IUS. 20075.
- Ejecutoria: II.3o.C. J/4 (9a.), GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDE-
RANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Semanario Judicial de la Federación y
su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVI, Octubre de 2002, p. 1207. Reg. IUS. 17261.
- Ejecutoria: 1a./J. 33/2009 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 60/2008-PS. ENTRE LAS
SUSTENTADAS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIR-
CUITO Y EL TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CUARTO CIRCUITO, *Semanario Judi-
cial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Septiembre de
2009, p. 164. Reg. IUS. 21742.
- Tesis: 1a./J. 25/2012 (10a.), INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO, *Semanario
Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de
2012, Tomo 1, p. 334. Reg. IUS. 159897.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*.
Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de
Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. *Fondo, Reparaciones y Costas*.
Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

- Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.
- Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Corte IDH. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17.

- Comité CRC. *Observación general No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4o. y 42 y párrafo 6 del artículo 44, 2003, pp. 8-9. CRC/GC/2003/5.
- Comité CRC. *Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado*, 20 de julio de 2009. CRC/C/GC/12CRC/C/GC/12.

Comentario al Artículo 4o. párrafo 9 Constitucional

Jorge SÁNCHEZ CORDERO*

* Doctor en Derecho por la Universidad Panteón-Assas. Miembro del Consejo de Dirección del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (*UNIDROIT*)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nociones básicas de la reforma constitucional*. III. *Las consecuencias de legalidad de la reforma*.

PALABRAS CLAVE: Derechos culturales; Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales; Estado de la Cultura; Libertad cultural; Pluralismo cultural; Progreso de la cultura; Desarrollo cultural; Identidad cultural.

I. Introducción

A partir de la entrada en vigor de la reforma del artículo 4o., párrafo 9 constitucional, la cultura tiene un valor constitucional y a los "derechos culturales", se les da una expresión jurídica. La reforma delinea los contornos de la soberanía cultural y la convierte en el medio jurídico idóneo de la diversidad cultural; con esta reforma termina la dominancia en México del modelo único de "cultura nacional" prevaleciente hasta fechas recientes. Esta reforma conlleva una forma distinta de concebir a la sociedad mexicana al reconocer modelos culturales convergentes y hacer viable la adopción de una "ciudadanía cultural o multicultural".¹

La reforma le da una expresión jurídica a los vínculos existentes entre la cultura y Estado mexicano y la forma como éstos deben de interactuar; reconoce que la cultura y el derecho comparten trayectorias sociales paralelas y que se encuentran como nociones mutuamente implicadas en sus visiones evolutivas de desarrollo humano.

La supervivencia de un sistema social, y el mexicano no resulta ser la excepción, exige garantizar, a través de una organización social eficaz, la transmisión de su herencia cultural.

¹ Stavenhagen, Rodolfo, "Derechos Culturales: El punto de vista de las Ciencias Sociales", en Niec, Halina (ed.), *¿A favor o en contra de los derechos culturales? Compilación de ensayos en conmemoración del cincuentenario de la declaración universal de derechos humanos*. UNESCO, Los Derechos Humanos en Perspectiva, 2001. p. 45.

Los medios de transferencia cultural han variado históricamente en nuestro país y están relacionados con el sistema político y económico, de tal manera que si se produce un cambio en los contenidos culturales de nuestra sociedad, puede considerarse este hecho como una fuente de cambios sociales. La cultura en este sentido no es sólo un conjunto de conocimientos, artes y técnicas que se adquiere a través del aprendizaje, sino que implica una verdadera conformación de la personalidad de los individuos al imbuirles las pautas de conducta y el sistema de valores vigentes en una determinada sociedad. En la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales de 1982 celebrada en México, se impulsó una nueva dimensión de cultura más allá de los ejes tradicionales de las bellas artes y el patrimonio cultural material; a ellos se le agregaron los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.² El acceso a la cultura que introduce la reforma, representa por lo tanto no solamente el acceso a los bienes y servicios, sino también la oportunidad de elegir un modo de vida colectivo que sea pleno, satisfactorio, valioso y valorado, en el que la existencia humana pueda florecer en su integridad;³ significa finalmente su integración a nuestro sistema social.

La reforma constitucional obliga a desarrollar el análisis en diferentes perspectivas; por una parte resulta indispensable desarrollar las nociones básicas de la reforma constitucional y por la otra destacar las consecuencias de legalidad.

II. Nociones básicas de la reforma constitucional

1. La constitucionalización de la cultura

Desde su texto inicial, la Constitución de 1917 llegó a disponer en su artículo 3o. que la educación en México debería ser nacional para acrecentar *la cultura* nacional y que el Estado apoyaría la investigación científica y tecnológica y alentaría el fortalecimiento y difusión de *la cultura* nacional. Sin embargo a partir de la promulgación de la Constitución, al margen de la libertad de enseñanza, hubo una total preterición del acceso a la cultura y de los derechos culturales, hasta esta reforma.

² Véase la Conferencia Intergubernamentales sobre Políticas Culturales en Europa (Helsinki 1972); Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales en Asia (Yogyakarta, 1973); Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales en África (Accra, 1975); Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales en América Latina y el Caribe (Bogotá, 1978) y finalmente la *Declaración Final sobre Políticas Culturales*. Adoptada por la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales en México el 6 de agosto de 1982. (MONDIACULT).

³ González Moreno, Beatriz. *Estado de Cultura, Derechos Culturales y Libertad Religiosa*. Madrid, Civitas, A Thomson Company, 2003. p. 70.

La constitucionalización de la "cultura", conforme a la reforma, implica una visión plena y articulada de los diversos fenómenos que conlleva lo "cultural" y resulta ser una catalizadora en la valoración pública de la cultura. Con la reforma la noción de cultura despliega toda su plenitud a través de una función totalizadora: el acceso y fomento al patrimonio cultural *material e inmaterial*, la dimensión pública de los ciudadanos frente al Poder Público, y la síntesis de la totalidad de los diversos contenidos que provienen de la noción étnica de cultura, como derecho a la diferencia. Es claro, que la noción de cultura en el texto constitucional resulta ser una noción abierta o poliforme, lo es porque es una noción holística que considera diferentes realidades como una totalidad.

a. *El Estado de Cultura*

La protección de los bienes culturales es sólo un componente del sistema cultural. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") está pues en lo sucesivo animada por una dimensión cultural genérica: los elementos del "Estado de Cultura", las libertades específicas de la cultura, la protección de bienes culturales y las cláusulas expresas sobre el patrimonio cultural. El Estado nacional mexicano al definirse lo es ahora también por sus culturas que preconstituyen un elemento adicional en sus notas características.

El "Estado de Cultura" es el que rescata la importancia del elemento cultural a través del arraigo de la democracia cultural⁴ y adquiere ahora la misma trascendencia de los otros tres sintagmas: Estado de derecho, Estado democrático y Estado social, pero con una significación específica: "es el principio humanizador de la acción del Estado".⁵ Hemos de ser claros: la reforma introduce tardíamente en nuestro sistema legal el sintagma del "Estado de Cultura".

El "Estado de Cultura" tiene como propósito específico asumir como obligaciones esenciales del Estado, la promoción, el desarrollo y el progreso cultural de la colectividad.⁶

La literatura contemporánea⁷ identifica los fundamentos del "Estado de Cultura" en los principios de desarrollo de la cultura y el de la libertad de la cultura. Estos fundamentos, responden en su sentido más puro a este postulado: "El arte y la ciencia, la investigación y la

⁴ *Our Creative Diversity. Report of the World Commission on Culture and Development*. EGPRIM, 1995. p. 240.

⁵ Prieto De Pedro, J. Jesús, *Cultura, Culturas y Constitución*. Madrid, Congreso de los Diputados. Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 223.

⁶ Huber, Ernst Rudolf, *Zur Problematik des Kultursaats*. Germany, J.C. B. Mohr. Tübingen, 1958, p. 26.

⁷ Spagna Musso, Enrico, *Scritti di Diritto Costituzionale. Tomo I*. Bologna, Giuffrè Editore / Seminario Giuridico Della Università di Bologna, Miscellanea 31, 2002, p. 422.

enseñanza son libres". El Estado mexicano, en tanto que *Estado de Cultura*, debe garantizar a partir de la reforma el libre cultivo de la ciencia y su libre transmisión por cualquier vía incluso la docente en todos los grados e instituciones del sistema educativo.⁸

Los límites de la cultura en México son más amplios que los del Estado; al Estado le asiste la obligación pública de contribuir al enriquecimiento cultural y al de su progreso. De ahí que uno de los deberes primarios del Estado⁹ sea la tutela del patrimonio arqueológico, histórico, artístico y del paisaje.¹⁰

La "constitucionalización de la cultura" en México tiene como consecuencia inmediata la emergencia de la noción del "Estado de Cultura" y la expresión plena de las libertades culturales. El "Estado de Cultura"¹¹ enfatiza la trascendencia del desarrollo y la difusión de la cultura en la consecución de ese objetivo. El "Estado de Cultura" en México se articula en lo sucesivo en función de tres principios básicos: la libertad, el pluralismo y el progreso, con un común denominador: la cultura. Son precisamente estos principios que aseguran el libre desarrollo de la personalidad de nuestros conciudadanos, de la garantía y la promoción de las condiciones necesarias para su progreso y de su participación en la democracia cultural.¹²

La reforma amalgamó a través de su transformación jurídica la relación entre cultura y democracia. Este aforismo merece una precisión: La cultura se manifiesta como una exigencia de la personalidad del individuo en una determinada sociedad y constituye la fuerza motriz del proceso de desarrollo humano.¹³ El funcionamiento de nuestro Estado democrático asocia ahora a esta dinámica la participación efectiva de todos los ciudadanos. La democracia cultural significa precisamente dar participación y representación a todos los agentes que actúan en el espectro social: personas, grupos y comunidades culturales, pero más significativamente darles el acceso a las decisiones que les atañen. La libre participación de las personas en los sistemas culturales es un elemento inherente a la democracia cultural.

⁸ Véase al respecto y en sentido contrario la sentencia del Tribunal Supremo Español del 23 de enero de 1974 en el que se sancionó a un profesor "...por resultar evidente que en sus explicaciones filosóficas se atuvo, como él mismo reconoce, a las más rigurosa racionalidad científica y experimental, con exclusión de toda intervención divina en la vida sobrenatural de una persona, así como el origen mismo de la vida, sin que ello sea obstáculo el que se haya podido ajustar a la determinación de doctrinas científicas. ..." En la actualidad esta tendencia está totalmente superada como es de verse en las sentencias. TCE. Pleno. *Sentencia 153/1985. Conflicto positivo de competencia 447-1982*. De 7 de noviembre de 1985. BOE núm. 283 de 26 de noviembre de 1985; TCE. Sala Segunda. *Sentencia 121/1989. Recurso de Amparo 1628-1987*. De 3 de julio de 1989. BOE núm. 175 de 24 de julio de 1989.

⁹ González Moreno, Beatriz..., *op. cit.* p. 37.

¹⁰ Sandulli, A. M., "La tutela del paesaggio nella Costituzione", *Rivista giuridica edilizia*, 1967, p. 70.

¹¹ Spagna Musso, Enrico..., *op. cit.*, p. 431.

¹² *Ibid.*, p. 425.

¹³ *Ibid.*, p. 402.

Las libertades culturales habían quedado en México relegadas hasta esta reforma que somete, la libertad de la cultura a la tutela constitucional y obliga a los poderes públicos a una nueva actitud que al menos, no confronte esta exigencia jurídica. Existe ahora un vínculo postulante entre el Estado y la cultura que debe insertarse en la naturaleza liberal-democrática de la Constitución en donde la democracia interactúa con la cultura.¹⁴ Este vínculo crea una nueva regulación compleja y orgánica que responde a los siguientes fundamentos: la protección genérica de la creación humana, el reconocimiento de la libertad de la cultura y el de su desarrollo y la intervención positiva de los poderes públicos. La garantía de la participación ciudadana preserva tanto sus elementos exteriores, como la de todos sus factores constitutivos, pero ahora bajo la tutela constitucional: la libertad de creación no solamente en su manifestación, sino en su formación. La libertad cultural es sustancialmente diferente que otras libertades en donde el énfasis está en el individuo: la libertad cultural es esencialmente una libertad colectiva. La libertad cultural se explica en los derechos de la colectividad; la libertad cultural es individual por origen, pero colectiva por destino.¹⁵

El ámbito de la libertad cultural es de una gran riqueza; comprende tanto los derechos de libres creaciones literarias, artísticas, científicas y técnicas, calificadas como libertades intelectuales, así como el producto de esa creación que sustancia los derechos de autor. A estas libertades en México, se consideraron inicialmente como parte de la libertad de expresión, cuando tienen sin embargo especificidades que las singularizan, como es el lenguaje simbólico, que difícilmente puede enmarcarse en la tutela constitucional de la libre expresión.

La reforma postula el principio de creación humana y el de su desarrollo y tuvo la atinencia de sustraerla de cualquier situación subjetiva. El texto constitucional evitó hacer una distinción explícita entre la creación artística y la científica; al hacerlo favoreció su desarrollo en toda su plenitud; preserva por lo tanto como ejes formativos de la cultura en su sentido más amplio al arte y a la ciencia. Igualmente expresó la libertad de creación humana mediante un concepto jurídico único y omnímodo ya que arte y ciencia forman un todo de común aceptación y proclamó al unísono la libertad de creación del todo y con ello la de sus componentes.¹⁶ La libertad de creación artística y científica resguarda también otros intereses fundamentales que se refieren a diversas opciones, sociales en género y políticas en especie.¹⁷

¹⁴ *Ibid.*, p. 492.

¹⁵ *Our Creative Diversity...*, *op. cit.*, p. 25. Véase igualmente González Moreno, Beatriz..., *op. cit.*, p. 91.

¹⁶ Spagna Musso, Enrico..., *op. cit.*, p. 461.

¹⁷ *Ibid.*, p. 431.

La libertad de creación lleva implícita la libertad de comunicación cultural, que asegura la libre transmisión de la cultura a través de múltiples manifestaciones, así como la libertad en la formación y organización, sostenimiento y gestión de organizaciones *ad hoc* no gubernamentales.

Al evitar referenciar la reforma constitucional a la libertad de creación específicamente a las artes o a la ciencia, impidió que para su tutela constitucional hubiera de precisarse el concepto de arte o de ciencia; su definición la desplazó al análisis de la estructura singular subjetiva en el ámbito cultural de cada una de ellas. De igual manera la reforma creó una noción jurídica autónoma relativa a la creación humana genérica y con ello un ámbito constitucional autónomo, evaluable en su propio entorno; esto evita su acotación mediante la interpretación constitucional referenciada, especialmente con el de la libertad de expresión.

Si bien arte y ciencia son manifestaciones esencialmente culturales, pertenecen a órdenes diversos.¹⁸ La libertad de creación científica conlleva un proceso discursivo, metódico, racional y contrastado, a diferencia del arte en donde no existe ningún método específico. En la libertad de creación científica el método resulta más relevante que el resultado.¹⁹ Se ha polemizado respecto a los límites de la libertad de creación que se caracterizan como artísticos o científicos; en torno a los artísticos en base el resultado obtenido y respecto de los segundos, en base al método empleado. La reforma hizo posible que para su tutela constitucional, arte y ciencia, no constituyeran un obstáculo de orden conceptual y menos jurídico. En la determinación del contenido de la libertad artística y científica le asiste a los poderes públicos una obligación negativa primaria: están obligados a no impedir su pleno ejercicio. La aplicación de ciertos límites a las libertades artística, literaria, científica y técnica, como puede constatare es relativa, ideológica, contraproducente y productora de efectos deletéreos.

El mandato constitucional a partir de esta reforma es concluyente: en ningún caso se puede afectar *ex ante* la libertad cultural, ni la comunicación de su creación. Más aún por lo que respecta a la determinación del objeto de la libertad de creación artística presenta sin discusión una indudable dificultad: enunciarla hubiera provocado desproveerla de un significado concreto u obligar a calificar jurídicamente un determinado producto del ingenio humano como obra de arte.²⁰ Esto hubiera conducido irremediabilmente al contrasentido de elaborar una teoría estética legislativa o jurisprudencial. La enorme dificultad consistiría en hacer efectiva la tutela constitucional al subordinar el reconocimiento de una obra a su valor artístico

¹⁸ *Ibid.*, p. 471.

¹⁹ *Ibid.*, p. 501.

²⁰ *Ibid.*, p. 495.

intrínseco o a la individualización del carácter artístico, prescindiendo de la consecución de un cierto nivel artístico. De una parte se hubiera negado la protección constitucional en cuanto no fuese una manifestación artística exitosa o bien de la otra se hubiere requerido para la determinación de su valor artístico de un juicio de valor extremadamente subjetivo y por consecuencia restrictivo de la tutela constitucional. Esto hubiera abierto un espacio enorme para la censura.

Es fácil concluir, con base a elementos puramente exteriores, que el arte es un bien espiritual no definible;²¹ intentar definirlo equivaldría a sostener, que el valor artístico de una obra estaría obligado a expresar un fin, conllevar un objetivo o poseer un carácter estético, lo que haría enormemente complicado la efectividad de la tutela constitucional. De igual manera si se quisiera hacer efectiva la tutela constitucional por la pertenencia de una obra a un género tradicionalmente considerado como artístico²² –la pintura, la escultura, la música, entre otros– se llegaría al absurdo de negarle la protección constitucional a la creación humana que no pudiera satisfacer ortodoxamente cualquiera de los presupuestos de estos géneros.²³

El enunciado de la libertad de creación científica hubiera tenido un grado mayor de objetividad mediante la identificación del método empleado. La libertad de creación científica puede evaluarse por el empleo de métodos científicamente aceptados. Sin embargo, una creación científica que pretendiera ser evaluada conforme al resultado obtenido o al método empleado, estaría sujeta a un juicio de valor muy controvertido.²⁴

■ El pluralismo cultural

Las consecuencias de la reforma son claras: Cada persona, cada grupo y comunidad cultural posee el derecho de disfrutar de su propia cultura, profesar su propia religión, emplear su propia lengua, formar sus propias asociaciones y definir su propio estilo de vida. Es precisamente la democracia cultural lo que hace viable la convivencia entre diferentes actores culturales, en cuyo caso el Estado debe proveer las mismas oportunidades.²⁵

El arraigo de la democracia cultural asegura a los ciudadanos su participación en las instituciones que inciden en la formación y desarrollo de su personalidad y en el desenvolvimiento

²¹ *Ibid.*, p. 498.

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibid.*, p. 499.

²⁵ *Our Creative Diversity...*, *op. cit.*, p. 240.

de los grupos y comunidades culturales. Son estas instituciones las que deben asegurar la libertad de la cultura, su acceso, su multiplicidad y su progreso.

La diversidad y pluralidad de culturas deben ser permanentemente afirmadas y estimuladas en nuestro ámbito. El valor de la diversidad radica en la capacidad que tiene cada cultura de abrir nuevas perspectivas y aportar nuevos elementos que enriquezcan la experiencia humana. Es justamente la diferencia la que asegura el crecimiento humano. El Preámbulo de la Declaración Mundial de Políticas Culturales, celebrada en México en 1982 en el marco de los trabajos de la UNESCO sostiene que: "Cada cultura representa un conjunto de valores único e irremplazable... la humanidad se empobrece cuando se ignora o destruye un grupo determinado".

La libertad cultural colectiva, al posibilitar diferentes formas de vida, estimula la creatividad, la experimentación y la diversidad, que son elementos esenciales para el desarrollo humano. La UNESCO ha venido postulado con razón, que es justamente la multiculturalidad de las sociedades y la creatividad que genera la diversidad, que hace a las sociedades más dinámicas, más innovadoras y más duraderas.²⁶

La reforma asegura el principio de la igualdad de las culturas. Toda cultura es igualmente digna. Cada cultura es un fin en sí mismo que otorga sentido al proyecto de vida de las personas que participan en ella. La diversidad cultural es diferente y desigual porque las distintas instancias e instituciones que la construyen tienen distintas posiciones de poder y legitimidad.

El mandato constitucional es claro al incorporar los principios de la tolerancia y el respeto como las normas de conducta que posibiliten la coexistencia de las culturas nacionales. El nuevo texto, tiene un fin educativo explícito: la enseñanza de la tolerancia, pero habría que agregar otro más, que es la del "respeto a otras culturas y pueblos". Este respeto vincula la protección nacional y la protección internacional de bienes culturales y "...contribuye a que el ser humano vaya erguido como ciudadano del Estado y del mundo".²⁷ El patrimonio cultural universalmente protegido es manifestación de multiculturalismo,²⁸ fundamenta el "universalismo cultural" y es una noción correlativa de las garantías y pactos universales e interestatales sobre derechos humanos.

²⁶ *Ibid.*, p. 18.

²⁷ Häberle, Peter, "Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele", en Huber, Ernst Rudolf, *Festschrift für*, 1981.

²⁸ *Our Creative Diversity...*, *op. cit.* p. 16.

La reforma parte de que la diversidad cultural es connatural al ser humano; su personalidad se desarrolla en ambientes y contextos culturales determinados. A estos dos elementos, habría que agregar el de la dignidad. A partir de la reforma, toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos.²⁹

Uno de los postulados básicos del pluralismo cultural radica en los principios de solidaridad y de lealtad cultural. La función de estos principios es desarrollar un deber jurídico de corresponsabilidad de todas las unidades integrantes del sistema jurídico. Los principios de solidaridad y de lealtad cultural aseguran la unidad necesaria entre el conjunto diverso con la autonomía de las partes. El contenido de lealtad cultural se articula en la buena fe, como regla de actuación de los agentes culturales, para propiciar el funcionamiento eficiente del sistema jurídico en materia de cultura.

A partir de la reforma, el Estado mexicano tiene ahora un mandato constitucional contundente. La obligación de reconocer la existencia de diferentes culturas, de asegurar el derecho de nuestros conciudadanos en participar en igualdad de circunstancias en su vida cultural y en el de sus componentes, de adoptar las medidas legislativas, administrativas y financieras que hagan viable el ejercicio de los "derechos culturales",³⁰ que lo obliga a asumir una intervención activa. Su obligación mínima consiste en proteger la existencia de grupos, especialmente minoritarios de la aniquilación, de su asimilación cultural contra su voluntad y de preservar los elementos esenciales de su identidad y de establecer las condiciones mínimas que hagan viable el pluralismo cultural.

El pluralismo cultural (UNESCO) no debe considerarse como un fin en sí mismo; es el reconocimiento que las diferencias preconstituyen una *conditio sine qua non* para el diálogo. En este orden se postula la necesaria reconciliación de la pluralidad con una ciudadanía común; reconocer la pluralidad por parte del Estado sin perder su integridad. Las diferencias culturales obligan al reconocimiento del derecho de minorías y de los pueblos indígenas. El pluralismo cultural es una nota distintiva de las sociedades contemporáneas y la identificación étnica un valladar para los efectos nocivos de la globalización.

²⁹ ONU. *Declaración sobre los Principios de la Cooperación Cultural Internacional*. Adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en París, en su 14.a reunión, en este cuarto día de noviembre de 1966, fecha del vigésimo aniversario del establecimiento de la Organización, art. 1.

³⁰ Spagna Musso, Enrico. ..., *op. cit.*, p. 449.

Otros de los principios que gobiernan el desarrollo de la personalidad y que garantizan el multiculturalismo,³¹ es el progreso de la cultura, que obliga al Poder Público a favorecer no solamente el pleno ejercicio de la libertad de creación cultural y el desarrollo de la diversidad cultural, sino también la adopción de medidas positivas de desarrollo cuyo propósito consiste en hacer accesible los bienes culturales a toda la sociedad. Los Poderes públicos en México a partir de la reforma no deben soslayar su obligación primaria de tutelar y promover el acceso a la cultura, garantizar el derecho a la educación, promover la ciencia y la investigación, garantizar la conservación y la promoción del enriquecimiento del patrimonio cultural y la autonomía de la cultura.

La reforma al artículo 4o. constitucional le impone el deber al Estado mexicano de promover la difusión y el desarrollo de la cultura y atender a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa.³²

2. El desarrollo cultural

El desarrollo de la cultura determina la amplitud de la formación cultural del ciudadano que representa uno de los intereses primarios de la sociedad en su conjunto. La tutela constitucional procura por ello el desarrollo de la personalidad del ciudadano en toda su plenitud. Este mandato constitucional obliga a que la acción estatal promueva el incremento de la cultura en todas sus manifestaciones; simultáneamente postula la necesidad de la autodeterminación de la cultura en donde las fuerzas culturales se desarrollen libremente.³³ A los poderes públicos los obliga a abstenerse, de asumir una dirección de desarrollo cultural de carácter obligatorio y exclusivo.

La intervención estatal cobra relieve en relación al principio del desarrollo de la cultura si al atender una categoría específica de los derechos culturales, la correlaciona con el principio de la libertad cultural. La intervención estatal debe admitirse cuando tenga un interés específico en el impulso de cualquiera de las manifestaciones culturales, pero siempre en un ámbito de respeto en la aceptación del principio de la autodeterminación de la cultura. En el

³¹ *Our Creative Diversity...*, *op. cit.*, p. 17.

³² *Ibid.*, p. 18.

³³ Spagna Musso, Enrico..., *op. cit.*, p. 437.

análisis de contraste de la pluralidad de políticas públicas culturales debe ponderarse su desarrollo, sin permitir que alguna obtenga una posición de privilegio sobre la otra.

3. La identidad cultural

La identidad cultural no debe convertirse en un mecanismo excluyente de nuevas formas de expresión. Todo individuo, grupo o comunidad tiene derecho a la creatividad en su acepción más extensa; a la innovación, tanto individual como colectiva que les permita encontrar nuevas formas de convivencia y nuevos sentidos para el futuro. La identidad cultural se entiende a partir de la reforma como un conjunto de referencias culturales mediante las cuales una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; la identidad cultural³⁴ implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, o en forma análoga integra en este proceso lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto.³⁵ El desafío del desarrollo de los derechos culturales consiste en la conciliación de la propia identidad de un grupo social con el pluralismo y la diversidad cultural.³⁶ La aceptación por parte del Estado mexicano de la composición multiculturalista de nuestra sociedad, constituye uno de los grandes desafíos de la reforma constitucional.

La reticencia en la aceptación del pluralismo cultural, obedecía a la confusión que primaba de considerar la unidad cultural como una noción operativa de la unidad del Estado. La unidad territorial, se argumentaba, era el soporte de la comunidad o unidad de la cultura. A la cultura se le consideraba como un fenómeno total e indivisible y ello explica la resistencia legislativa a atribuir la formación cultural a otros protagonistas culturales. La cultura no era una materia sino un valor único que el Estado mexicano debía proteger y perseguir.

La "cultura" y "las culturas" sin embargo no son privativas del Estado mexicano, sino que le pertenece a toda la sociedad, y en especial a los grupos o comunidades culturales que lo integran.

4. Los deberes jurídicos del Estado

Con la reforma constitucional, las actividades del Estado deben conceptuarse como deberes jurídicos y no como meras proclamas morales. Es en esta perspectiva en donde deben

³⁴ Stavenhagen, Rodolfo..., *op. cit.*, p. 27.

³⁵ "Proyecto de Declaración Sobre Los Derechos Culturales. Apéndice C. Derechos Culturales: El punto de vista de las Ciencias Sociales", en Niec, Halina..., *op. cit.*, p. 319.

³⁶ González Moreno, Beatriz..., *op. cit.*, p. 67.

insertarse los deberes culturales públicos del Estado mexicano: la promoción y preservación de la cultura. Estos deberes públicos deben ser cumplidos cabalmente, ya que la cultura, con la educación, son las que garantizan el libre y pleno ejercicio de la democracia. La cultura y la educación crean el presupuesto básico de la libertad de conocer, la capacidad para decidir y la facultad de discernimiento. La cultura y la educación constituyen los elementos primarios para el desarrollo de la personalidad y la libertad ideológica. De ahí proviene el postulado que consiste en que "el poder de humanización y emancipación de la educación y de la cultura debe hacerse accesible a todos los ciudadanos".³⁷

III. Las consecuencias de legalidad de la reforma

1. Los derechos culturales

Los "derechos culturales" refieren una vastedad de fenómenos sociales expresivos, funciones estatales, reglas de derecho de diferente naturaleza y jerarquía, con diferentes grados de eficacia. Debe tenerse igualmente claro en el espíritu que la elaboración de un modelo para contenidos sociales, económicos y culturales que sea común a los textos constitucionales del entorno, resulta imposible; cada precepto muestra su pleno significado en su contexto y en su propio texto.³⁸

a. Su ámbito material de validez

La expresión "derechos culturales" exige una definición de su ámbito material de validez, que justamente por su enorme carácter polémico no está desprovisto de ambigüedades. El análisis de los "derechos culturales" se inicia con la precisión de dos constataciones: La primera refiere a que la cultura ha permeado, bajo diversas formas y expresiones, en amplios sectores de la sociedad mexicana, específicamente en todos los vehículos de comunicación y expresión que han venido transformando las formas de vida.

La segunda constatación evidencia que el derecho, también ha sufrido profundas e importantes metamorfosis. Debe quedar claro en el análisis que el derecho inevitablemente es el reflejo de las aspiraciones, frustraciones, dificultades y costumbres de una sociedad de las que igualmente participa la cultura. En la medida en que la cultura es una actividad humana, suscita irremediabilmente vínculos jurídicos que se traducen en derechos y obligaciones.

³⁷ Pérez Luño, A. E. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Tercera Edición, Madrid, Tecnos, 1990, p. 486 citado por González Moreno, Beatriz..., *op. cit.*, p. 37, nota al pie 24.

³⁸ González Moreno, Beatriz..., *op. cit.*, p. 216.

La conclusión es clara: es perceptible una interdependencia y correspondencia entre los derechos culturales y otros derechos que han sido objeto de una mejor sistematización como son los derechos económicos, y sociales, e incluso los civiles y los políticos; los derechos culturales empero, carecen de un estatuto jurídico definido, que explicita la extensión de los derechos y obligaciones y que haga viable un desarrollo jurisprudencial. Ante la ausencia de una dogmática propia, los "derechos culturales" conservan aún un carácter contingente;³⁹ lo que de ninguna manera acota su dimensión, sino destaca su complejidad.

b. El derecho frente al espejo de las culturas⁴⁰

Es una obviedad sostener que los derechos individuales se explican siempre en contextos sociales. No lo es afirmar que, a cada individuo, le asisten deberes para su comunidad, en donde únicamente es posible el desarrollo de su personalidad.⁴¹

La determinación de los sujetos titulares de los "derechos culturales", a quienes les asiste la legitimidad procesal activa para hacerlos efectivos, está aun sujeta a debate. El carácter colectivo de la cultura, determina la complejidad de los derechos culturales; la interrogante es previsible: son derechos individuales o derechos colectivos. Las respuestas han sido variadas. Lo que está claro, es que no es una prerrogativa exclusiva del Estado determinar las condiciones para hacerlos efectivos, sino de la sociedad en su conjunto.

La libertad cultural colectiva es la que determina simultáneamente la noción de "derechos culturales". La libertad cultural colectiva se refiere al derecho del grupo o de la comunidad de seguir o adoptar la forma de vida de su elección⁴² y se ha convertido a su vez en un prerrequisito para que pueda florecer la libertad cultural individual.⁴³ La libertad cultural se constituye como una garantía para la libertad *in extenso*; la libertad cultural protege no solamente a la colectividad, sino de igual manera los "derechos culturales" de cada individuo. Si bien los derechos culturales individuales existen independientemente de los colectivos, la existencia de derechos colectivos de libertad cultural, provee de protecciones adicionales a la libertad individual.

³⁹ Prieto De Pedro, J. Jesús. ..., *op. cit.*, pp. 202 y ss. En el mismo sentido, véase González Moreno, Beatriz..., *op. cit.*, p. 94.

⁴⁰ Eberhard, Christoph, *Le Droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation. Droit et Société. Recherches et Travaux*, 13 Série Anthropologie, Librairie General de Droit et Jurisprudence, 2006. p. 15.

⁴¹ *Our Creative Diversity*..., *op. cit.*, p. 26.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibid.*, p. 25.

Resulta ahora una tarea imprescindible consistente en determinar el significado que tendrá ahora en el sistema mexicano la expresión "derechos culturales". Los "derechos culturales" reclaman a partir de la reforma constitucional, no una simple abstención del Estado Mexicano, sino una acción positiva de éste último para hacer viable su ejercicio.

La legislación mexicana desarrolla la dogmática del régimen jurídico del patrimonio cultural en dos ejes fundamentales: el valor cultural y el derecho de acceso a la cultura.⁴⁴ El valor cultural se identifica en el régimen jurídico del patrimonio cultural tangible con el interés cultural arqueológico, histórico y artístico y lo hace en la perspectiva del esquema tradicional del régimen de propiedad en sus múltiples variantes: la dominalidad pública o bien privada sujeta a restricciones importantes de diversa índole en cuanto a su ejercicio. De esta forma, es el interés público el que legitima la intervención administrativa.⁴⁵ En este orden, el valor cultural resulta ser una cualidad inherente del bien cultural que determina su régimen patrimonial.

2. El orden público constitucional y las buenas costumbres

La reforma parte de la noción de orden público constitucional. Conforme a esta premisa, en el equilibrio constitucional de una comunidad institucionalmente organizada o, en un sentido análogo, de un sistema de valores o de principios que informan el ordenamiento general del Estado,⁴⁶ los derechos culturales pueden transformarse en un referente como límite operativo para el orden público. El orden público constitucional propiciaría un equilibrio al conformar a su ámbito, el contenido de los derechos culturales.⁴⁷

En su nueva concepción,⁴⁸ el orden público es un mecanismo jurídico al servicio de la garantía de los derechos y libertades, así como de su tutela constitucional; ésta es su verdadera esencia funcional, y su justificación. Existe una necesidad de interpretar y aplicar la noción de orden público como límite al ejercicio de los derechos fundamentales, conforme a unos parámetros objetivos y normativos a partir de la propia Constitución. Su función se convierte en una garantía positiva en el ejercicio de la libertad.⁴⁹

⁴⁴ *Ibid.*, p. 217.

⁴⁵ González Moreno, Beatriz. ..., *op. cit.*, p. 217.

⁴⁶ Spagna Musso, Enrico. ..., *op. cit.*, p. 558.

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ Elósegui Itxaso, María. *Derechos Humanos y Pluralismo Cultural*. Madrid, Iustel, 2009, p. 36.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 37.

A partir de la reforma, los poderes públicos deben evitar esta tendencia de monopolizar la *res publica*, y menos la *res publica cultural*. Antes al contrario, deben de abandonar el contrasentido de uniformar a una sociedad tan heterogénea como la nuestra.

La reforma obliga a los Poderes públicos a permitir el pluralismo cultural y la libertad que se deriva de ese pluralismo; a superar su visión de noción de orden público estatista anterior a nuestro novísimo régimen democrático; a desterrar su actitud recelosa ante la evolución progresiva de las ideas y de las instituciones;⁵⁰ a abandonar el orden público como criterio de exclusión. La noción de orden público queda liberada con la reforma de la ancla a la que la tenía sometida la praxis estatal mexicana.⁵¹

La reforma tiene el efecto de propiciar el rechazo del orden público, como una función de *clausula generalis*⁵² limitadora de los derechos, en cuanto un recurso defensivo del Estado frente a un supuesto exceso en el ejercicio de las libertades. En su función anterior a la reforma, el orden público quedaba degradado en su valor jurídico, y su noción confundida con la de mera limitación arbitraria de las libertades.⁵³

La nueva noción de orden público lo ha convertido ya no en una limitación, sino en la salvaguardia de la libertad; transita de una visión eminentemente negativa, estática y limitadora a una concepción positiva y dinámica, a la de fomento y promoción de las libertades.⁵⁴ El contenido de la *clausula generalis* de orden público en lo sucesivo está determinada por los propios valores constitucionales.⁵⁵ Para poder entender el límite en el ejercicio de los derechos culturales es necesario atender ahora a su modalidad sin incidir en su contenido. El orden público constitucional será exclusivamente aplicable cuando satisfaga los presupuestos de esta nueva noción.

La extensión de la reforma es clara: tutelar el desarrollo libre del arte y la ciencia significa garantizar la actividad y la posibilidad de manifestarse y desarrollarse libremente; el único límite es la necesidad de su equilibrio, conforme al orden público constitucional.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 51.

⁵¹ *Ibid.*, p. 39.

⁵² *Ibid.*, p. 63.

⁵³ *Ibid.*, p. 54.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 64.

El debate de la extensión de la libertad de la cultura se inserta en referentes que le son propios. La creación cultural se caracteriza por la generación de valores simbólicos y signos de identidad en permanente evolución que incluso llegan a cuestionar los precedentes.

Para explorar el significado del límite en el ejercicio de los derechos culturales y el de su protección se puede recurrir de igual manera a la observancia del principio de la fidelidad (*Loyalty*⁵⁶ o *Verfassungstreue*)⁵⁷ a la Constitución y al Estado mexicano a la que todo ciudadano está obligado, y con mayor razón, todo servidor público. La fidelidad a la Constitución constituye un límite de orden general⁵⁸ en el ejercicio de los derechos culturales, que obliga a adherirse al complejo de valores que constituyen el sustrato político-ideológico del ordenamiento constitucional y compele a los ciudadanos a ajustar su conducta a ellos. Si se considera que no existe un carácter homogéneo de nuestra comunidad, debe excluirse, por lo tanto la aceptación de determinada ideología y de pretender conferirle un valor vinculante. La imposición de una ideología determinada, impediría por una parte aceptar a la Constitución como un sistema de democracia protegida,⁵⁹ que es la que legitima la defensa de los valores de la ley fundamental, y por la otra igualmente grave restringiría el ejercicio de los derechos de los sujetos, de las personas físicas y morales y el de sus libertades. La autonomía en el ejercicio de los derechos culturales encuentra su único límite en el principio de la fidelidad a la Constitución y a los fundamentos democráticos que la sustentan.⁶⁰

Arte y ciencia no admiten una predeterminación externa a su forma de ser. Una manifestación del pensamiento no puede tolerar o consentir una directriz en su desarrollo impuesta coactivamente. A esta libertad le asiste correlativamente la obligación de fidelidad a la constitución que exige su adecuación a los valores fundamentales del ordenamiento constitucional.

3. El derecho de acceso a la cultura

La actuación de los Poderes públicos, en este orden se da en dos momentos: el primero acaece cuando la manifestación cultural ha sido creada o comunicada y determina los

⁵⁶ La tesis de la fidelidad de la Constitución ha sido desarrollada ampliamente especialmente en el ámbito de la literatura jurídica norteamericana y alemana. Véase en la literatura jurídica Brown Jr. *Loyalty and Security*, New Haven, 1958; Mac Jver, *Academic Freedom in Our Time*; New York, 1955; Marshall, J., "The Defense of Public Education from Subversion", *Columbia Law Review*, 1951, p. 587 y ss; Sorensen, "Legislative Control of Loyalty in the School System", *Nebraska Law Review*; 1950, p. 485 y ss.

⁵⁷ Véase la tesis de la fidelidad en la literatura alemana Thoma, *Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer und ihre Begrenzung durch das Bonner Grundgesetz*, Tübingen, 1952; Friesenhann, *Staatslehre und Verfassung*. Krefeld, 1950; Köttgen, *Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität*, en Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, vol. I, p.290 y ss; Wehrhahn, *Lehrfreiheit und Verfassungstreue*, Tübingen, 1952.

⁵⁸ Spagna Musso, Enrico..., *op. cit.*, p. 556.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 557.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 560.

símbolos de identidad a través de la memoria colectiva. En este supuesto a los Poderes públicos les asiste el deber primario de procurar su conservación; el segundo de los momentos acaece cuando la manifestación cultural se encuentra en gestación; en este supuesto los Poderes públicos están obligados a crear las condiciones propicias para su floración, ya sea a través de la educación, la valoración o la percepción de las manifestaciones culturales en los diferentes ámbitos: literarios, científicos, artísticos.⁶¹ Esta es la genuina promoción cultural que ordena la reforma constitucional.

a. *Su naturaleza*

La reforma refiere al derecho al acceso a la cultura y no el derecho a la cultura. Ésta es una figura novedosa, que se separa de la tipología normativa convencional de las Constituciones liberales y desde luego pudiera sugerir su escasa o francamente nula eficacia jurídica.⁶² Esta aseveración encuentra su fundamento en la distinción entre los derechos fundamentales y los principios rectores en el texto constitucional. Conforme a esta tesis, el derecho al acceso a la cultura por ser un principio rector carecería de un contenido esencial, lo que conllevaría que no pudiera ser considerado como un derecho público subjetivo y como tal no sería jurídicamente exigible.⁶³ Esta distinción empero, debe ser matizada; debe diferenciarse claramente entre aquellos principios rectores que participan simultáneamente de la naturaleza de principios rectores y derechos y otros exclusivamente derechos.⁶⁴

Los derechos y libertades tal y como se consignan en el texto constitucional no dependen para ser exigibles de una regulación secundaria. Los principios rectores por su parte requieren para su eficacia de una regulación específica; por ello la reforma estuvo acompañada de la reforma a las fracciones XXV y XXIX-Ñ del artículo 73 constitucional. En lo que concierne al patrimonio cultural *material*, la distribución competencial legislativa reservó a la Federación su regulación y la legislación federal permaneció incólume, por lo que el principio rector del acceso a la cultura tuvo un contenido específico desde el inicio como efecto inmediato y pleno de juridicidad.

Por lo que respecta al patrimonio cultural *inmaterial*, el Congreso General debe concitar a la Federación, Entidades Federativas, Municipios y el Distrito Federal, para fijar las bases de

⁶¹ González Moreno, Beatriz... , *op. cit.*, p. 175.

⁶² *Ibid.*, p. 168.

⁶³ Cossío Díaz, José Ramón, *Estado Social y derechos de prestación*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 256-258.

⁶⁴ González Moreno, Beatriz... , *op. cit.*, p. 168.

coordinación de sus acciones y establecer los mecanismos de participación de los sectores social y privado, para cumplir los fines previstos la reforma. Estas bases deberán asegurarles a los conciudadanos mexicanos su derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. Las bases que se promulguen conforme al mandato constitucional, deberá establecer los mecanismos para el acceso y la participación de los ciudadanos a cualquier manifestación cultural. Estas bases van a conferirle al principio rector del derecho al acceso a la cultura, en el ámbito del patrimonio cultural *inmaterial*, de la juridicidad necesaria; a partir de su promulgación harían vinculante este principio rector a los poderes públicos y los obligaría a una actuación específica para preservar el reconocimiento, respeto y protección del patrimonio cultural inmaterial.⁶⁵

b. *Su contexto*

El significado del derecho al acceso a la cultura consiste en una especificidad del diseño de la actividad pública y de su consecuente política cultural. El mandato constitucional conlleva la garantía por parte de los poderes públicos de la apertura, la extensión y la generalización de la creación, la comunicación y la conservación del patrimonio cultural tangible e intangible.⁶⁶

La función de los poderes públicos en México a partir de la reforma, consiste en limitarse a favorecer el acceso a la cultura, y respetar en forma irrestricta la libertad individual. Por su propia naturaleza excluyen la imposición de cualquier modelo cultural o cualquier prestación directa en materia cultural. Esta función instrumental si bien es modesta, no por ello deja de ser esencial. La reforma excluye igualmente el modelo cultural hegemónico, que terminó por hacer florecer, entre otros efectos perversos, el arte oficial y el academismo, lo que condujo irremediablemente a la fosilización de la creación y a la perversión de la función cultural por parte de los poderes públicos. La autodeterminación y la autonomía resultan ser las notas distintivas reconocibles en la creación de nuestra cultura. Es la sociedad la que en ejercicio de su soberanía cultural identifica la composición del patrimonio cultural tangible e intangible, y determina el interés general; al hacerlo obliga a los Poderes públicos a crear las condiciones que posibiliten su acceso.⁶⁷

⁶⁵ Spagna Musso, Enrico..., *op. cit.*, p. 464.

⁶⁶ González Moreno, Beatriz..., *op. cit.*, p. 175.

⁶⁷ *Ibidem*.

4. La democracia cultural

La reforma no versa sobre una propuesta de un modelo cultural específico a los ciudadanos; antes al contrario, obliga a proveer de los medios para acceder a la cultura. Uno de los medios más importantes para facilitar el acceso a la cultura debe ser por lo tanto la democratización de la cultura.

Con esta reforma, los Poderes públicos están en la obligación de favorecer actividades culturales que abandonen la noción monolítica de la "cultura nacional" y abonen más en la aceptación de la diversidad étnica y de la diversidad de las elecciones individuales y colectivas.⁶⁸ La democracia cultural está íntimamente vinculada a la noción de derechos culturales.⁶⁹ El derecho cultural básico de cada individuo consiste en su participación plena en la vida cultural. El pluralismo cultural para que cobre un principio de vigencia debe ir acompañado de iniciativas democráticas culturales, que provean de los medios para que las comunidades puedan expresar su imaginación creativa en formas tangibles. La reforma fija los fundamentos culturales del Estado: los nuevos deberes primarios del Estado mexicano, por lo que se refiere al acceso a la cultura, son: el reconocimiento, la protección y la promoción de la identidad cultural.⁷⁰

5. La política cultural. Su debate

El acceso a la cultura presupone necesariamente una política cultural. El término "política cultural" tiene una resonancia decididamente contemporánea.⁷¹ La "política cultural" evoca la relación entre la cultura y el Poder Público. Tanto la política cultural del Estado como el reconocimiento de los "derechos culturales" deben tener como consecuencia no solamente acciones culturales, sino un verdadero desarrollo de los "derechos culturales", cuyo vértice es considerar a la cultura como una actividad de interés general y el objeto de una función pública. La función pública tiene como propósito dar satisfacción a una necesidad de interés público.

Afirmar la función pública en un ámbito específico es sostener una posición de principio: es reconocer que este ámbito presenta un carácter de interés general, al que los Poderes

⁶⁸ *Our Creative Diversity...*, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 240.

⁷⁰ Sally, Holt, "Family, Private Life, and Cultural Rights" en Weller, Marc (ed.), *Universal Minority Rights. A commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*. Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 223.

⁷¹ Pontier, Jean Marie, *et. al.*, *Droit de la Culture*. Segunda Edición, Dalloz, 1996, p. 280.

públicos deben necesariamente atender, respecto al cual no pueden eludir su responsabilidad y que inevitablemente deben reglamentar y financiar.

El postulado que gobierna esta función pública no es el principio de la tolerancia,⁷² sino el principio rector del respeto.⁷³ El respeto es una noción más comprensiva que el de la tolerancia, ya que implica una actitud positiva hacia la cultura y la posibilidad de recrearse de ella. Las diferencias culturales no se deben considerar como hostiles o inaceptables, sino como experimentos de formas distintas de vida, que contienen invaluable conocimientos y constituyen fuentes de información fascinantes. La reforma obliga a los Poderes públicos a tomar las medidas legislativas, administrativas y financieras para proteger y fomentar en igualdad de circunstancias para todos los conciudadanos, el pleno ejercicio de sus "derechos culturales".

La "política cultural" suscita una interrogante fundamental que es la función cultural de los Poderes públicos. En lo que parece haber unanimidad es en la atribución a los Poderes públicos de la guarda y custodia del patrimonio cultural *tangible*, que en su esencia consiste en la salvaguarda y restauración de los bienes culturales y en su propósito específico que es la preservación del conocimiento universal. El patrimonio cultural nacional finalmente es uno de los ejes de la identidad de la sociedad mexicana. La política cultural patrimonial se distingue del resto de la actividad cultural, en que se articula en función de los "bienes culturales" que en su conjunto integran el patrimonio cultural *tangible* del Estado mexicano; en esta forma el patrimonio cultural *tangible* debe descubrirse, conservarse, acrecentarse y difundirse. La noción del patrimonio cultural *tangible* no cesa de transformarse ya que los "bienes culturales" tienden a diversificarse en respuesta a los intereses colectivos.

⁷² Respecto de la tolerancia véase el artículo 2.1 de la Constitución de la República Federal de Alemania que preceptúa: "...los derechos de los otros como límite al libre despliegue de la personalidad...". Este precepto para Häberle tiene un educativo: la enseñanza de la tolerancia. En Häberle, Peter, *Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele...*, *op. cit.*

⁷³ *Our Creative Diversity...*, *op. cit.*, p. 15.

El derecho al trabajo frente a la jurisprudencia nacional e interamericana*

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA**

* Agradezco a los doctores José Luis Caballero Ochoa, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Cristian Steiner su amable invitación para participar en esta importante obra colectiva.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción y delimitación del tema.* II. *El derecho al trabajo: de principio liberal económico a derecho humano.* III. *El derecho al trabajo en el constitucionalismo mexicano.* IV. *Los instrumentos internacionales e interamericanos y el derecho del trabajo.* V. *El Artículo 5o. Constitucional y los alcances jurisprudenciales del derecho al trabajo.* VI. *El derecho al trabajo y la Corte Interamericana.* VII. *Consideración final.*

PALABRAS CLAVE: Derecho al trabajo; trabajador; contrato de trabajo; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Protocolo de San Salvador; Organización Internacional del Trabajo.

I. Introducción y delimitación del tema

El derecho del trabajo se puede entender a partir de sus tres dimensiones: la general, la individual y la colectiva. Su dimensión general se ha estudiado como una garantía individual, ahora considerada, a partir de la reforma constitucional reciente, como un derecho humano.¹ Su dimensión individual se entiende como la libertad de toda persona al derecho al trabajo y a condiciones de trabajo equitativas para su desarrollo. Mientras que su dimensión colectiva, se entiende como el derecho a la libre sindicalización y a la negociación colectiva. A pesar de que en el presente estudio se parte, como se señalará más adelante, de la indivisibilidad de los derechos humanos, sólo se abordará la dimensión general e individual del derecho al

¹ La reforma en materia de derechos humanos fue publicada el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación: *La denominación del título primero, capítulo I, de la Constitución federal, "De las garantías individuales", pasa a ser "Los derechos humanos y sus garantías". La nomenclatura que se propone posee un significado muy distinto al original: Al denominarse el capítulo en comento en principio como "Los derechos humanos...", hay un reconocimiento constitucional pleno a las denominación universal de los derechos básicos de la persona, lo que impedirá sustentar la falsa dicotomía que rezaba que una cosa son los derechos humanos, y otra muy distinta las garantías individuales. ... Al analizar la frase completa "Los derechos humanos y sus garantías", encontramos que no evoca dos tipos de derechos, por una parte los derechos humanos y, por la otra, las conocidas garantías individuales, sino que se alude a los derechos humanos, y técnicamente, a los instrumentos que le sirven de garantía; esto es, los medios a través de los cuales se buscan su eficacia cuando las autoridades los desconozcan o de plano los trasgreden, que son los previstos básicamente en los artículos 97, 99, 102, 10, 107 105 constitucionales. ... En ese sentido la alusión al término "garantías"... no tiene ni debe dársele el significado tradicional, sino el moderno, de medios constitucionales para la protección de los derechos humanos, en especial de tipo judicial. Ver: Carmona, Jorge, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", pp. 43-44, en Carbonell, Miguel y Salazar Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011.*

trabajo contenida en el artículo quinto constitucional y tangencialmente, cuando consideremos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CortelDH o "la Corte"), se abordará su dimensión colectiva, ya que de lo contrario implicaría hacer un estudio jurisprudencial del artículo 123 constitucional.

El estudio del derecho al trabajo como derecho humano en su dimensión general e individual, requiere señalar cómo fue originalmente entendido como un principio económico (I); cómo se fue diseñando en el constitucionalismo mexicano (II); su consagración en los instrumentos internacionales e interamericanos (III), los alcances y posibles limitaciones del derecho al trabajo por la jurisprudencia mexicana (IV); y cómo ha sido su lenta pero creciente aparición en el ámbito de la Corte Interamericana (V).

II. El derecho al trabajo: de principio liberal económico a derecho humano

El derecho al trabajo ha tenido dos grandes interpretaciones a lo largo de su historia. Primero se le entiende como un derecho individual de naturaleza liberal económica para convertirse, al paso del tiempo, en un derecho humano con una esencia general, individual y colectiva.

En sus inicios el derecho al trabajo aparece como derecho liberal o enfrentado a las corporaciones, las cuales estorbaban para el desarrollo del capital, de la industria y del comercio. Las corporaciones aparecen en el siglo X y tienen su momento de apogeo entre los siglos XV y XVI. Las corporaciones monopolizaban la producción, impedían el trabajo a quienes no formaran parte de ellas y evitaban la competencia entre maestros de un mismo oficio.²

Al paso del tiempo, la producción corporativa se hizo insuficiente para cubrir el constante incremento de necesidades. El aumento de las relaciones entre Estados, el creciente comercio, el desarrollo de las ciencias y del capitalismo cuestionaron dicho sistema de producción. La producción de bienes a gran escala demandaba cambiar el modelo de relaciones de trabajo.

Las ideas liberales que proclamaban el derecho absoluto a todos los trabajos y que se oponían a toda organización que impidiera el libre ejercicio de aquel derecho, resultaron la base de la conceptualización del derecho al trabajo como un derecho liberal, que permitiera el desarrollo del *homo economicus*. El principio de que los hombres son libres y deben

² De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 1961, T. I, pp. 10-11.

organizarse a través de un nuevo contrato social plasmadas en el *Contrato Social* de Jean-Jacques Rousseau y la idea de la necesaria destrucción de las cadenas que ligaran al hombre plasmadas en el *Discurso sobre los Orígenes de la Desigualdad entre los Hombres*, también de Rousseau, fueron reducidas a la única libertad que le interesaba al liberalismo económico, aquella que permitiera la producción fabril, la libertad de industria.

Tres regulaciones francesas pueden citarse como fundamento del derecho al trabajo como un derecho liberal. En primer lugar el Edicto del Ministro Turgot, de 1776, que suprimió las corporaciones, las cuales, debido a las presiones que se ejercieron, quedaron restauradas con ciertas limitaciones a la caída del Ministro. En segundo lugar, el decreto 2-17 de marzo de 1791, en donde el artículo séptimo establecía: "A partir del primero de abril, todo hombre es libre de dedicarse al trabajo, profesión, arte u oficio que estime conveniente, pero estará obligado a proveerse de un permiso, a pagar los impuestos de acuerdo a las tarifas siguientes y a conformarse a los reglamentos de policía que existan o se expidan en el futuro". En tercer lugar, la Ley Chapellier de junio de 1791 que prohibió la reorganización de las corporaciones y la formación de nuevas organizaciones cualquiera que fuera la forma que se les diera. Particularmente el artículo primero de la ley señalaba que: "Considerando que la desaparición de cualquier especie de corporaciones constituidas por ciudadanos del mismo oficio o profesión es una de las bases fundamentales de la Constitución Francesa, queda prohibido su restablecimiento, cualquiera que sea el pretexto o la forma que se les dé".³

En sus orígenes, el principio de libertad se ligaba al de igualdad. La ficción de la igualdad jurídica hacía impensable una regulación especial para los trabajadores. No podía haber un derecho al trabajo porque no podía existir una regulación especial que rompiera con el principio liberal de igualdad, en la medida de que todos los hombres eran iguales. Sin embargo, la igualdad proclamada por la Revolución francesa, pronto quedó como lo que realmente era, un principio formal, pero no real. Al paso del tiempo, la supuesta igualdad no implicó otra cosa para los trabajadores, que un trato desigual. Si bien el contrato de trabajo debía ser el resultado de la libertad de las partes para contratar, en los hechos, era el empleador quien fijaba las condiciones de trabajo, modificaba su contenido o lo daba por terminado. Un ejemplo de la manifestación de la igualdad formal para contratar se puede observar en la obra de Friedrich Engels, *La Situación de la Clase Obrera en Inglaterra*, en la cual se expone, respecto a los contratos de trabajo:

¡Y en la fábrica! Aquí, el industrial es el legislador absoluto. Promulga los reglamentos válidos para la fábrica según le plazca; modifica su código, decreta

³ *Idem.*, pp. 12.

aditamentos a voluntad, y si introduce los reglamentos más insensatos, los tribunales dicen al obrero: 'Pero usted es dueño de su persona, a pesar de todo usted no tiene necesidad de firmar semejante contrato si no tiene el menor deseo de hacerlo; pero ahora que ha suscrito libremente ese contrato, debe cumplirlo.'⁴

Bajo la anterior situación, resultaba necesario repensar el derecho al trabajo, ya no como un derecho liberal, de tinte económico, sino como un derecho que atendiera a la dignidad del ser humano. De hecho la misma legislación liberal vislumbró los necesarios límites de la libertad de contratar. El artículo 1780 del Código Civil francés estableció que no podía obligarse el trabajador sino por cierto tiempo o para la ejecución de una obra determinada. Al respecto la exposición de motivos del Código señalaba que: "Sería verdaderamente extraño que un doméstico, un obrero o un artesano, pudieran obligar sus servicios, sus obras o su industria por toda su vida, pues la condición del hombre libre rechaza toda especie de esclavitud."

El surgimiento del derecho al trabajo en el constitucionalismo mexicano, se enmarca bajo esta última perspectiva. Si bien en sus orígenes los principales documentos y constituciones, consagraron en primer lugar la prohibición de la esclavitud (*Sentimientos de la Nación*) y la libertad de trabajo (Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana). En un segundo momento, se reafirmó la libertad de trabajo (Constitución de 1857), para finalmente concebir al derecho al trabajo como una garantía individual y social (Constitución de 1917). Que tras la última reforma constitucional se entiende, de una manera más completa, como un derecho humano (II).

III. El derecho al trabajo en el constitucionalismo mexicano

Durante la Época Colonial, se trasladó a nuestro país el esquema de los gremios reinantes en Europa. Fueron las Leyes de Indias las que adoptaron ciertas regulaciones acerca de las condiciones de trabajo de los indígenas. Como país independiente, el primer señalamiento indirecto sobre la libertad de trabajo se puede desprender de la prohibición del trabajo forzoso contenida en el punto 15 de *Sentimientos de la Nación*, elaborado por José María Morelos y Pavón, el cual establece: "Que la esclavitud se proscriba para siempre...". Así mismo, del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana de 1814 se puede desprender

⁴ Engels, Friedrich, *La situación de la clase obrera en Inglaterra (1845)*, Buenos Aires, Editorial Futuro, 1965, p. 256.

la libertad al trabajo del artículo 38, el cual señalaba que: *Ningún género de cultura, industria o comercio puede ser prohibido a los ciudadanos, excepto los que forman la subsistencia pública*. No obstante, la primera gran discusión en torno al derecho al trabajo se presentó en el Constituyente de 1857. Durante el desarrollo del Congreso Constituyente, estuvo presente la discusión del derecho al trabajo como principio liberal y como principio social. Prevalenciando la primera visión.

El proyecto de Constitución dado a conocer por Ponciano Arriaga, al referirse a la condición de los mexicanos, señalaba en su parte expositiva, que:

...Nuestras leyes, en efecto, muy poco o nada han hecho a favor de los ciudadanos pobres trabajadores; los artesanos, y los operarios del campo no tienen elementos para ejercer su industria, carecen de capitales y de materias, están subyugados por el monopolio, luchan con rivalidades y competencias invencibles, y son en realidad tristes máquinas de producción... Merecen que nuestras leyes recuerden alguna vez que son hombres libres, ciudadanos de la nación, miembros de una misma familia.⁵

El 8 de agosto de 1856, cuando se discutía la libertad de trabajo, el ilustre jurista Ignacio Vallarta hizo un relato de los abusos que cometían los patrones contra los trabajadores: "...Yo, lo mismo que la comisión me he indignado una vez y otra vez de ver cómo nuestros propietarios tratan a sus dependientes. Yo, lo mismo que la comisión reconozco que nuestra Constitución democrática será una mentira, más todavía un sarcasmo, si los pobres no tienen sus derechos más que detallados en la Constitución...".⁶ No obstante Vallarta consideró que el deber del Constituyente se limitaba sólo a proclamar principios, dejando para la legislación secundaria el desarrollo de los principios:

Yo creo señor, que la proclamación del principio de la libertad de trabajo llena nuestros deberes de legisladores constituyentes. No me hago la ilusión de creer que eso basta para curar el mal de que con justicia, lo repito, se queja la comisión: pero opino que el desenvolvimiento de aquel principio, materia de una ley secundaria, y formada conforme a las doctrinas de la ciencia, será capaz de liberar el trabajo de las trabas que lo oprimen y que constituyen los abusos de los propietarios...A menos que queramos formar una Constitución defectuosa por la

⁵ Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857*, tomo I, pp. 12 y 17.

⁶ Zarco, Francisco, *Crónica del Congreso Constituyente (1856-1857)*, México, Colegio de México, 1979, reimpresión, p. 454.

aglomeración de extrañas materias, no concibo cómo pueden hacerse lugar en nuestro código fundamental tales puntos...y por eso propongo que nuestro Código fundamental, se restrinja a proclamar la libertad de trabajo, encomendando a una ley secundaria la organización de él.⁷

Como lo señala Mario de la Cueva, lentamente Vallarta confundió la libre elección de una actividad con la libre fijación de las cláusulas en los contratos de trabajo, embrolló la idea filosófica, social y jurídica de la libertad humana para trabajar, con el principio económico de la libre fijación de las condiciones de prestación de servicios.⁸

Si bien es cierto que la Constitución de 1857, no fue el instrumento para el desarrollo del derecho al trabajo, si puede señalarse que sus artículos aprobados, así como las intervenciones de los constituyentes, abrieron la discusión sobre el papel del derecho al trabajo: libertad de trabajo y la prohibición de prestar trabajos sin justa retribución y consentimiento.

La consolidación de las ideas sociales de los ilustres pensadores mexicanos del siglo XIX terminaría manifestándose en la primera gran constitución social del siglo XX, la Constitución Mexicana de 1917. Cuando en el seno del Constituyente se presentó el proyecto de artículo quinto, los constituyentes progresistas, ahora en mayoría (lo que no sucedió en el Constituyente de 1857) sobre los liberales conservadores, formaron una comisión encargada de presentar un nuevo proyecto. El nuevo proyecto de artículo conservó la misma redacción, agregando la jornada máxima de trabajo, el trabajo de menores y mujeres, así como el descanso semanal.

Sería el inicio de la aparición del derecho al trabajo en su ámbito individual y social regulado en dos apartados constitucionales el artículo 5 y el artículo 123. En un artículo, el quinto, considerando sus alcances generales e individuales y en otro, sus alcances colectivos.⁹ Por lo que, resulta necesario reafirmarlo desde ahora, es imposible entender un artículo sin el otro.

⁷ *Idem.*

⁸ De la Cueva, Mario, "La Constitución de 5 de febrero de 1857", en Izquierdo y de la Cueva, Ana Luisa (Compilación y semblanza de); *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*; México, UNAM/FCE, 1994, p. 295.

⁹ Todo el derecho es por naturaleza social. Hablar de derecho social, implica una falta de pureza conceptual, no obstante posee la indudable ventaja de ser un término sugestivo que proporciona una idea del contenido y de la materia a la que se refiere. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio del Derecho procesal social", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, México, núm. 3, 1965, p. 23.

Se denomina derecho social al régimen jurídico que reacciona contra el individualismo y que busca una adecuación del derecho a la realidad concreta del ser humano. García Ramírez, Sergio, "El derecho social", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, julio-septiembre, tomo XV, Núm. 59, 1965, UNAM, México, p. 634.

Heriberto Jara señaló que la Constitución debería ser reglamentaria cuando fuera necesario.¹⁰ La propuesta de Heriberto Jara fue una posición diferente a la sostenida, en su momento, por Vallarta, quien, como se ha visto, se opuso a que la Constitución de 1857 reglamentara los derechos contenidos en la misma. Por su parte, Alfonso Cravioto propuso la redacción de un artículo que se dedicara exclusivamente al derecho al trabajo:

Insinuó la conveniencia de que la Comisión retire, si la Asamblea lo aprueba, del artículo 5, todas las cuestiones obreras, para que, con toda amplitud y con toda tranquilidad, presentemos un artículo especial que será el más glorioso de todos nuestros trabajos aquí, pues, así como en Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos el hombre, así la revolución mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consagrar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros...¹¹

Pastor Rouaix, Victorio E. Góngora, Heriberto Jara, y José Natividad Macías integraron la comisión y presentaron el 13 de enero de 1917 un nuevo dictamen que fue aprobado como el artículo 123 constitucional, al cual se le dedicó el título IV con el rubro: "Del trabajo y la previsión social".¹² Los principales temas originalmente regulados en el precepto constitucional fueron: Trabajo y descanso; salario; mujeres y menores; participación de las utilidades; estabilidad en el empleo; protección a la salud y a la vida de la familia del trabajador; el derecho de asociación profesional; autoridades de trabajo; irrenunciabilidad de los derechos obreros y seguridad social.

IV. Los instrumentos internacionales e interamericanos y el derecho del trabajo

Como lo señala el ilustre jurista Sergio García Ramírez,¹³ si la revisión de las relaciones entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional pudo parecer hace tiempo, sacrílego

¹⁰ 23a. Sesión Ordinaria celebrada en el Teatro Iturbide la tarde del martes 26 de diciembre de 1916. Ver en: Remolina Roqueñí, *El artículo 123 constitucional*, México, IMSS, 2000. Particularmente la parte que transcribe los *Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, 536-537 pp.

¹¹ *Idem*, p. 568.

¹² *Idem*, pp. 593-598.

¹³ García Ramírez, Sergio, *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en García Ramírez, Sergio, (coordinador) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001, p. 1127.

o inútil, hoy es necesario y urgente. Es una de las cuestiones más relevantes a resolver en el derecho constitucional de los Estados y en el *jus gentium*.

A pesar de la importancia de los derechos sociales, económicos y culturales y el plano de igualdad e interdependencia que tienen con los derechos civiles y políticos,¹⁴ la CorteIDH ha atendido generalmente casos relativos a los derechos civiles y políticos. Sin embargo, poco a poco la Corte conoce de temas relativos a los derechos sociales¹⁵ y particularmente al trabajo y a la educación, los cuales deberán tomar una mayor importancia con el paso del tiempo. El uso cada vez más extensivo del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención"), deberá incrementarse con el paso del tiempo.¹⁶

No puede ser de otra manera, dada la indivisibilidad¹⁷ de los derechos humanos. Robert Alexy ha señalado que los derechos sociales fundamentales no pueden verse como obstáculos de la libertad, ni de los derechos civiles y políticos, ya que los derechos sociales también se

¹⁴ Entre los derechos fundamentales de libertad y de prestación, hay una continuidad, porque existe un vínculo de necesidad, entre ellos, para poder existir. Otto Pardo, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistemas de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 107.

Implica, desde la perspectiva de Norberto Bobbio, el paso de la persona considerada en abstracto a la persona considerada en concreto. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema, 1991.

Hablar de derechos de primera, segunda o tercera generación, puede ser una división peligrosa, porque implicaría reconocer la primacía de cierto tipo de derechos sobre otros o la necesaria garantía primaria de algunos de ellos, olvidando la unidad y continuidad de todos los derechos fundamentales. Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos*, Caracas, Editora Jurídica Venezolana, 1985, pp. 10-22.

Sólo se puede pensar en derechos de primera, segunda o tercera generación, si no implican la sustitución de unos por otros, ya que en ocasiones las generaciones posteriores de derechos, son la redimensión de los derechos anteriores para adaptarse a nuevos contextos. Ruiz Miguel, Carlos, "La tercera generación de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, Núm. 72, abril-junio, 1991, p. 303.

¹⁵ Ver: Courtis Christian; Hauser, Denis y Rodríguez Huerta, Gabriela, (Compiladores), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005; Melish, Tara J., "El litigio supranacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales: Avances y retrocesos en el sistema interamericano", 2006. http://www.escri-net.org/usr_doc/08_tara.pdf. Consultado el 10 de octubre de 2011; García Ramírez, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2003; Urquilla, Carlos Rafael, "Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núms. 30-31, 2001, y Chávez Sánchez, Odalinda, "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en González Martín, Nuria y Chávez Sánchez, Odalinda, *Dos temas torales para los derechos humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos sociales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2008; Ventura Robles, Manuel, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre de 2004; Pinto, Mónica, "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano", *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre de 2004, pp. 25 y ss.; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

¹⁶ Courtis, Christian, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/20.pdf>> (27 de junio de 2013)

¹⁷ Dermizaky Peredo, Pablo, "Estado actual de los derechos fundamentales en Europa y América (breve estudio de derecho comparado)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Madrid, pp. 54-56.

fundan en la libertad, en donde los derechos civiles y políticos deben asegurar la igualdad jurídica, mientras que los derechos sociales deben asegurar la libertad fáctica.¹⁸

Así mismo, para Carlos Santiago Nino los derechos sociales son una extensión de los derechos individuales. Nino señala tres confusiones en la que suelen incurrir algunos ideólogos del liberalismo conservador para oponerse a los derechos sociales: En primer lugar, suponer que el orden del mercado es espontáneo y por lo tanto, debe existir el adelgazamiento del Estado. En segundo lugar, suponer que la autonomía está constituida por condiciones de no interferir; olvidando que la autonomía requiere derechos para exigirla. En tercer lugar, presentar la distinción entre condiciones normativas y materiales de la libertad como una jerarquía, en donde el principio formal de libertad está por encima de la libertad material. Confusión en la que suelen caer también algunos análisis marxistas, sostiene Santiago Nino.¹⁹

Por otro lado, a nivel nacional, el control de convencionalidad cobra fuerza con la reciente reforma al artículo primero constitucional. Así como por la obligación que tienen los jueces nacionales de tener en cuenta no sólo los tratados de los que sea parte un Estado, sino la interpretación que se ha hecho de los mismos. Al menos en lo que corresponde a la CortelDH según ha quedado señalado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*: Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CortelDH, intérprete última de la Convención.²⁰

¹⁸ Alexy, Robert, "Derechos sociales fundamentales", en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan y Vázquez, Rodolfo, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa/UNAM, México, 2001

¹⁹ Nino, Carlos S., "Sobre los derechos sociales", en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan y Vázquez, Rodolfo, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa/UNAM, México, 2001.

²⁰ Ver: Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Ver también: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto- 2011, pp. 917-967; y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez

En el ámbito interno, el control de convencionalidad ha sido afirmado por la siguiente tesis:

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.²¹

Existe también otra tesis que se refiere al control de convencionalidad respecto a la CADH:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.²²

A la luz de las anteriores consideraciones, a pesar de la aún poca presencia de los derechos económicos y culturales en las resoluciones y opiniones consultivas de la CortelDH, es importante para el juzgador mexicano conocer los instrumentos internacionales y regionales que garantizan el derecho al trabajo. Entre los instrumentos internacionales que se pueden

Mexicano en Carbonell, Miguel y Salazar Pedro, La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma, UNAM, México, 2011.

²¹ Tesis Aislada. XI.1o.A.T.47 K. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932. Reg. IUS. 164611.

²² Tesis Aislada. I.4o.A.91 K. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C. t. XXXI, marzo de 2010; p. 2927. Reg. IUS. 165074.

señalar, se encuentran: La Carta de las Naciones Unidas en 1945 (en adelante "Carta ONU"); la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (en adelante, "DUDH"); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "PIDESC"); la Declaración Sobre El Progreso y el Desarrollo en lo Social; la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante Carta OEA); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH); y el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador. (en adelante "Protocolo de San Salvador").

Cada uno de los anteriores documentos contemplan el derecho al trabajo, al igual que diversos instrumentos internacionales elaborados por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante "OIT"). Por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 55, establece que con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá *trabajo permanente para todos*, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social. A su vez, la DUDH en el artículo 23, menciona que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

Por su parte el PIDESC, establece en su artículo 6 que los estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho. Igualmente la Declaración Sobre El Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969 establece en su artículo 10 la garantía del derecho al trabajo en todas las categorías.

En el ámbito americano, la Carta de la OEA de 1948 establece en el artículo 34 que los Estados convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos. A su vez, la DADDH en el artículo XIV establece que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Destaca también el "Protocolo de San Salvador" en su artículo 6 señala que toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de tener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Además los Estado partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen

plena efectividad al derecho del trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional.

Por otro lado, La OIT, en el preámbulo de su Constitución señala que *la lucha contra el desempleo* es una medida para mejorar las condiciones de trabajo. El combate al desempleo no puede ser otra cosa que garantizar a todo individuo el derecho al trabajo. Así mismo, en la Declaración de Filadelfia de 1944 se afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades y que la OIT tiene la obligación de fomentar programas que permitan lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida; emplear a trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común.

En materia de convenios internacionales de la OIT, es de destacar el Convenio 122 sobre política de empleo. El convenio 122²³ establece las políticas de empleo deben tender

...garantizar que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo. Así mismo que dicho trabajo debe ser tan productivo como sea posible; que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga...

Tomar en cuenta los anteriores instrumentos internacionales resulta sumamente importante. Como ya ha sido señalado por la doctrina la CortelDH ha empleado instrumentos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales para interpretar la Convención. En el caso Baena, por ejemplo, la Corte cita la Constitución de la OIT y los convenios 87, relativo a la libertad sindical y el convenio 98 relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva de la OIT. Cita el Protocolo de San Salvador, recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.²⁴

²³ Países que han ratificado el convenio 122: Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Japón, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia, Turquía, Uruguay, Zambia, entre otros. México no ha ratificado el convenio.

²⁴ Courtis, Christian, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 437.

Hoy en día, el derecho al trabajo y el derecho al empleo²⁵ se encuentran presente en el constitucionalismo contemporáneo, tanto latinoamericano como europeo.²⁶ Derecho que ha sido desarrollado por la jurisprudencia nacional (IV) e interamericana (V), como se podrá observar a continuación.

V. El Artículo 5o. Constitucional y los alcances jurisprudenciales del derecho al trabajo

El artículo quinto constitucional, desde su promulgación en 1917, ha sido modificado en cuatro ocasiones (1942, 1974, 1990 y 1992). En su redacción actual, señala lo siguiente:

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 Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de

²⁵ El Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo no es lo mismo, ya que el Derecho al Empleo como su nombre lo dice "empleo" puede conceptuarse como el ingreso o el encuadramiento a una tarea, en tanto que "trabajo" es la actividad misma prestada por la persona. Barretto Ghione, "Derecho al empleo y derecho del trabajo: una dialéctica de interferencias", *Contribuciones*, Argentina, año XIX, núm. 4, Diciembre, 2002, pág. 34.

²⁶ Sánchez-Castañeda, Alfredo, Empleo, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coord.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, UNAM/Colegio Nacional, México, 2011, pp. 309-326.

índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

El precepto constitucional desarrolla el derecho del trabajo a partir de la libertad al trabajo. Libertad que no es absoluta, irrestricta e ilimitada; situación que ha permitido limitar el derecho al trabajo de los servidores públicos; cuando se ven afectados derechos de terceros; cuando se regule el ejercicio de las profesiones; cuando se le otorgan facultades de certificación a los colegios; cuando se establecen requisitos para crear asociaciones; y cuando se refiere al trabajo que pudiera parecer forzoso o no remunerado.

1. La libertad de trabajo no es absoluta, irrestricta o limitada

El primer párrafo del artículo quinto constitucional consagra la libertad de trabajo, siempre y cuando la profesión, industria o trabajo sean lícitos, no sea vedado por resolución judicial, gubernativa, cuando se ataquen los derechos de terceros o se ofendan los derechos de la sociedad:

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...

Si bien el artículo quinto constitucional garantiza la libertad de trabajo, no se trata de una libertad absoluta, ya que admite varios tipos de acotaciones, por ejemplo, siendo lícita una actividad no debe implicar la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley a favor de otro o siendo lícita una actividad, 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.²⁷

Así ha sido reafirmado por la jurisprudencia, al señalar que la garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5o., primer párrafo, no es absoluta, irrestricta e ilimitada.²⁸ Ya que como cualquier libertad, requiere de la existencia de normas de reglamentación que determinen las condiciones en que se puede ejercer y armonizar en beneficio de la colectividad.²⁹

El hecho de que no se trate de una garantía absoluta, ha permitido que la jurisprudencia mexicana señale en la mayoría de las resoluciones de su novena época, que no se viola la libertad de trabajo. Al respecto bien se podría argumentar, por un lado, que la regulación que se ha desarrollado alrededor del derecho del trabajo garantiza el correcto ejercicio de un trabajo, oficio o profesión, o que por otro lado, poco a poco se limita el derecho al trabajo al dejar cabos sueltos en la regulación existente. Sería incorrecto señalar que una de las dos aseveraciones es correcta. De hecho, existe una razón limitada en cada supuesto. Como vamos apreciar a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, se ha considerado que si se viola la libertad de trabajo cuando concierne sólo a gobernados en lo particular.³⁰ Además, recientemente la jurisprudencia, ha señalado que la

²⁷ Tesis P./J. 28/99 (9ª). 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 y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. IX, abril de 1999, p. 260. Reg. IUS. 194152.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Tesis. P./J. 29/99 (9a.). LIBERTAD DE TRABAJO. EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE RESTRINGIR ESA GARANTÍA A GOBERNADOS EN PARTICULAR. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. IX, abril de 1999 p. 258. Reg. IUS. 194151.

libertad de trabajo es un derecho fundamental que debe concebirse en asociación, equilibrio y armonía con el desarrollo sustentable.³¹

2. Libertad de trabajo y servidores públicos

Alrededor de los servidores públicos, han aparecido una serie de limitaciones del derecho al trabajo y de la libertad de trabajo que la Corte ha considerado constitucionales, particularmente cuando se trata de miembros de servicio profesional de carrera ministerial, policial y federal; respecto de la obligación de excusarse de los servidores públicos que puedan tener algún interés en un negocio jurídico relacionado con su actuar como servidor público. Así como cuando los trabajadores de la Procuraduría General de la República deben someterse a exámenes de confianza, acogerse al programa de reubicación o adherirse al programa de conclusión de sus servicios.

En el caso de los miembros del Servicio Profesional de Carrera Ministerial, Policial y Pericial:

... la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al prever que por incumplimiento de los requisitos de ingreso y permanencia puede suspenderse en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Servicio Profesional de Carrera Ministerial, Policial y Pericial hasta en tanto el Consejo de Profesionalización resuelva lo conducente, no viola la citada garantía constitucional, porque dicha suspensión no constituye un acto definitivo, sino una medida suspensiva provisional que surte sus efectos únicamente durante la tramitación del procedimiento de separación del servicio. Así, al incumplirse los requisitos previstos en la citada ley orgánica que rige la función, y ante la eventualidad de que puedan ofenderse derechos de la sociedad, se actualiza la excepción constitucional que autoriza limitar, mediante resolución gubernativa, la mencionada garantía constitucional.³²

³¹ Tesis Aislada. I.4o.A.451 A. LIBERTAD DE TRABAJO Y SEGURIDAD JURÍDICA. SON DERECHOS FUNDAMENTALES QUE JUNTO CON EL DESARROLLO SUSTENTABLE, DEBEN CONCEBRIRSE EN UNA RELACIÓN DE SINERGIA, EQUILIBRIO Y ARMONÍA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época., México, T.C.C., t. XXI, enero de 2005, p.1793. Reg. IUS. 179551.

³² Tesis Aislada. 1a. XCII/2011. SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA MINISTERIAL, POLICIAL Y PERICIAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. EL ARTÍCULO 47, FRACCIÓN III, DE LA LEY ORGÁNICA DE DICHA INSTITUCIÓN, QUE PREVÉ LA SUSPENSIÓN DE SUS MIEMBROS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXIII, junio de 2011, p. 170. Reg. IUS. 162481. La garantía de libertad de trabajo contenida en el artículo 5o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluta, en tanto que pondera la licitud de la actividad de que se trate, así como los derechos de terceros y de la sociedad en general, a fin de atender a principios fundamentales para su exigibilidad y tutela. En ese sentido, el artículo 47, fracción III, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al prever que por incumplimiento de los requisitos de ingreso y permanencia puede suspenderse en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Servicio Profesional de Carrera Ministerial, Policial y Pericial hasta

Se ha considerado también que no se viola la libertad de trabajo cuando los servidores públicos que tengan algún interés en la atención, tramitación o resolución de un asunto, deban excusarse:

...no transgrede la garantía de libertad de trabajo contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior, porque si bien es cierto que contiene una restricción para que los servidores públicos, aprovechándose del cargo que ostenten, obtengan beneficios personales adicionales, también lo es que no impide que se dediquen al trabajo que les acomode siempre que se ajusten al orden jurídico, esto es, lo hagan lícitamente. Además, lejos de ser una restricción irracional, salvaguarda la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que debe imperar en el desempeño de las funciones, empleos, cargos y comisiones de cualquier servidor público, principios derivados del artículo 113 constitucional.³³

Finalmente, en lo tocante a los trabajadores de la Procuraduría General de la República que deben someterse a exámenes de confianza, acogerse al programa de reubicación o adherirse al programa de conclusión de sus servicios, señala la Corte, no se trasgrede la libertad de trabajo consagrada en el artículo quinto, primer párrafo, de la Constitución, ya que nada les impide dedicarse a su trabajo, además de que en primer lugar se busca que conserven su trabajo y además porque:

...es voluntad del servidor público decidir dejar de prestar sus servicios en la administración pública federal al adherirse al programa de conclusión de la prestación de servicios en forma definitiva de los servidores públicos, pero aun en ese caso, no se veda su libertad para dedicarse al trabajo que les acomode, en otro sector de la sociedad.³⁴

en tanto el Consejo de Profesionalización resuelva lo conducente, no viola la citada garantía constitucional, porque dicha suspensión no constituye un acto definitivo, sino una medida suspensiva provisional que surte sus efectos únicamente durante la tramitación del procedimiento de separación del servicio. Así, al incumplirse los requisitos previstos en la citada ley orgánica que rige la función, y ante la eventualidad de que puedan ofenderse derechos de la sociedad, se actualiza la excepción constitucional que autoriza limitar, mediante resolución gubernativa, la mencionada garantía constitucional.

³³ Tesis Aislada. 1a. XXXVI/2011. RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 8, FRACCIÓN XI, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXIII, P. 466. Reg. IUS. 162481.

³⁴ Tesis: 2a./J. 80/2010 (9a.). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. EL ARTÍCULO CUARTO TRANSITORIO DE LA LEY ORGÁNICA RELATIVA, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXXI, junio de 2010. 267. Reg. IUS.164443.

Se entiende la preocupación de la Corte al señalar que el artículo cuarto transitorio de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República tiende a garantizar a la sociedad que el trabajo desempeñado por sus servidores públicos de base se desarrolle conforme a los principios que rigen en la Institución, dada la delicada tarea que representa procurar justicia en México. Sin embargo, resalta el principio de desconfianza que tiene la propia autoridad sobre sus propios servidores públicos.

Destaca también la *acción de inconstitucionalidad 10/98 interpuesta por la minoría de los diputados integrantes de la LVIII legislatura del Congreso de Nuevo León acerca de la Ley del Servicio Profesional Electoral estatal*. Considerando parcialmente procedente, infundada en parte y fundada en otra, la acción de inconstitucionalidad promovida por la Minoría de los Diputados integrantes de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León, en contra de las autoridades y por las disposiciones precisadas en el primer resultando de esta ejecutoria. Declarando la invalidez del Artículo Segundo Transitorio de la Ley del Servicio Profesional Electoral del Estado de Nuevo León, únicamente en la parte relativa que dice: "... y no podrán ser elegibles para ocupar los cargos del Servicio Profesional Electoral a que se refiere el presente ordenamiento".

La Corte consideró que no

...existe contravención a los artículos 5o., 14 y 123, Apartado B, fracción IX, de la Constitución Federal, ya que no se afectan los derechos laborales de los integrantes de la Coordinación Técnica, toda vez que, en la especie, no se trata de un despido, destitución o cese del encargo en virtud de lo cual tuvieran que reunirse las formalidades debidas que para tal efecto establecen dichas disposiciones (determinación judicial o resolución gubernativa, garantía de audiencia previa y suspensión o cese por causa justificada), sino simplemente se está en presencia de la terminación del encargo que venían desempeñando los integrantes de la Coordinación Técnica.

Sin embargo, la Corte señaló que el concepto de invalidez es fundado en parte, ya que el artículo Segundo Transitorio de la Ley del Servicio Profesional Electoral, si contraviene lo dispuesto por el artículo 5o. de la Constitución Federal ya que no constituye una regla general y la prohibición se incluyó en un artículo transitorio con relación únicamente a los integrantes de la citada Coordinación que fueron designados para el proceso electoral de mil novecientos noventa y siete:

De lo expuesto se concluye que la Legislatura Estatal, al establecer la prohibición de mérito, no está estableciendo una norma general que justifique una

situación determinada, sino que, por el contrario, tiende a impedir un derecho legítimo de determinadas personas, para poder participar en un procedimiento de selección en el que pueden ser elegibles para ocupar un cargo en el Servicio Profesional Electoral, que conforme a las propias disposiciones de la Ley, de reunir los requisitos necesarios, les permitirían participar en el concurso respectivo. En estas condiciones, resulta evidente que la norma transitoria al establecer la prohibición de mérito, afecta la libertad de trabajo de quienes se ubican en los supuestos de la misma.

3. Libertad de trabajo y protección de derechos de terceros

Señala el primer párrafo del artículo quinto constitucional que la libertad al trabajo, sólo puede vedarse, entre otras razones, cuando se ataquen derechos a terceros. Al respecto, existen resoluciones jurisprudenciales que han limitado la libertad de trabajo de los médicos, quienes tienen la obligación de ofrecer, en caso de violación de inmediato y hasta un máximo de ciento veinte horas después de ocurrido el evento, la anticoncepción de emergencia.³⁵

La libertad de trabajo, en la jurisprudencia mexicana, encuentra sus límites cuando se violan derechos de terceros. El hecho de requerir una licencia sanitaria vigente por parte de las unidades o establecimientos que realizan cirugías estéticas o cosméticas, tampoco viola la libertad de trabajo ya que se hace para proteger los derechos de terceros:

...las condiciones de salud de las personas que se sometían a cirugías estéticas y cosméticas eran vulnerables y que, por tanto, requerían de protección gubernamental, entonces se está en presencia de una norma que busca la protección de los derechos de terceros que pueden verse afectados por el ejercicio irrestricto de la actividad de los profesionales de la salud dedicados a esta materia.³⁶

En el mismo sentido, se ha establecido que la obligación de los establecimientos comerciales de contar con espacios para no fumadores, no atenta contra la libertad de trabajo, porque se

³⁵ Tesis Aislada. VIII.A.C.8 A, NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-046-SSA2-2005. VIOLENCIA FAMILIAR, SEXUAL Y CONTRA LAS MUJERES. CRITERIOS PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 16 DE ABRIL DE 2009. SU PUNTO 6.4.2.3., AL PREVER QUE EN CASO DE VIOLACIÓN LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA DEBERÁN OFRECER DE INMEDIATO Y HASTA EN UN MÁXIMO DE CIENTO VEINTE HORAS DESPUÉS DE OCURRIDO EL EVENTO LA ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA, PREVIA INFORMACIÓN COMPLETA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE ESTE MÉTODO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO RESPECTO DE AQUÉLLAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XXXII, noviembre de 2010, p. 1533. Reg. IUS. 163456.

³⁶ Tesis Aislada. SALUD. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXVIII, julio de 2008, p. 547. Reg. IUS. 163456.

busca no dañar a terceros, ni a la sociedad, al proteger su salud y su derecho de gozar de un medio ambiente adecuado.³⁷ Igualmente, pensando en la protección de terceros, se ha señalado que la obligación de los particulares que ofrecen estudios son reconocimientos de validez oficial, de señalar dicha circunstancia, no vulnera la garantía de libertad de trabajo.³⁸

4. Libertad de trabajo y regulación de profesiones

El párrafo segundo del artículo quinto constitucional señala que la Ley se encargará de determinar en cada Estado las profesiones que necesiten título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

La libertad de trabajo se refiere a la facultad de elegir o decidir la actividad, profesión u oficio a realizar, pero se debe respetar la reglamentación existente, según la profesión de que se trate. Si la actividad escogida está reglamentada

...debe sujetarse a los ordenamientos que la rigen para ejercerla, esto es, debe el gobernado obtener, de la autoridad correspondiente, el permiso, autorización o licencia relativa para ejercitar la actividad que en uso de la garantía de libertad del trabajo le confiere el artículo 5o. constitucional, y que haya elegido, por lo que, si los quejosos no acreditan tener autorizaciones o permisos para ejercer la actividad comercial que vienen desarrollando, jurídicamente la acción constitucional que intenten resulta improcedente por carecer de legitimación procesal activa para intentarla y, por ende, procede el sobreseimiento del juicio de garantías.³⁹

Por lo que no se puede considerar inconstitucional una ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, ya sea por la federación o de manera concurrente por alguna entidad federativa, dentro de su ámbito territorial.⁴⁰

³⁷ Tesis Aislada. Tesis: I.7o.A.319 A. LIBERTAD DE TRABAJO. LOS ARTÍCULOS 3o., 13, 14 Y 16 DE LA LEY DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLAN EL NUMERAL 5o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XX, octubre de 2004, p. 2361. Reg. IUS. 180325.

³⁸ Tesis Aislada. P. CVI/2000. EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY GENERAL RELATIVA QUE ESTABLECE QUE LOS PARTICULARES QUE PRESTEN EL SERVICIO DE ESTUDIOS SIN RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL, DEBERÁN MENCIONAR ESA CIRCUNSTANCIA EN SU DOCUMENTACIÓN Y PUBLICIDAD, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XII, agosto de 2000, p. 140. Reg. IUS. 191365.

³⁹ LIBERTAD DE TRABAJO, INTERPRETACION DE LA GARANTIA DE, Y GIROS REGLAMENTADOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Séptima Época, México, T.C.C., vol. 127-132 sexta parte, p. 95. Reg. IUS. 251713. Séptima Época.

⁴⁰ Tesis Aislada. 1a. CXX/2007. PROFESIONES. LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE QUERÉTARO DE ARTEAGA NO ES INCONSTITUCIONAL POR EL HECHO DE SER REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

En ese sentido, resulta constitucional establecer requisitos para que los particulares puedan prestar servicios relacionados con el procesamiento electrónico de datos y servicios relacionados que faciliten el despacho aduanero de las mercancías:

...no viola la garantía de libertad de trabajo contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no les impide a los licenciados en Derecho, ejercer su profesión. Lo anterior es así, porque éstos pueden prestar esos servicios siempre y cuando cumplan con los requisitos legales respectivos. ... Además, la prestación de los servicios aduanales o la realización de las operaciones de esta índole constituye una actividad exclusiva del Estado, al referirse a su función recaudadora, en la cual los particulares sólo intervienen en los casos de excepción que la propia ley autoriza.⁴¹

Actualmente, diversas son las profesiones a las cuales se les han impuesto varios requisitos para poder ser ejercidas, por ejemplo, en el caso de los valuadores profesionales, no se considera que se viole la garantía de libertad de trabajo, cuando se les exige que cuenten con cédula profesional de posgrado en valuación.⁴²

Destaca también el amparo en revisión 204/2008,⁴³ en el cual se consideró infundado el agravio de los recurrentes que consideraba inconstitucional el impedimento establecido en el artículo 66 de la Constitución de Baja California para ejercer la abogacía dentro del año siguiente a la fecha en que concluya el nombramiento de los juzgadores del Estado de Baja California. Al respecto, la Corte consideró que el ejercicio de la libertad al trabajo no es ilimitado,

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXV, junio de 2007, p. 204. Reg. IUS. 172167.

⁴¹ Tesis Aislada. 2a. CXI/2009. DESPACHO ADUANERO. EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY ADUANERA NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXX, octubre de 2009, p. 130. Reg. IUS. 166176.

⁴² Tesis. 2a./J. 5/2007 (9a.). VALUADORES PROFESIONALES. EL ARTÍCULO 3o., FRACCIÓN IX, DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE FOMENTO A LA COMPETENCIA EN EL CRÉDITO GARANTIZADO, AL EXIGIR QUE CUENTEN CON CÉDULA PROFESIONAL DE POSGRADO EN VALUACIÓN, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXV, enero de 2007, p. 820. Reg. IUS. 173425. Conforme al artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la garantía de libertad de trabajo no es irrestricta, pues está sujeta a limitantes, entre ellas, que no se afecten los intereses de la sociedad. Por otra parte, de los trabajos legislativos que culminaron con la reforma al artículo 3o., fracción IX, de la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 2005, se advierte que su objeto fue profesionalizar la actuación de los peritos valuadores para evitar la comisión de abusos y la falta de probidad sobre los derechos de los usuarios. En congruencia con lo anterior, se concluye que el precepto legal citado no viola la mencionada garantía constitucional, pues la exigencia de los referidos estudios profesionales se justifica plenamente y tiende a proteger los intereses de la sociedad.

⁴³ <AMPARO EN REVISIÓN 204/2008. DISPONIBLE EN: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=9885>> (23 de junio de 2013)

toda vez que el propio constituyente, en el artículo 5o. de la Norma Fundamental, estableció que puede vedarse, entro otros supuestos, cuando se afecten los derechos de la sociedad, en términos de lo que disponga la ley. El artículo 66 permite, señala el juzgador, afirmar que la norma reclamada no prevé un impedimento para ejercer la abogacía, sino únicamente una restricción aplicable a quienes se hayan desempeñado como jueces locales, en el sentido de que no podrán hacerlo dentro del plazo de un año ante los órganos del Poder Judicial del Estado de Baja California.

5. Libertad de trabajo y certificación por colegios

Resulta interesante el papel que están jugando actualmente los colegios de profesionistas como entes certificadores de la idoneidad profesional. Es el caso de los contadores que elaboran dictámenes financieros y de los médicos.

En el caso de los contadores encargados de elaborar dictámenes financieros, se ha señalado que:

...si bien los colegios no actúan como órganos de gobierno, ejercen la atribución que les confiere el artículo 52, fracción I, inciso a), último párrafo del Código Fiscal de la Federación, conforme a los lineamientos que para ese efecto establece la Secretaría mencionada. Consecuentemente, si los colegios de profesionistas, al constituirse y registrarse como tales, adquieren ciertas funciones de interés público, resulta evidente que tratándose de la elaboración de dictámenes financieros que gozan de la presunción de certeza de los hechos asentados en ellos respecto de la situación fiscal de los contribuyentes, los contadores públicos actúan como auxiliares de la administración pública y por ello se requiere que éstos acrediten el nivel y grado de especialización necesarios para ello, pues el objetivo del legislador es obtener certeza en la información bajo el principio de igualdad de oportunidades atendiendo a los conocimientos, idoneidad, probidad y competencia, lo que pone de manifiesto que no se transgrede la garantía de libertad de trabajo porque se deje en manos de una entidad privada como lo es el colegio o asociación de contadores públicos, la obtención del requisito de la certificación, en virtud de que independientemente de que éstos se encuentran regulados en ley, no se crea un estado de inseguridad e incertidumbre respecto de la posibilidad de realizar una actividad determinada, sino que se trata de condiciones normadas que no dan margen a la discrecionalidad de un particular.⁴⁴

⁴⁴ Tesis. P/J. 132/2007 (9a.). LIBERTAD DE TRABAJO. NO LA TRANSGREDE EL ARTÍCULO 52, FRACCIÓN I, INCISO A), ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL ESTABLECER COMO REQUISITO PARA LA ELABORACIÓN

Lo mismo puede señalarse respecto a los médicos para la realización de cualquier procedimiento médico quirúrgico de especialidad, ya que les es indispensable el certificado vigente de especialista que acredite capacidad y experiencia en la práctica de los procedimientos y técnicas correspondientes en la materia, de acuerdo a la *Lex Artis Ad Hoc* de cada especialidad, expedido por el Consejo de la especialidad (artículo 72 Bis de la Ley general de Salud):

... Si atendemos a que la práctica de la medicina no puede permanecer ajena a una regulación o control por parte del Estado, ya que el ejercicio de esta profesión necesariamente implica la probabilidad de afectación de derechos de terceros, entendemos que el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud, satisface el primero de los requisitos antes señalados al ser en principio una restricción de aquellas que son admisibles en el artículo 5o. constitucional. Asimismo, satisface el segundo requisito, pues dicha regulación que puede considerarse como una restricción al derecho al trabajo para el ejercicio profesional de los médicos, se encuentra justificada y es necesaria para garantizar el derecho a la salud, que puede comprender de manera específica el establecimiento de medidas para garantizar la calidad de los servicios de salud, al concretarse a exigir a los médicos que quieran practicar cirugías estéticas y cosméticas a que satisfagan condiciones mínimas necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología; y que las realicen en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, es decir, a que ofrezcan servicios médicos de calidad, lo cual claramente protege el derecho a la salud. Finalmente, la medida prevista en el artículo 271, segundo párrafo, de la Ley General de Salud, satisface el tercer requisito de análisis para las restricciones a los derechos fundamentales, ya que es proporcional porque el grado de restricción sobradamente es compensada por los efectos benéficos que tiene desde una perspectiva preocupada por garantizar la práctica de las cirugías estéticas y cosméticas bajo los parámetros de profesionalización y calidad que garantizan la protección de la salud de los pacientes.⁴⁵

DE DICTÁMENES FINANCIEROS QUE LOS CONTADORES PÚBLICOS OBTENGAN LA CERTIFICACIÓN CORRESPONDIENTE POR PARTE DE ASOCIACIONES O COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 10. Reg. IUS. Registro No. 170707.

⁴⁵ Tesis. 1a./J. 51/2009 (9a.). RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México, Primera Sala, t. XXIX, p. 507, Reg. IUS. 167377. Registro No. 167377.

La resolución señala que los colegios adquieren ciertas funciones de interés público, situación que no transgrede la garantía de libertad de trabajo por el hecho de dejar en manos de una entidad privada, como lo es el colegio o asociación de contadores públicos, la obtención del requisito de la certificación, en virtud de que independientemente de que éstos se encuentran regulados en la ley, no se crea un estado de inseguridad e incertidumbre respecto de la posibilidad de realizar una actividad determinada, sino que se trata de condiciones normadas que no dan margen a la discrecionalidad de un particular.

En ese sentido, resulta interesante la reciente regulación establecida en la Ley General de Salud, en sus artículos 81 y 83 respecto al papel del Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas como organismo auxiliar de la Administración Pública Federal como organismo certificador y recertificador puede quizás entenderse conforme al artículo 5 constitucional:

Sin embargo, debemos recordar que los colegios de profesionistas al desempeñar funciones de interés público, requieren a su vez que sus prácticas no atenten contra el orden público. En ese sentido se debe estar atento a la necesaria transparencia y correcto funcionamiento de los mismos. Se debe evitar toda práctica oscura que reproduzca, el actuar de los viejos gremios medievales, que como vimos más arriba, justificaron el desarrollo del principio de la libertad de trabajo.

Así mismo, es necesario preguntarse si un colegio de profesionistas, de médicos o contadores, debe, al mismo tiempo, colegiar y tener la facultad de decidir (certificar) a quienes son idóneos para desempeñar una actividad profesional. Podría correr el riesgo de estar obligatoriamente colegiado para poder certificarse.

Si bien es cierto que la argumentación de la Corte, arriba señalada, podría ser considerada como correcta. Debe reflexionarse sobre los temas que quedan por analizar, como lo son la necesaria transparencia y correcto funcionamiento de los colegios de profesionistas. Cuando el actuar de los colegios no se desarrolla conforme a los principios de la ética, el orden público y los intereses supremos de la sociedad; los primeros en justificar, con ese comportamiento, la falta de necesidad de la colegiación obligatoria.

Es necesario preguntarse, igualmente, si un colegio de profesionistas, de médicos, contadores o abogados debe agrupar y tener la facultad de decidir (certificar) quienes son idóneos para desempeñar una actividad profesional. Quizás el certificador estaría bajo la tesitura de ser juez y parte. Esto porque los profesionistas podrían correr el riesgo de tener que colegiarse necesariamente para poder en un segundo momento contar con la idoneidad o certificación

para desempeñar su profesión: Ante el mismo organismo que los colegia o agrupa. Siendo que quizás se trata de dos aspectos sumamente diferentes.

En el contexto mexicano quizás el reto se encuentra en la compatibilidad del derecho de un ciudadano a ejercer una profesión, por un lado, por otro, el derecho de la sociedad a que ese ejercicio sea ético y de "calidad". Se trata de dos intereses legítimos que bien pueden hacerse compatibles.

6. Libertad de trabajo y certificación de asociaciones

Si bien es cierto que la jurisprudencia ha reconocido la facultad del legislador local para regular las profesiones.⁴⁶ Existen opiniones diversas, en tesis aisladas, sobre la constitucionalidad de establecer ciertas condiciones para la constitución y registro de asociaciones, particularmente limitar a cinco el número de colegios de profesionistas.

Por un lado, se ha señalado que

... todos los profesionistas de una misma rama podrán constituir en el Distrito Federal uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, así como que el artículo 45, fracción I, de la propia ley prevea que para constituir y obtener el registro de un colegio de profesionistas en dicha entidad, deberán tener cien socios como mínimo, no vulnera la garantía constitucional de referencia. Lo anterior es así, porque, por un lado, la imposición que por vía de ley se hace de que los profesionistas que se agrupen en los colegios sean de una misma rama obedece a una circunstancia que justifica y valida su imposición, pues dichos colegios al constituirse y registrarse como tales, adquieren ciertas funciones de interés público, lo cual constituye por sí mismo un bien colectivo, en tanto van dirigidos a salvaguardar los fines que se pretenden lograr con su regulación, esto es, la exigencia de que los profesionistas así agrupados sean de una misma rama se justifica en atención al bien colectivo que persigue, sin que dicho requerimiento vulnere la citada garantía, pues del propio artículo 5o. constitucional deriva la facultad de la ley para regular la constitución y funcionamiento de los mencionados colegios, ya que éstos se instituyen en función directa de la profesión que el propio Estado regula, al ser una actividad de interés general y que no se limita a buscar el beneficio de sus agremiados; y, por el otro, el requisito

⁴⁶ Tesis: 1a. CXX/2007... *supra* nota 40.

que impone la fracción I del artículo 45 del ordenamiento en mención, tampoco limita la libertad de trabajo, pues tal imposición se justifica en atención al carácter de interés público de las tareas a que da lugar la obtención del registro de los aludidos colegios de profesionistas.⁴⁷

Por otro lado, se ha señalado que limitar el número de colegios de profesionistas a cinco por rama, como ocurre en el D.F., vulnera la garantía de igualdad, en relación con las de libertad de trabajo y asociación. Puesto que una vez llegado al límite de cinco colegios de profesionistas

...se convierte en un obstáculo insuperable para aquellas agrupaciones que aspiran a obtener un registro de esa naturaleza, habida cuenta que esa medida les impide, a diferencia de las organizaciones que ya tienen el registro como colegio de profesionistas (derecho de igualdad), obtener el reconocimiento relativo que les permita dedicarse a la profesión, trabajo u ocupación que libremente pueden elegir (libertad de trabajo) y les restringe toda posibilidad de reconformarse como una persona moral con las actividades de orden público e interés colectivo que involucran la citada colegiación (libertad de asociación). Además, de acuerdo con la jurisprudencia 1a./J. 55/2006 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el análisis de constitucionalidad de un dispositivo normativo a la luz de la garantía de igualdad —que debe entenderse en relación directa con las libertades que la propia Constitución consagra— requiere corroborar, entre otros elementos, la racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador, la cual está condicionada a constituir un medio apto para conducir al fin u objetivo que aquél desea alcanzar; sin embargo, tales presupuestos no se surten en el mencionado artículo 44, pues ni el contenido del ordenamiento en que se encuentra inmerso ni los antecedentes de su proceso legislativo revelan que la cantidad de colegios establecida sea realmente útil para la consecución de la finalidad perseguida por el creador de la norma, máxime que lo que éste pretendió fue evitar que la colegiación fuera unitaria, pero sin señalar el porqué cinco es el número idóneo para tal efecto, lo que de suyo es apto para poner de manifiesto que el precepto otorga un trato desigual a sujetos iguales que, por no encontrarse justificado, está proscrito por el Orden Supremo.⁴⁸

⁴⁷ Tesis Aislada. P. CXXXIV/2000. COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. LOS ARTÍCULOS 44 Y 45, FRACCIÓN I, DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL ESTABLECER CIERTAS CONDICIONES PARA SU CONSTITUCIÓN Y REGISTRO, NO VULNERAN LA LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XII, septiembre 2000, p. 16. Reg. IUS. 191135.

⁴⁸ Tesis Aislada. 1a. CCXXXVII/2007. COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL

7. Prohibición de trabajo y falta de remuneración

El párrafo tercero del artículo quinto constitucional establece que nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

El anterior supuesto ha quedado protegido por el artículo 365 del Código Penal, al establecer que: Se impondrán de tres días a un año de prisión y multa de cinco a cien pesos: I.- Al que obligue a otro a prestarle trabajos o servicios personales sin la retribución debida, ya sea empleando violencia física o moral o valiéndose del engaño, de la intimidación o de cualquier otro medio, y II.- Al que celebre con otro un contrato que prive a éste de la libertad o le imponga condiciones que lo constituyan en una especie de servidumbre o que se apodere de alguna persona y la entregue a otro con el objeto de que éste celebre dicho contrato. En lo que respecta a la primera fracción así ha sido confirmado por la jurisprudencia.⁴⁹

Así mismo, no se considera trabajo sin justa retribución, la prestación de servicios voluntarios y honoríficos de orientación, limpieza, conservación, restauración u ornato, en lugares localizados en una circunscripción territorial en que se hubiere cometido una infracción como una manera alternativa para no pagar una multa o sufrir un arresto de hasta treinta y seis horas Cuando se imponga la realización de actividades de apoyo a la comunidad:

...ya que son una opción para el infractor, quien con pleno consentimiento elige su realización como una manera de conmutar la sanción de multa o arresto por la comisión de infracciones administrativas y, por tanto, deben entenderse como una prerrogativa para los infractores y no como una imposición, en tanto que dichas actividades no pueden equipararse a un servicio público que deba ser retribuido, lo cual denota el respeto a la voluntad de quien comete la conducta indebida; máxime que el propio ordenamiento deja a su elección realizar dichas actividades u optar por el pago de la multa o cumplir el arresto por el tiempo determinado. Además, las actividades de apoyo a la comunidad no impiden al infractor desempeñar su trabajo cotidiano y recibir a cambio una remuneración. En ese sentido, se concluye que el artículo 9o., fracción XVI, en relación con los

LIMITAR A CINCO EL NÚMERO MÁXIMO DE COLEGIOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIRSE POR CADA RAMA, VULNERA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, EN RELACIÓN CON LAS DE LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN. . *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXVI, octubre de 2007, p.184. Reg. IUS. 171224.

⁴⁹ LIBERTAD DEL TRABAJO, DELITO DE VIOLACION A LA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Séptima Época, México, T.C.C., Vol. 217-228 Sexta Parte Registro, p. 378. Reg. IUS. 247007.

diversos 33 al 38 de la Ley mencionada, que prevén la realización de actividades de apoyo a la comunidad, no violan la garantía de libertad de trabajo contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin que sea válido afirmar que sólo procede la imposición de trabajos personales sin retribución y sin consentimiento como imposición de una pena por autoridad judicial, porque si bien el Juez Cívico tiene el carácter de autoridad administrativa, no se está privando al infractor del producto de su trabajo pues, por un lado, se trata de una alternativa solicitada por él y, por otro, la propia ley dispone que en ningún caso podrán realizarse dichas actividades dentro de su jornada laboral.⁵⁰

V. El derecho al trabajo y la Corte Interamericana

A pesar de que el derecho al trabajo no ha sido abordado como tal por la CortelDH, si existen algunas opiniones consultivas o algunos casos en donde se ha abordado implícitamente o paralelamente la cuestión. Lo que constituye una muestra fehaciente de la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales. Algunos de los contenidos del derecho al trabajo que han sido objeto de estudio son los relativos a: La libertad de trabajo y la colegiación obligatoria y, la libertad de trabajo y el ejercicio de los derechos civiles y políticos en el trabajo. Lo que confirma una presencia latente del derecho al trabajo en la jurisprudencia interamericana. No puede ser de otra manera ya que los instrumentos interamericanos se encuentran en sintonía con los ordenamientos internacionales.

1. La libertad de trabajo y la colegiación obligatoria: Existencia o no de principios primarios de orden público

En el ámbito interamericano, resulta relevante la Opinión Consultiva 5/85, (OC 5/85), referente a la colegiación obligatoria de trabajo.⁵¹ La OC en comento tiene desde nuestro punto de vista una relevancia fundamental, en la medida en que habla de profesiones en donde están en juego el principios primarios de orden público, tales como la libertad de expresión. Su primacía, a la luz de la OC impide establecer una colegiación obligatoria. Sin embargo, aquellas

⁵⁰ Tesis. P/J. 107/2007 (9a.). CULTURA CÍVICA DEL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 9o., FRACCIÓN XVI, EN RELACIÓN CON LOS DIVERSOS 33 AL 38 DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 31 DE MAYO DE 2004, QUE PREVÉN LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE APOYO A LA COMUNIDAD, NO VIOLAN LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 976. Reg. IUS. 170795.

⁵¹ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

profesiones en donde no están en juego principios primarios de orden público, habría quizás la posibilidad de establecer la colegiación obligatoria.

En su OC, la Corte estudió la posible pugna o contradicción entre la colegiación obligatoria como requisito indispensable para poder ejercer la actividad del periodista en general y, en especial del reportero –según los artículos ya citados de la Ley No. 4420 de Costa Rica– y las normas internacionales 13 y 29 de la CADH.

Para emitir su opinión, la Corte consideró (párrafo 69) que la libertad de expresión se inserta en el orden público primario: el concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. En este sentido, la Corte adhiere a las ideas expuestas por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, señaló: que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas, con el fin de satisfacer sus intereses nacionales, sino establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho.

Por lo que la opinión de la Corte fue que la colegiación obligatoria de periodistas, cuando impide el desarrollo del orden público primario, como es el caso de la libertad de expresión, es contraria al artículo 13 de la CADH:

...la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la CADH. En ese sentido: que la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la CADH.

Como se ve, el análisis de la libertad de profesión de los periodistas, no se estudia a la luz del derecho al trabajo sino del orden público primario manifestado a través de la libertad de

expresión. La Corte no lo confrontó con el derecho al trabajo. Sin embargo en el párrafo 68 de la OC, la Corte si hace una inferencia entre el derecho al trabajo y la colegiación obligatoria al señalar que:

la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.

Situación que abre una gran puerta en nuestro país, ya que una lectura radical del artículo 5 constitucional normalmente antepone el derecho al trabajo ante todo intento de establecer una colegiación obligatoria.

La posible colegiación de otras profesiones liberales estaría permitida, siempre y cuando, como lo señala la OC, siempre y cuando sean un

...medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética. Para la Corte, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido, podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público (párrafo 64).

En ese sentido, podría pensarse que el derecho del trabajo podría tener límites siempre y cuando se busque asegurar el orden público.

No obstante, la posible protección del orden público y el bien común, no pueden ser usados como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (párrafo 67).

De hecho, la OC deja entrever la posibilidad de la colegiación obligatoria en otras profesiones, en donde no se encuentren en juego principios primarios del orden público (libertad de expresión):

Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano (párrafo 71)

...El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención (párrafo 72).

Esto no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina –es decir, lo que hacen los abogados o los médicos– no es una actividad específicamente garantizada por la Convención. Es cierto que la imposición de ciertas restricciones al ejercicio de la abogacía podría ser incompatible con el goce de varios derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, una ley que prohibiera a los abogados actuar como defensores en casos que involucren actividades contra el Estado, podría considerarse violatoria del derecho de defensa del acusado según el artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, ser incompatible con ésta. Pero no existe un sólo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina. (Párrafo 73).

La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta (párrafo 76).

Debe recordarse que el artículo 32 de la Convención estatuye que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Nada impediría, por ejemplo, que en ciertas profesiones, como la abogacía, según se desprende de la OC, se impusiera la colegiación obligatoria, en la medida que no se encuentra involucrado ninguno de los principios primarios del orden público. Igualmente, nada impediría, imponer a los abogados la obligación de certificarse para el ejercicio de determinadas actividades jurídicas, tales como llevar juicios de amparo, ya que dada su complejidad quizás se requiera una certificación e incluso una recertificación. Tal y como sucede hasta ahora con los contadores para realizar dictámenes financieros y los médicos para realizar cirugías estéticas. Sin embargo, los colegios tendrían la obligación de salvaguardar el código de ética de los profesionistas. Por otro lado, se tendría que evaluar si es ético que un colegio de profesionistas agremie, imparta cursos especializados y al mismo tiempo certifique. En ese sentido debe prestarse especial atención a la transparencia, ética y respeto del orden público por los propios colegios de profesionistas, así como por las asociaciones civiles autorizadas por los órganos públicos para certificar a profesionistas.

2. La libertad de trabajo y ejercicio de derechos civiles y políticos en el trabajo

Existen dos casos en los que la Corte ha abordado el tema de los derechos civiles y políticos de los trabajadores en la empresa. El caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá y el caso Caso Huilca Tecse Vs. Perú.

El caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá se refiere al despido, del 6 de diciembre de 1990, de 270 trabajadores por haber participado en una manifestación en reclamo de sus derechos laborales, con una ley a la que se le dio efectos retroactivos. Manifestación que según el Estado, los hacía cómplices de una asonada militar. Con dichos despidos los quejosos entendieron violados los siguientes derechos consagrados en la Convención Interamericana: sus derecho de reunión (artículo 15), de libertad de asociación (artículo 16), garantías judiciales (artículo 8), el principio de legalidad e irretroactividad (artículo 9 y su derecho a la protección judicial (artículo 25). La ley dictada con posterioridad a los hechos estableció que la tramitación de los juicios que iniciaran los trabajadores a raíz de los despidos se realizaría en el fuero contencioso-administrativo y no en el laboral, tal como determinaba la legislación vigente. La CortelDH declaró que el Estado de Panamá había violado los derechos a la libertad de asociación, las garantías judiciales y la protección judicial, así como los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley. La Corte estableció que las garantías mínimas del debido proceso establecidas en el artículo 8.2. de la Convención deben respetarse en el proce-

dimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. Por ello, decidió que el Estado debía reintegrar en sus cargos a los trabajadores y pagarles los montos correspondientes a los salarios caídos.

Este caso constituye un precedente valioso por ser el primero en el que la Corte conoce de un caso relacionado con derechos laborales. Si bien es cierto que la Corte analizó la debida protección judicial, así como el respeto irrestricto de la garantía del debido proceso legal en el ámbito interno de los estados, lo hizo en relación con el respeto del derecho al trabajo. Particularmente en su vertiente colectiva: "La libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos" (párrafo 158).

En el caso *Pedro Huilca Tecse vs. Perú*,⁵² el Estado peruano aceptó, de hecho, su responsabilidad internacional bajo los Artículos 4 y 16 de la Convención (vida y asociación) por la ejecución extrajudicial del líder sindical Pedro Huilca.

La Corte consideró que al fracasar en prevenir y responder apropiadamente a la ejecución extrajudicial, el Perú violaba la dimensión "individual" y "social" del derecho a la libertad sindical, en detrimento de Pedro Huilca. Una ejecución de un líder sindical originado por el desempeño de sus actividades sindicales, señala la Corte, no sólo restringe la libertad de asociación de un individuo, sino también restringe el derecho a la libertad de un grupo determinado a asociarse libremente:

Este Tribunal considera que el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla. En este sentido, un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses (párrafo 77).

Por todo lo anterior, el Tribunal considera que, en el presente caso, el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó

⁵² Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121

una violación en su perjuicio del artículo 16 de la CADH. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho. (párrafo 78).

En consecuencia, de acuerdo con el allanamiento manifestado por el Estado, la Corte tiene por establecidos los hechos a que se refiere el párrafo 60 de esta Sentencia y considera, además, que tal como fue igualmente reconocido por el Estado, éste incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4.1 (Derecho a la Vida) y 16 (Libertad de Asociación) de la Convención, y el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio del señor Pedro Huilca Tecse" (párrafo 79).

Por nuestra parte, consideramos que no se puede entender el derecho al trabajo si este no se concretiza o realiza en armonía con los derechos civiles y políticos de los ciudadanos en el ámbito de la empresa, tal y como lo son la libertad entendida como libertad de expresión en el trabajo y de asociación, entendida como libertad de asociación en el trabajo, así como de manifestación, entendida como de manifestación en el trabajo.

La correlación debe entenderse como natural, dada la indivisibilidad de los derechos políticos y civiles con los derechos sociales y económicos. Algunas legislaciones han señalado que la empresa es un espacio de manifestación de los derechos civiles y políticos de los trabajadores.⁵³ Ya que así como "los individuos son ciudadanos en la *cit*é, los trabajadores deben serlo también en la empresa".⁵⁴ No porque el trabajador se comprometa a realizar una determinada actividad pierde el disfrute de sus libertades que la sociedad reconoce a cada uno. Si se es libre en la ciudad se debe ser libre en la empresa.⁵⁵

3. El derecho al trabajo, un derecho latente en la jurisprudencia interamericana

Existen varios casos conocidos por la Comisión⁵⁶ o por la CorteIDH en donde el derecho al trabajo ha estado presente, a pesar de no ser el tema principal analizado. Lo que demuestra

⁵³ Ver la ley francesa del cuatro de octubre de 1982 a partir de la cual se ha podido hablar de la ciudadanización de la empresa.

⁵⁴ Rapport Aurox.

⁵⁵ Ver el número especial de la Revista *Droit Social: L'entreprise et les libertés publiques*, Droit Social, mai, Paris, 1982.

⁵⁶ Ver: CIDH. Informe No. 4/01. Caso 11.625. *MARÍA EUGENIA MORALES DE SIERRA. GUATEMALA*. 19 de enero de 2001.

la indivisibilidad del estudio de los derechos humanos. Respecto a la Comisión destacan también las medidas cautelares para proteger a sindicalistas o a sus familiares en Colombia, Ecuador y Brasil.⁵⁷

Respecto a la CorteIDH, un caso representativo podría ser el ocurrido entre los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, en donde el derecho al trabajo estuvo presente, tanto en los señalamientos de los quejosos, en la resolución de la Corte, así como a través de un voto razonado.⁵⁸

El 5 de abril de 1992 el Presidente de Perú, Alberto Fujimori, ordenó la disolución del Congreso, lo cual implicó el despido de funcionarios y empleados que habían sido designados en sus funciones de acuerdo a la normativa anterior a esa fecha. Los trabajadores del Congreso fueron cesados de sus empleos a través de las Resoluciones 1303-A-92-CACL y 1303-B-92-CACL, que dispusieron el despido de empleados del Congreso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Perú es responsable por la violación de los artículos 8.1 (Garantías Judiciales) y 25.1 (Protección Judicial) de la CADH, así como por el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma.

La Corte consideró que el objeto de la sentencia no era determinar el carácter arbitrario de los ceses ni tampoco su reinstalación, sino la presunta violación a los artículos 8.1 y 25 de la CADH, relativos a las garantías judiciales y la protección judicial, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia: La prohibición de impugnar los efectos del Decreto Ley No. 25640, contenida en el artículo 9 señalado, constituye una norma de aplicación inmediata, en tanto sus destinatarios se ven impedidos *ab initio* de impugnar cualquier efecto que estimaren

⁵⁷ Ver: Informe Anual de la CIDH 2001, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2002* (Colombia), párr. 31; CIDH, Informe Anual de la CIDH 2001, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2001*. (Colombia), párr. 17; CIDH, Informe Anual de la CIDH 2004, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2004* (Ecuador), párr. 26; CIDH, Informe Anual de la CIDH 1998, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1998* (Brasil), CIDH, Informe Anual de la CIDH 1998, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1998* (Brasil), párr. 12; CIDH, Informe Anual de la CIDH 1998, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1998* (Guatemala), y CIDH, Informe Anual de la CIDH 1997, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1997* (Nicaragua).

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

perjudicial a sus intereses. La Corte estima que una normativa que contenga una prohibición de impugnar los eventuales efectos de su aplicación o interpretación no puede ser considerada en una sociedad democrática como una limitación válida al derecho a un real y efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de esa normativa, el cual, a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, no puede ser arbitrariamente restringido ni reducido o derogado.

La Corte consideró que los despidos ocurrieron:

... en un clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba el acceso a la justicia respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, por lo cual éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados. De tal manera, sin necesidad de haber determinado el carácter mismo de las cesaciones verificadas, la Corte determinó que los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una adecuada y efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia, por lo que declaró al Estado responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

En materia de derecho al trabajo, se puede señalar que este estuvo presente, tanto los señalamientos de los quejosos, en la resolución de la Corte, Así como en el voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

Los quejosos consideraron que el Estado es responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, basándose en que el carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo (la conculcación de su derecho al trabajo) y de su derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud.

La Corte por su parte señaló que (párrafo 36 de la Sentencia):

... el objeto de la presente Sentencia no ha sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que son las bases de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos

a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia (supra párrafos. 129 y 132). La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral.

Por su parte el voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, señalo que:

En cuanto al insatisfactorio párrafo 136 de la presente Sentencia, que se equipara a la insatisfactoria redacción dada al artículo 26 de la Convención Americana (producto de su tiempo), me limito (por absoluta falta de tiempo, dada la "metodología" acelerada de trabajo adoptada últimamente por la Corte, con mi objeción), a tan sólo reiterar mi entendimiento, expresado en numerosos escritos a lo largo de los años, en el sentido de que todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables, una vez que la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos se afirman en los planos no sólo doctrinal sino también operativo, – o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos.⁵⁹

4. Alcances y correlación del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales con los instrumentos interamericanos

El derecho al trabajo, como derecho humano, es el corazón de todos los derechos específicos que emanan de él, ya sean de naturaleza general, individual o colectiva. Toda violación a los derechos de los trabajadores no implica otra cosa que una violación al derecho humano al trabajo, en tanto como derecho fundamental y garantía que debe contar con los medios necesarios para ser efectivo. En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

⁵⁹ Citas del voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade: A.A. Cançado Trindade, *La Cuestión de la Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Evolución y Tendencias Actuales*, San José de Costa Rica, IIDH (Serie para ONG's, vol. 6), 1992, pp. 1-61; A.A. Cançado Trindade, "La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles", 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13-41; A.A. Cançado Trindade, "La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Final del Siglo", in *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación-Liber Amicorum en Homenaje al Prof. E. Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 345-363; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 1a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 91-142, entre varios otros escritos.

Sociales y Culturales, establece en su artículo 6, párrafo primero, que: "Los estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho".

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo XIV establece: "... Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo". A su vez la Carta Internacional Americana de Garantía Sociales establece en su artículo 3 que: "Todo trabajador tiene derecho a seguir su vocación y dedicarse a la actividad que le acomode. Tiene igualmente la libertad de cambiar de empleo."

Finalmente el "Protocolo de San Salvador" en su artículo 6 establece que: "Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de tener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada". El mismo artículo señala que: "Los Estado partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho del trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional...".

En relación al Protocolo de San Salvador es necesario señalar que en el Preámbulo del mismo se señala la interrelación entre los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, en la medida en que son un todo indisoluble. Por otro lado, se señala en el Preámbulo que

... si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados CADH establece que pueden someterse a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, Han convenido en el siguiente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos.

Por lo que la CADH no puede ser leída sin tomar en cuenta el Protocolo de San Salvador. En la medida en que el Pacto permite de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

Los cuatro instrumentos, como se puede observar, se refieren con claridad al derecho al trabajo de toda persona. Al respecto resulta interesante destacar los alcances del artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señalados en las Observación General realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.⁶⁰

El contenido de la Observación General resulta trascendente, ya que al referirse al derecho al trabajo, nada impide que pueda interpretarse de la misma manera el derecho al trabajo contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Carta Internacional Americana de Garantía Sociales

El Comité ha señalado que el derecho al trabajo es un derecho fundamental. El Pacto, señala el Comité, aborda el derecho al trabajo, en tres dimensiones: general, individual y colectiva. El Pacto proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6 y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7, del derecho de toda persona a tener condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo. La dimensión colectiva del derecho al trabajo se encuentra en el artículo 8, que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente.

Sin duda, las consideraciones del Comité, resultan fundamentales porque no se agotan los alcances del derecho al trabajo, en un ámbito general, ya que cuenta también con una esfera individual, sino que este se manifiesta también en un ámbito colectivo.

El derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta. Esta definición subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica.

⁶⁰ ONU. Comité DESC. Observación general 18. *El derecho al Trabajo* (35o. período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006).

El derecho al trabajo y al empleo en todas sus formas y niveles implica la existencia de los siguientes elementos interdependientes y esenciales:

- a) *Disponibilidad*. Los Estados Partes deben contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.
- b) *Accesibilidad*. El mercado del trabajo debe poder ser accesible a toda persona. La accesibilidad reviste tres dimensiones: 1) No discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo. 2) La accesibilidad física constituye una de las dimensiones de la accesibilidad al trabajo, y 3) El derecho de procurar, obtener y difundir información sobre los medios para obtener acceso al empleo mediante el establecimiento de redes de información sobre el mercado del trabajo en los planos local, regional, nacional e internacional;
- c) *Aceptabilidad y calidad*. La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones: condiciones justas y favorables de trabajo, condiciones laborales seguras, posibilidad de constituir sindicatos y el de elegir y aceptar libremente un empleo.

La obligación jurídica de carácter general del Estado es velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo. Los Estados no pueden aplicar medidas regresivas. Si lo hacen, los estados deben demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas posibles y que están plenamente justificadas.

Para el Comité, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *aplicar*. La obligación de *respetar* el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de *proteger* exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de *aplicar* incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización.

Los Estados Partes tienen la obligación de *respetar* el derecho al trabajo mediante, entre otras cosas, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y absteniéndose de denegar o limitar el acceso igualitario a trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, así como a los presos o detenidos, a los miembros de minorías y a los trabajadores migratorios. En particular, los Estados Partes tienen la obligación

de respetar el derecho de las mujeres, de los jóvenes, de los menores de edad, de las personas mayores de edad, de las personas con discapacidad, de los trabajadores migrantes, a acceder a un trabajo digno y, por tanto, de adoptar medidas para combatir la discriminación y promover la igualdad de acceso y de oportunidades.

Las obligaciones de *proteger* el derecho al trabajo incluye el deber de los Estados de aprobar la legislación o de adoptar otras medidas que garanticen el igual acceso al trabajo y a la formación profesional. En relación a las medidas para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales, señala el Comité, no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador.

Los Estados están obligados a *aplicar (proporcionar)* el derecho al trabajo cuando las personas o grupos no pueden, por razones que escapan a su control, realizar ese derecho ellos mismos por los medios de que disponen. Lo que representa la obligación de adoptar una política nacional de empleo.

Por otro lado, señala el Comité, debe hacerse una distinción entre la incapacidad y la falta de voluntad de los Estados Partes para cumplir con sus obligaciones derivadas del artículo 6 del Protocolo. Los Estados que no tengan voluntad de utilizar hasta el máximo de los recursos de que dispongan para dar efecto al derecho al trabajo incumplen sus obligaciones derivadas del artículo 6. Dicho incumplimiento sólo puede quedar justificado ante la inexistencia de recursos.

Las vulneraciones del derecho al trabajo pueden ser resultado de una acción directa del Estado o de entidades estatales, o de una insuficiencia de las medidas adoptadas para promover el empleo. Los incumplimientos por *actos de omisión* ocurren, se pueden presentar cuando los Estados no regulan las actividades de personas o grupos para impedirles que obstaculicen el derecho de otros a trabajar. Las violaciones mediante *actos de comisión, para el Comité*, incluyen el trabajo forzoso; la derogación o la suspensión oficial de la legislación necesaria para el ejercicio permanente del derecho al trabajo; la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, tanto si esta discriminación se funda en la legislación o en la práctica; y la aprobación de legislación o de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones internacionales relativas al derecho al trabajo.

También se pueden presentar incumplimientos de la obligación de respetar, de proteger y de aplicar. Respecto al incumplimiento de las obligaciones de proteger, estas se presentan cuando los Estados se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables

a terceros. Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas; o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente.

VI. Consideración final

En el contexto mexicano los operadores jurídicos tienen el reto de aplicar el control de convencionalidad para una eficaz protección de los derechos humanos. Al respecto se debe destacarse que a pesar de poco uso del artículo 26 de la CADH, la CortelDH ha empleado instrumentos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales para interpretar la Convención: la Constitución de la OIT; los convenios 87 (relativo a la libertad sindical) y 98 (relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva) de la OIT; las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, así como las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Se trata de un buen ejemplo y reto que tienen en frente los operadores jurídicos nacionales.

Inexorablemente el derecho al trabajo como un derecho humano, cada vez va estar más presente en la CortelDH, así como en la jurisprudencia nacional. No puede ser de otra manera, si es que se hace una lectura correcta de los derechos humanos que no separe los derechos civiles y políticos con los derechos sociales, económicos y culturales. No existe otra vía, debemos señalarlo con claridad, para garantizar el pleno respeto y disfrute de los derechos humanos. La lucha por el derecho, como lo señala el ilustre jurista, Sergio García Ramírez, *florece ahí donde no desmaya la exigencia empeñosa de los derechos individuales y sociales*.⁶¹

⁶¹ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002, p. 168.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis Aislada. XI.1o.A.T.47 K. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932. Reg. IUS. 164611.
- Tesis Aislada. I.4o.A.91 K. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C. t. XXXI, marzo de 2010; p. 2927. Reg. IUS. 165074.
- Tesis P/J. 28/99 (9a.). 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 y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. IX, abril de 1999, p. 260. Reg. IUS. 194152.
- Tesis. P/J. 29/99 (9a.). LIBERTAD DE TRABAJO. EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE RESTRINGIR ESA GARANTÍA A GOBERNADOS EN PARTICULAR. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. IX, abril de 1999 p. 258. Reg. IUS. 194151.
- Tesis Aislada. I.4o.A.451 A. LIBERTAD DE TRABAJO Y SEGURIDAD JURÍDICA. SON DERECHOS FUNDAMENTALES QUE JUNTO CON EL DESARROLLO SUSTENTABLE, DEBEN CONCEBIRSE EN UNA RELACIÓN DE SINERGIA, EQUILIBRIO Y ARMONÍA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XXI, enero de 2005, p.1793. Reg. IUS. 179551.
- Tesis Aislada. 1a. XCII/2011. SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA MINISTERIAL, POLICIAL Y PERICIAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. EL ARTÍCULO 47, FRACCIÓN III, DE LA LEY ORGÁNICA DE DICHA INSTITUCIÓN, QUE PREVE LA SUSPENSIÓN DE SUS MIEMBROS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario*

Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXIII, junio de 2011, p. 170. Reg. IUS. 162481.

- Tesis Aislada. 1a. XXXVI/2011. RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 8, FRACCIÓN XI, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXIII, P. 466. Reg. IUS. 162481.
- Tesis: 2a./J. 80/2010 (9a.). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. EL ARTÍCULO CUARTO TRANSITORIO DE LA LEY ORGÁNICA RELATIVA, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXXI, junio de 2010. 267. Reg. IUS. 164443.
- Tesis Aislada. VIII.A.C.8 A, NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-046-SSA2-2005. VIOLENCIA FAMILIAR, SEXUAL Y CONTRA LAS MUJERES. CRITERIOS PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 16 DE ABRIL DE 2009. SU PUNTO 6.4.2.3., AL PREVER QUE EN CASO DE VIOLACIÓN LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA DEBERÁN OFRECER DE INMEDIATO Y HASTA EN UN MÁXIMO DE CIENTO VEINTE HORAS DESPUÉS DE OCURRIDO EL EVENTO LA ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA, PREVIA INFORMACIÓN COMPLETA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE ESTE MÉTODO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO RESPECTO DE AQUELLAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XXXII, noviembre de 2010, p. 1533. Reg. IUS. 163456.
- Tesis Aislada. SALUD. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXVIII, julio de 2008, p. 547. Reg. IUS. 163456.
- Tesis Aislada. I.7o.A.319 A. LIBERTAD DE TRABAJO. LOS ARTÍCULOS 3o., 13, 14 Y 16 DE LA LEY DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLAN EL NUMERAL 5o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XX, octubre de 2004. p. 2361. Reg. IUS. 180325.
- Tesis Aislada. P. CVI/2000. EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY GENERAL RELATIVA QUE ESTABLECE QUE LOS PARTICULARES QUE PRESTEN EL SERVICIO DE ESTUDIOS SIN

RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL, DEBERÁN MENCIONAR ESA CIRCUNSTANCIA EN SU DOCUMENTACIÓN Y PUBLICIDAD, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XII, agosto de 2000, p. 140. Reg. IUS. 191365.

- LIBERTAD DE TRABAJO, INTERPRETACION DE LA GARANTIA DE, Y GIROS REGLAMENTADOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Séptima Época, México, T.C.C., vol. 127-132, sexta parte, p. 95. Reg. IUS. 251713.
- Tesis Aislada. 1a. CXX/2007. PROFESIONES. LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE QUERÉTARO DE ARTEAGA NO ES INCONSTITUCIONAL POR EL HECHO DE SER REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXV, junio de 2007, p. 204. Reg. IUS.172167.
- Tesis Aislada. 2a. CXI/2009. DESPACHO ADUANERO. EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY ADUANERA NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXX, octubre de 2009, p. 130. Reg. IUS. 166176.
- Tesis. 2a./J. 5/2007 (9a.). VALUADORES PROFESIONALES. EL ARTÍCULO 3o., FRACCIÓN IX, DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE FOMENTO A LA COMPETENCIA EN EL CRÉDITO GARANTIZADO, AL EXIGIR QUE CUENTEN CON CÉDULA PROFESIONAL DE POSGRADO EN VALUACIÓN, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXV, enero de 2007, p. 820. Reg. IUS. 173425.
- AMPARO EN REVISIÓN 204/2008. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW2.SCJN.GOB.MX/CONSULTATEMATICA/PAGINASPUB/DETALLEPUB.ASPX?ASUNTOID=98854](http://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/detallepub.aspx?asuntoid=98854) (27 de junio de 2013).
- Tesis. P./J. 132/2007 (9a.). LIBERTAD DE TRABAJO. NO LA TRANSGREDE EL ARTÍCULO 52, FRACCIÓN I, INCISO A), ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL ESTABLECER COMO REQUISITO PARA LA ELABORACIÓN DE DICTÁMENES FINANCIEROS QUE LOS CONTADORES PÚBLICOS OBTENGAN LA CERTIFICACIÓN CORRESPONDIENTE POR PARTE DE ASOCIACIONES O COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 10. Reg. IUS. Registro No. 170707.

- Tesis.1a./J. 51/2009 (9a.). RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México, Primera Sala, t. XXIX, p. 507, Reg. IUS. 167377. Registro No. 167377.
- Tesis Aislada. P. CXXXIV/2000. COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. LOS ARTÍCULOS 44 Y 45, FRACCIÓN I, DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL ESTABLECER CIERTAS CONDICIONES PARA SU CONSTITUCIÓN Y REGISTRO, NO VULNERAN LA LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XII, septiembre 2000, p. 16. Reg. IUS. 191135.
- Tesis Aislada. 1a. CCXXXVII/2007. COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL LIMITAR A CINCO EL NÚMERO MÁXIMO DE COLEGIOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIRSE POR CADA RAMA, VULNERA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, EN RELACIÓN CON LAS DE LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXVI, octubre de 2007, p.184. Reg. IUS. 171224.
- LIBERTAD DEL TRABAJO, DELITO DE VIOLACION A LA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Séptima Época, México, T.C.C., Vol. 217-228 Sexta Parte Registro, p. 378. Reg. IUS. 247007.
- Tesis. P./J. 107/2007 (9a.). CULTURA CÍVICA DEL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 9o., FRACCIÓN XVI, EN RELACIÓN CON LOS DIVERSOS 33 AL 38 DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 31 DE MAYO DE 2004, QUE PREVEN LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE APOYO A LA COMUNIDAD, NO VIOLAN LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 976. Reg. IUS. 170795.

2. Internacionales

- Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

- Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.
- CIDH. Informe No. 4/01. Caso 11.625. *MARÍA EUGENIA MORALES DE SIERRA. GUATEMALA*. 19 de enero de 2001.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- ONU. Comité DESC. Observación general 18. El derecho al Trabajo (35o. período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006).

Artículo 28.

Prohibición de monopolios

Jean Claude TRON PETIT

SUMARIO: I. Marco conceptual. II. ¿Qué es libre competencia? III. La libre competencia es un DESC. IV. ¿Qué es un monopolio? V. Prácticas monopolísticas. VI. Proceso de competencia y libre competencia, la actual tutela. VII. ¿Por qué prohibir estancos? VIII. ¿Por qué prohibir las exenciones fiscales? IX. Principios constitucionales que rigen el funcionamiento de los mercados. X. Historia Legislativa. XI. Interpretación del artículo 28 constitucional por la SCJN. XII. Interpretación de regulación de principios. XIII. Libre competencia y libre comercio.

PALABRAS CLAVE: Libre competencia; Monopolios; Libre competencia; Estancos; Exenciones fiscales; Política económica; Derecho de defensa de la competencia; *Rule of reason*; Motivación; Discrecionalidad; Deferencia judicial.

I. Marco conceptual

La prohibición de monopolios o la libre competencia que es una de las instituciones que el artículo 28 tutela, si bien no están consideradas como un derecho humano en las principales convenciones o pactos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") les reconoce implícitamente tal carácter, al estimarlas como un instrumento para conseguir la eficacia de variados derechos fundamentales, tanto de carácter individual como social.

La rectoría económica del Estado y, de manera más concreta la regulación de los mercados, se prevé como un medio para controlar, entre otros aspectos, el poder económico de ciertos grupos de empresas que pueden limitar los intereses de los consumidores; además que debe fomentar su empoderamiento, entendido como un proceso político en el que se garantizan los derechos humanos y justicia social a un grupo marginado de la sociedad.

La actual dinámica y función de los derechos fundamentales consiste en el control tanto del poder público pero también de los distintos poderes privados que originariamente conforman el sistema económico. En todo caso el Estado debe ser garante que los derechos se observen.

Los DESC y disfrute de las libertades individuales, que incluye a las empresas, dependen de una buena política pública regulatoria en materia de competencia.

Según el *ordoliberalismo*, el Estado debe crear un adecuado ambiente legal para la economía y mantener un nivel saludable de competitividad a través de medidas que adhieran o incorporen los principios del libre mercado. En relación a esto, si el Estado no asume una posición activa para incentivar la competencia, emergerán monopolios u oligopolios, que destruirán no sólo las ventajas del libre mercado, sino que posiblemente también afectarán la gobernabilidad, esto debido a que el poder económico también puede ser utilizado contra el poder político.

Resulta fundamental mantener presente la distinción entre la organización de la estructura de la economía, en general y la regulación o control de actividades económicas específicas. El *ordoliberalismo* ofrece un conjunto de políticas que enmarcan tanto el aspecto legal como el político, la acción de clases sociales, la base para una competencia efectiva, etc., a partir de la cual el gobierno ya sea por sí mismo y en conjunto con otros sectores establece las reglas que regulan el "*deber ser*" y el "*se puede hacer*" económico de la sociedad.

El criterio central para establecer esa estructura económica general es la eficiencia o capacidad del sistema de la economía de mercado en relación a satisfacer las necesidades sociales, en términos no solo de producción de bienes sino también de producción de "*valores sociales*": actitudes de responsabilidad, disciplina, solidaridad y emprendimiento, valores considerados inherentemente humanos desde el punto de vista cristiano.¹

Buena parte de estas ideas asociadas a la efectividad de los derechos humanos, gobiernos democráticos y mercados competitivos, resultan ser tres pilares para fundar una ciudadanía cosmopolita que efectivamente permita la dignidad y realización de las personas.

II. ¿Qué es libre concurrencia?

La CPEUM, en la actualidad, es como un mosaico que recoge ideologías distintas e intenta desarrollar un modelo mixto o plural. Para los fines de este análisis y en el contexto económico, basta considerar que existe un modelo de libre mercado aunado a otro intervencionista que se advierte través de la rectoría económica del Estado.

Los mercados² entendidos como el ámbito en que coinciden: a) demandantes y b) oferentes de mercancías y servicios para intercambiarlos de manera libre y voluntaria,³ requieren para su funcionamiento de:

¹ Consúltase <<http://dictionary.sensagent.com/ORDOLIBERALISMO/es-es/>> (25 de junio de 2013)

² Conjunto de reglas e instituciones que orientan, rigen, controlan y reparan las conductas humanas de los agentes para hacer posible de la manera más eficiente los intercambios conducentes a la mejora de personas.

³ El resultado es que ambos ganan en tanto que para cada uno el bien que adquiere representa una utilidad marginal mayor que la del bien que poseía antes del intercambio.

- Acceso libre al mercado, libre concurrencia de agentes (oferentes y demandantes) sin barreras que obstaculicen,
- Derechos de propiedad⁴ reconocidos y tutelados por los tribunales en caso de convenciones incumplidas, y
- Información pertinente para una plena participación.

Para alcanzar los fines que un modelo económico de libre mercado requiere, son imprescindibles los instrumentos jurídicos que definan reglas y garanticen su funcionalidad. Esto se consigue promoviendo la eficiencia⁵ de los agentes económicos y la competencia entre ellos que conduce a desencadenar esas eficiencias.

Es así que la institución de libre concurrencia, si bien está basada en la libertad de trabajo, resulta atemperada por disposiciones regulatorias y condicionada por una política dirigida al fomento del desarrollo que, a su vez, debe atender y preocuparse por la protección y el bienestar de ciertos colectivos. La consecuencia y resultado viene a ser todo un complejo paquete de relaciones donde concurren diversas potestades y limitaciones públicas que, concertadamente, deben confluir en proporción a la eficaz consecución de esos objetivos tan distintos que incluso su eficacia produce tensiones obvias.

La importancia de regular la economía nacional en muchas constituciones obedece a que, sin productividad y desarrollo económico, el bienestar social es imposible. Pero además, el financiamiento de recursos para la consecución de los fines político-sociales y la mejora o el mantenimiento de la calidad de vida de las personas tiene, como presupuesto o insumo indispensable, la prosperidad económica.

La política de competencia, en general, tiene como fines la concurrencia como un medio para conseguir eficiencia en los mercados y desarrollo económico, conducente a la mejoría

⁴ Implica que estén reconocidos institucionalmente con reglas y su funcionalidad y flujos garantizados por tribunales. Lo importante no es sólo considerar que ES la propiedad sino cuales deben ser los efectos y consecuencias y que tanto se cumplen estos. ¿Realmente se da seguridad para la inversión, el ahorro y el fomento a los emprendedores? ¿Es práctica y útil la regulación y su aplicación por operadores y, especialmente, tribunales?

⁵ Eficiencia de Pareto, es un concepto de la economía con aplicación tanto en esa disciplina como en ciencias sociales e ingeniería, está relacionado con estudios de eficiencia económica y distribución del ingreso y establece como eficiente aquella situación en la cual se cumple que no es posible beneficiar a más individuos en un sistema sin perjudicar a otros. El término "Óptimo de Pareto" indica una situación en la cual no se puede mejorar la situación de alguien sin hacer que algún otro este peor. "El bienestar de algunos se puede mantener constante sin que nuestras conclusiones resulten afectadas. Pero si, por el contrario, el pequeño movimiento (de una forma de estado social a otro) aumenta el bienestar de algunos individuos y disminuye el de otros, no puede afirmarse que el cambio es ventajoso para la colectividad en su conjunto.

de las condiciones y bienestar de los consumidores, con más abasto, menores precios, más calidad y servicio y más fuentes de empleo.⁶

La concurrencia implica, en términos ideales, disponer de una pluralidad de empresas que rivalizan con actitud antagónica,⁷ ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas para obtener la mayor cuota de mercado posible, en un contexto plural de consumidores o adquirentes.⁸

Para conseguir el objetivo citado es indispensable eliminar o reducir, a su mínima expresión, las barreras que obstaculicen o dificulten la entrada de nuevos competidores y fomentar un flujo de información sobre el comportamiento y características de los mercados así como conseguir que los derechos de propiedad sean reconocidos y tutelados para que resulten eficientes.

Al hablar de libre concurrencia, es pertinente diferenciar:

- a) la pluralidad y concurrencia de agentes económicos, con un enfoque marcadamente estructural; de,
- b) la competencia que tiene una expresión funcional.

Fundamentan a la institución los principios de:

- Mercado abierto;
- Autonomía de la estrategia empresarial; y,
- Soberanía del consumidor.

Por tanto, la competencia tiene una vocación funcional y práctica, donde es crucial buscar, en cada caso y época, la máxima eficiencia⁹ en el uso, explotación y aprovechamiento de recursos escasos para conseguir el máximo posible de satisfactores que reditúen en mejoría a la sociedad. Conviene puntualizar que las eficiencias buscadas pueden ser: en la producción, en el consumo o en ambas etapas.

⁶ Parece que ésta es la interpretación que la ley y la jurisprudencia enfatizan, prueba de ello es el artículo 2o. de la Ley Federal de Competencia Económica.

⁷ No existe responsabilidad concerniente a las prácticas a veces muy agresivas de ciertos agentes, en tanto las conductas sean conformes a reglas de lealtad aunque se cause perjuicio a otras empresas e incluso la expulsión del mercado.

⁸ Ginebra Serrabou Xavier, *Derecho de la Competencia*, México, Cárdenas editor, 2001, pp. 1-3.

⁹ En términos generales es producir u obtener lo máximo con el mínimo costo y puede ser en vertientes tales como productiva y técnica, asignativa de recursos productivos de la sociedad y distributiva a todos los sectores sociales.

Conseguir la competencia puede resultar arduo, especialmente en sectores económicos donde existen monopolios naturales o economías de escala, supuestos en que no es posible haya una pluralidad de agentes.

Tomando en cuenta esas dificultades o razones que impiden haya varios competidores, resulta que el Derecho, en una vertiente económica, juega un papel crucial, ya que a través de regulaciones, intentará minimizar o evitar los abusos de una posición dominante.

Surge así el concepto realista de competencia efectiva o *workable competition*, tendente a la máxima eficacia, en la medida que las circunstancias lo permitan, resultado que se obtiene cuando las empresas no manipulan ni limitan de forma excesiva o artificial la oferta, venta o producción de bienes y servicios. En cambio, se les incentiva para que respondan a la demanda y hagan participar a los consumidores en los beneficios del progreso técnico y económico que su especial posición en el mercado les permite obtener.

III. La libre competencia es un DESC

Los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), conocidos también como de "segunda generación" tienden a conseguir una igualdad y prosperidad de las clases sociales, por lo que corresponde al Estado una obligación de hacer y participar directamente a través de una política activa, dado que tales derechos se concretan como prestaciones, actividad de los agentes económicos o servicios públicos, donde el Estado asume un papel de prestador o promotor a efecto de auspiciar un bienestar económico y social para que todas las personas puedan acceder al máximo desarrollo de sus facultades, tanto en lo individual como colectivamente. Incluye a los derechos al trabajo, la seguridad social, salud, vivienda, cultura, educación, alimentación, salario equitativo, la sindicación, la huelga, al descanso y al pleno empleo, protección de consumidores, adecuado nivel de vida, garantizando abasto, precios competitivos y libre competencia.

Los derechos económicos y sociales según el Diccionario Espasa son:

Derechos constitucionalmente reconocidos, cuya efectividad requiere una actividad positiva de prestación por parte del Estado. Frente a los derechos individuales proclamados por el liberalismo del siglo XIX, que sólo reclaman una actitud negativa de respeto, las Constituciones del siglo XX, sobre todo a partir de 1945, incluyen gran número de disposiciones de orden económico y social.

La Constitución Española dedica el Capítulo III de su Título I ("De los derechos y deberes fundamentales") a los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52), los cuales han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan. Entre los derechos reconocidos en este capítulo se encuentran la protección de la salud, el acceso a la cultura, el derecho al medio ambiente adecuado, a una vivienda digna, etc. [P.G.-E.] Espasa (2001)

Esta categoría de derechos fundamentales ha sido tangencialmente reconocida por la jurisprudencia en los términos siguientes:

DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.— Este Alto Tribunal ha señalado que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado precepto constitucional tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Así, lo anterior es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado 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; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano. Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa

a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.¹⁰

Atendiendo a los bienes tutelados y efectos perseguidos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) reconoce en determinados derechos fundamentales una doble dimensión: colectiva o social e individual. Concerniente a la libre concurrencia se surte esta dualidad en la medida que propende a conseguir un beneficio a consumidores, propiciar un desarrollo económico, a la par que un margen para la libertad de comercio.

Con las recientes reformas constitucionales, a la Ley de Amparo y la inclusión de las acciones colectivas, los DESC y sus violaciones que usualmente son omisiones de la autoridad o de un particular vinculado, podrán ser reclamados y así dar vigencia a esos derechos que, hasta ahora, sólo eran de papel en el orden jurídico mexicano. En efecto, carecíamos de medios instrumentales para su tutela, pero el horizonte y porvenir son promisorios y halagüeños.

IV. ¿Qué es un monopolio?

La ciencia económica aporta determinados conceptos que el orden jurídico recoge, reconoce y regula, al tenor de valores y fines también de carácter social, político y moral.

¹⁰ Tesis: 1a. LXV/2008. DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, julio de 2008, p. 457. Registro IUS 169316.

En relación con el monopolio dice Parkin¹¹ lo siguiente:

Monopolio. Estructura de mercado en la que una sola empresa produce un bien o servicio para el que no existe sustituto cercano y en la que hay barreras explícitas o implícitas que impiden la entrada de empresas nuevas.

Monopolio legal. Monopolio en el que la entrada al mercado por otras empresas está restringida por la concesión de una franquicia pública, licencia gubernamental, patente o derecho de autor.

Monopolio natural. Un monopolio que se da cuando una empresa puede abastecer a todo el mercado a un precio más bajo que dos o más empresas.

Los monopolios existen ya sea por un privilegio legal, circunstancias fácticas o un fallo del mercado, resultando así empresas con poder para determinar las condiciones de oferta y demanda en el mercado y decidir cuáles serán sus ganancias, sin reparar en el perjuicio que se pueda ocasionar a los consumidores o al desarrollo nacional.

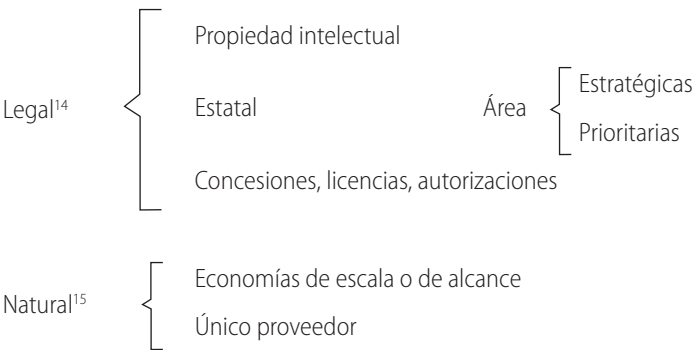
Por tanto y no obstante ser una institución económica, tiene amplias repercusiones en lo económico, jurídico, social y político; aspectos que deben considerarse en conjunto. Un ejemplo importante son las políticas europeas de Investigación y Desarrollo (I+D) o la generación de externalidades positivas¹² que válidamente pueden justificar y merecer privilegios por el beneficio social que conllevan. Es así que pueden aceptarse prácticas, si bien contrarias a la competencia, en tanto sean adecuadas o idóneas para favorecer o provocar eficiencias que beneficien a los más necesitados.

En consecuencia, cabe puntualizar que los monopolios¹³ no están prohibidos de manera absoluta o incondicional, antes bien, están previstos y en ciertos casos hasta autorizados por el orden jurídico. En cambio, lo proscrito son los abusos, el comportamiento desleal y sólo especulativo. Como tipos existen las siguientes:

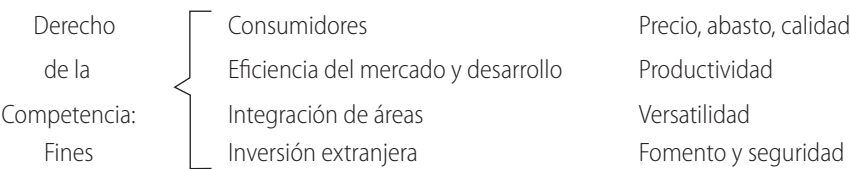
¹¹ Parkin Michael, Economía, México, Pearson, 2004.

¹² Un costo o beneficio patrimonial que surge de la actividad económica y que recae sobre agentes económicos que no participan en la actividad (Parkin, *idem*).

¹³ Entendidos como un solo oferente o un número muy reducido y exclusivo, no con enfoque peyorativo.



Los fines del derecho de defensa de la competencia son variados pero, de momento, baste tomar en cuenta los siguientes:



V. Prácticas monopólicas

Bajo la perspectiva que lo efectivamente proscribo son las prácticas anticompetitivas, la LFCE distingue dos tipos:

1. Prácticas monopólicas absolutas

Son aquellos contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea:

- Fijar o manipular precios de venta o compra de bienes o servicios;
- Fijar o restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- Dividir o repartir mercados actuales o potenciales;
- Coordinar posturas en licitaciones públicas.

¹⁴ La entrada al mercado está restringida por la concesión de una franquicia pública, licencia gubernamental, patente o derecho de autor

¹⁵ Una empresa puede abastecer a todo el mercado a un precio más bajo que dos o más empresas. En ocasiones no es aconsejable por razones de eficiencia tener muchas pequeñas empresas poco eficientes, en cambio, optar por una o pocas con economías de escala, caso de transportes, laboratorios, comunicaciones, etc.

Estas prácticas son ilegales *per se* y no existe ningún tipo de justificación para su realización, ya que impiden a la sociedad obtener los beneficios de la competencia económica: mejores precios y mayor calidad en los productos y servicios.¹⁶

2. Prácticas monopólicas relativas

Previstas en el artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante LFCE), son aquellas que realiza un agente económico con poder sustancial en determinado mercado, con el objeto o efecto de desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.

Las prácticas monopólicas relativas consisten en:

- Imposición o establecimiento de restricciones verticales (a proveedores o distribuidores);
- Restricción vertical de precios (a proveedores o distribuidores);
- Ventas atadas (condicionar la venta de un bien a la compra de otro);
- Exclusividades (distribución exclusiva de bienes o servicios);
- Negativa de trato;
- Descuentos por lealtad;
- Discriminación en precios (establecer precios o condiciones de venta distintos a agentes en igualdad de circunstancias);
- Boicot (ejercer presión entre varios competidores contra otro agente económico);
- Depredación de precios (la venta sostenida de bienes por debajo de su costo con el objetivo de incrementarlos posteriormente);
- Subsidios cruzados; e,
- Incremento de costos de competidores.

Para que estas conductas se consideren violatorias de la ley, las personas o empresas que las realicen, tal como lo establecen los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE, deben tener poder sustancial¹⁷ en el mercado relevante y realizar las prácticas respecto de bienes o servicios que correspondan a dicho mercado.¹⁸

¹⁶ Comisión Federal de Competencia, *Prácticas monopólicas absolutas*. Disponible en <<http://www.cfc.gob.mx/index.php/que-hacemos-cfc/practicas-monopolicas-absolutas>> (26 de junio de 2013)

¹⁷ Es decir, poder suficiente para imponer condiciones en el mercado, aunado a la capacidad para impedir que nadie o difícilmente le puedan contrarrestarle ese poder, excluyendo a nuevos entrantes que compitan.

¹⁸ Comisión Federal de Competencia Económica, *Prácticas monopólicas relativas*. Disponible en <<http://www.cfc.gob.mx/index.php/que-hacemos-cfc/practicas-monopolicas-relativas>> (26 de junio de 2013)

Los agentes económicos dotados de poder para influir en los mercados y llegar a manipularlos, quedan sometidos a un régimen regulatorio que les impone limitaciones pertinentes para controlar y corregir, de esa manera, eventuales abusos. En este sentido el criterio de la SCJN siguiente:

COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 9o.-A, FRACCIÓN XI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, AL FACULTARLA PARA IMPONER OBLIGACIONES ESPECÍFICAS A LOS CONCESIONARIOS QUE TIENEN PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL.—Si se atiende a que la Ley citada, en tanto conjunto normativo especializado en la materia, busca incentivar la sana competencia entre los sujetos que brindan servicios de telecomunicaciones en beneficio de los usuarios de dichos servicios, de manera que el establecimiento de obligaciones específicas a los concesionarios que tienen poder sustancial en el mercado, encuentra justificación en la circunstancia de que cuentan con ventajas reales respecto de aquellos que no lo tienen, puesto que son capaces, en principio, de influir y modificar las condiciones en que se desenvuelve el mercado de telecomunicaciones, resulta evidente que el artículo 9o.-A, fracción XI, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, al facultar a la Comisión Federal de Telecomunicaciones para imponer ese tipo de obligaciones no viola el principio de igualdad constitucional.¹⁹

3. Búsqueda y consecución de eficiencias

Conviene destacar que no toda práctica monopólica relativa debe ser sancionada, en tanto que muchas permiten obtener niveles de eficiencia favorables a la producción, el desarrollo nacional, la tecnología, los consumidores, etc., que al margen de ellas son inalcanzables.

Conviene puntualizar, por ser de uso obligado en los temas de monopolios, establecer aspectos esenciales del concepto. Es así que una *eficiencia económica* describe cualquier evento que incrementa el valor total de activos.

La *eficiencia productiva* consiste en que todos los productos son elaborados con el mínimo costo posible; es decir, con la menor erogación de recursos. Cierta producción será conside-

¹⁹ Tesis: P/J. 52/2007 COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 9o.-A, FRACCIÓN XI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, AL FACULTARLA PARA IMPONER OBLIGACIONES ESPECÍFICAS A LOS CONCESIONARIOS QUE TIENEN PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 958. Registro IUS 170845.

rada *eficiente* si no es posible reorganizar los insumos/recursos de una manera que se incremente el abasto sin también reducir el abasto de por lo menos otro producto.

La *eficiencia asignativa* se presenta cuando no es posible reorganizar o producir de una manera tal que alguien esté mejor sin que alguien salga perdiendo. Bajo condiciones, la satisfacción o utilidad de una persona puede ser incrementada únicamente mediante la reducción de la utilidad de otra persona. Visto en forma agregada, un mercado competitivo es eficiente en la medida en que los costos sociales y beneficios sociales coinciden. El bien es atribuido a quien más lo valora.

La *eficiencia técnica* consiste en la producción mediante la mejor u óptima combinación de abasto; la combinación más eficiente de insumos. Y la combinación eficiente de insumos es aquella que produce un abasto al menor costo de oportunidad.

La *eficiencia distributiva* –mejor conocida como justicia distributiva– busca encontrar mejores formas de distribuir el ingreso o la riqueza. El derecho de la competencia económica no tiene objetivos distributivos, aunque la reducción del poder de mercado de los agentes económicos –en particular los monopolísticos– trae como resultado un efecto redistributivo positivo a nivel agregado.²⁰

Retomando el tema jurídico, resulta que las prácticas monopolísticas relativas reprimibles, exigen que:

- a) El agente tenga poder sustancial en el mercado relevante;
- b) Exista una ponderación respecto de las eficiencias que puedan obtenerse en correlación con los efectos anticompetitivos que resulten.

Estos efectos, fundamentalmente son restricciones para el acceso de competidores o el funcionamiento eficiente de los mercados, tal como se detalla en el artículo 10, *in fine*,²¹ de la LFCE.

²⁰ González de Cossío, Francisco, *Ganancias en eficiencia: El zugzwang de la competencia económica*. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/2Gonzalez.pdf> (26 de junio de 2013).

²¹ Para determinar si las prácticas a que se refiere este artículo deben ser sancionadas en términos de esta Ley, la Comisión analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia. Estas ganancias en eficiencia podrán incluir las siguientes: la introducción de productos nuevos; el aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos; las reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción; la introducción de avances tecnológicos que produzcan

El énfasis de lo prohibido está puesto en las prácticas que dañan la libre competencia y, a cambio, no aportan ganancias en eficiencia, entendidas como *externalidades positivas*.

Semejantes consideraciones cabe hacer respecto a las concentraciones, que implican la fusión de agentes económicos, disminuyendo así el número de oferentes y el incremento en tamaño, lo que, de suyo, implica efectos anticompetitivos, pero la consolidación de empresas puede ser altamente benéfica en lo concerniente a eficiencias.

Los derechos de propiedad tienen como vocación y propósito asignar la explotación de bienes en provecho de una persona y con exclusión de los demás –oponible *erga omnes*– lo que conduce a una determinada y concreta exclusividad. Para evitar abusos el artículo 27 constitucional, párrafo tercero, faculta imponer las medidas que el interés social aconseje. Los abusos que se puedan dar en el ejercicio del derecho de la propiedad pueden ser la pauta de monopolios, sean naturales o legales.

Mención especial merece la propiedad intelectual cuyo fomento se prevé en la Constitución ya que si bien provoca exclusividades y barreras en los mercados, también es la base de incentivos para la inventiva, la creatividad, inversiones, desarrollo y demás efectos –externalidades– positivos; pero por supuesto, dentro de un margen de tensiones entre el acceso y los incentivos, cobrando relevancia definir y sancionar los el ejercicio abusivo de ciertos derechos o por la competencia desleal.

VI. Proceso de competencia y libre competencia, la actual tutela

El proceso de competencia comprende tanto el acceso a los mercados como las condiciones de realización de las actividades económicas. La protección de este proceso comprende una serie de garantías, en el sentido de derechos para los gobernados en tanto agentes de mercado, como de potestades y limitaciones públicas.²²

El Estado y más concretamente los gobiernos, en lo concerniente a su política respecto a la competencia, deben obrar en dos direcciones que, en ocasiones, pueden parecer opuestas y

bienes o servicios nuevos o mejorados; la combinación de activos productivos o inversiones y su recuperación que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes y servicios; las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución; que no causen un aumento significativo en precios, o una reducción significativa en las opciones del consumidor, o una inhibición importante en el grado de innovación en el mercado relevante; así como las demás que demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos.

²² Roldán Xopa José, *Constitución y Mercado*, México, Porrúa, 2004.

hasta contradictorias, propias de un dilema, pero que, en realidad, son complementarias en relación a la concurrencia, en los siguientes términos:

- Fomento y promoción del desarrollo nacional en todas sus vertientes, expandir la libertad de las personas y empresas con un claro objetivo de que sirva para que haya cada día más ricos,²³ al propio tiempo que la igualdad con el claro y definido objetivo de que haya menos pobres y desaparezcan o disminuyan las diferencias sociales.²⁴
- Control de ciertas conductas y comportamientos adversos y negativos tales como la indebida o falta de competencia efectiva, fallos de mercado, barreras y abusos que se traducen en exclusividades o protecciones que solo benefician a intereses particulares y egoístas.²⁵

La LFCE, reglamentaria del artículo 28 constitucional establece:

ARTÍCULO 2. Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

El segundo párrafo del artículo 28 constitucional pone un énfasis especial en las consecuencias y en los fines más que en las formas. Destaca que lo prohibido son actitudes y propósitos que determinan los precios altos y perjuicios a consumidores así como otras ventajas exclusivas que perjudican a la colectividad.

Por tanto resulta importante determinar y sancionar cuál es el objeto pero también el efecto²⁶ de las prácticas.

²³ Son las ideas de la Escuela de Chicago de la que es un ilustre representante Richard Posner para quienes lo importante es que el pastel sea lo más grande posible y todo lo que coadyuve al desarrollo y crecimiento es justificado.

²⁴ Son las tendencias europeas y norteamericanas más recientes y de carácter social cuyo objetivo es el crecimiento pero como un medio para un más equitativo reparto, parece ser que esa es la ideología que permea en la Constitución. No es un objetivo ni un fin de los mercados sino de la política social que se impone y matiza como expresión de moral pública a la actividad económica y social.

²⁵ Para Engels y Marx el Derecho igualitario es de corte burgués y es parte de un Estado que resulta ser un instrumento de dominación de clase que impide la circulación e intercambio de bienes y el reparto de la riqueza en tanto es la patente o título en que se escudan los capitalistas para someter y mantener en pobreza al proletariado. En el otro extremo, para Foucault, el Derecho y especialmente los trámites que naturalmente derivan –conducentes las más de las veces a una regulación excesiva– constituyen un instrumento de dominación de la burocracia en el interior de la sociedad a través y por medio del Derecho. Así llegamos al Estado de Derecho o de derechos y la pregunta es ¿El Derecho de quién? del más fuerte o del más organizado y eficiente. El supercapitalismo parece nos conduce a un imperialismo económico "legitimado" en el derecho.

²⁶ Supuestos previstos en los artículos 9, 10 y 16 de la LFCE.

Sobre el tema Flores Bernés comenta:

Es por ello que, de acuerdo con su exposición de motivos, los objetivos centrales de la LFCE "radican en promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas. La iniciativa [LFCE], de aprobarse, protegería el proceso competitivo y la libre concurrencia de los particulares en las actividades económicas. Es precisamente el proceso constante y permanente en el que las empresas compiten entre sí lo que trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios. En suma, una mayor eficiencia."

Por el contrario, los monopolios no permiten un funcionamiento eficiente de los mercados. Al no enfrentar competencia o provocar que la participación de los particulares esté limitada, las empresas ven reducidos sus incentivos para hacer más eficientes sus sistemas de producción y, por lo tanto, para llevar a cabo inversiones en capital humano, infraestructura, tecnología, etc.

En consecuencia, el monopolio propicia mermas al bienestar social, impide el desarrollo máximo de las potencialidades económicas y reduce en forma permanente la riqueza social. En una palabra, es ineficiente.²⁷

VII. ¿Por qué prohibir estancos?

Conducente a dar eficacia a la libertad de comercio y concurrencia en el mercado, la Constitución ha proscrito regímenes especiales o de privilegio donde solo ciertos sujetos o corporaciones puedan ejercer determinadas actividades económicas. El objetivo es que las leyes y su aplicación sean tendentes a la máxima liberalidad y apertura, así como a la oferta de satisfactores por las ventajas que para el desarrollo y bienestar nacional conlleva.

Se trata de un concepto jurídico-económico, peculiar:

(...). De ahí que estanco haya venido a ser en la época de la consolidación de las monarquías europeas, el monopolio en (sic) favor del Estado, ya fuera para elaborar o vender, en forma exclusiva, ciertos artículos como el tabaco y la sa, o bien

²⁷ Flores Bernés Miguel, *Ley Federal de Competencia Económica comentada*. Disponible en <http://www.competenciaeconomica.com.mx/ley/LFCE_Capitulo_1.pdf> pag. 3 (26 de junio de 2013).

para explotar con igual privilegio, algunos servicios como el de correos, el de telégrafos, etc. Los primeros monopolios del Estado fueron ingleses, pero este modo de realizar las transacciones comerciales... fue general en Europa.

II. A pesar de que en España algunos estancos se originaron desde el siglo XI, (la sal, p.e.), fue en el siglo XVII cuando se estancaron una gran cantidad de mercancías, llegando este fenómeno a su más amplia expresión durante el siglo XVIII, en virtud de la labor de los arbitristas. El interés del Estado español e estancar diversas mercancías se encuentra en la necesidad de la Real Hacienda de hacerse con rentas suficientes para sufragar no solo los gastos del aparato estatal, sino también los ocasionados por las constantes luchas en las que se halaba inmiscuida la incipiente monarquía española.²⁸

Acorde con lo expuesto, la LFCE reitera la prohibición, pero distingue ciertas actividades que por razones de rectoría es conveniente que sólo el Estado las ejerza o, en su caso, las concesione.

ARTICULO 4o.- Para los efectos de esta Ley, no constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a que se refieren los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 constitucional.

No obstante, las dependencias y organismos que tengan a su cargo las funciones a que se refiere el párrafo anterior, estarán sujetos a lo dispuesto por esta Ley respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos en los supuestos del artículo constitucional referido.

En relación con las causas y objetivos buscados con la prohibición de los estancos, Flores Bernés²⁹ comenta:

La principal preocupación para los constituyentes del 1857 fue lo relativo a los monopolios de derecho (estancos), que tenían su origen en la Colonia y que reservaban para ciertos particulares el monopolio sobre algunos productos. Por ejemplo, el último estanco desapareció hasta 1848 (el de los naipes). El Congreso constituyente estuvo integrado por prominentes hombres de extracción liberal,

²⁸ *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM-Porrúa, 1988, p. 1343.

²⁹ Flores Bernés, *op. cit.* nota 27. Disponible en http://www.competenciaeconomica.com.mx/ley/LFCE_Intro_AntecedentesHistoricos.pdf (26 de junio de 2013).

quienes abogaban por las libertades económicas, de allí que debatieran y finalmente formularan el artículo en comento.

Bajo todas estas perspectivas, es interesante como debe tejerse, con sinergia, un complejo marco legislativo y de operación de actividades estratégicas y prioritarias del Estado, cuyas regulaciones son especiales, restrictivas y que determinan exclusividades en los mercados, a la vez que sean coincidentes con determinados fines y objetivos previstos en el libre mercado y la libertad de trabajo.

En este contexto es pertinente distinguir el concepto sustancial de servicio público, entendido como una función o actividad técnica, que satisface necesidades colectivas –esencialmente de carácter económico y social– mediante prestaciones de carácter: general, uniforme, regular, continua y permanente. Tal actividad se desarrolla esencial y originalmente por la Administración, especialmente cuando es incosteable, generando un desinterés y poco atractivo para la inversión privada.

Pero también resulta que el concepto jurídico tiene otro significado, es el de un régimen jurídico o técnica de regulación estricta, basada en razones prudenciales y de oportunidad que justifican restricciones a los particulares. En este sentido la tesis que dice:

SERVICIO PUBLICO, NOCION DE.— Por servicio público debe entenderse el establecimiento de un régimen jurídico especial para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general. Organizar un servicio público es formular las reglas generales según las cuales se regirá la actividad de ciertas personas, o deberán ser administrados determinados bienes. El régimen jurídico del servicio público, puede tener variantes, ser más o menos completo, y constreñirse a la limitación de la actividad concurrente de los particulares, a la fijación de tarifas, y a la prestación del servicio a cualquier persona que lo solicite en cualquier momento. La determinación de cuando existe un servicio público corresponde fundamentalmente al Poder Legislativo.³⁰

Es así que se conforma un bloque de actividades al que no pueden acceder los particulares, a menos que asuman el carácter de concesionarios, lo que es peculiar en lo concerniente a las áreas prioritarias y aquellas conceptualizadas por la ley como servicios públicos.

³⁰ Tesis Aislada SERVICIO PUBLICO, NOCIÓN DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Quinta Parte, Tomo LXIX, p. 34. Registro IUS 274319.

Asociado a lo anterior, se tiene que para determinados agentes, especialmente los que detentan gran impacto y poder en los mercados, se diseñan esquemas de regulación estrictos, para asegurar a la colectividad las mejores condiciones de abasto y en cuanto al desarrollo y la más adecuada prestación de servicios públicos³¹ y al público,³² a la vez que se eviten abusos. Esto implica que surjan tensiones entre las actuaciones que deben ser adecuadamente resueltas por las autoridades administrativas y judiciales en casos de conflicto, buscando siempre privilegiar las mejores políticas públicas y el interés de la sociedad, pero con todo el respeto que el pleno disfrute de los derechos fundamentales merece.

Es en ese contexto que para una serie de actividades comerciales que producen bienes y servicios necesarios para la economía nacional y el consumo popular, se justifique imponer regulaciones y modalidades para garantizar el suficiente abasto y evitar alzas de precios, implicando, en ciertos casos, la connotación de servicios al público o una categoría de actividades o servicios de orden e interés público.

El resultado es que la libre actividad empresarial estará sujeta a determinadas limitaciones, bien sea por licitud de las prácticas resultantes³³ aunadas a variados matices o modalidades de intervención estatal justificadas por el interés público, que deben apreciarse en el siguiente contexto:

- Servicios públicos,³⁴ son actividades que satisfacen necesidades económicas y sociales prioritarias a través de:
 - Actividades estratégicas. Arts. 25-4 y 28-4³⁵
 - Actividades prioritarias. Art. 25-5³⁶
- Actividades de interés general, sujetas a condiciones especiales por razón de:
 - Regulación
 - Fomento Art. 25-2

³¹ Ejemplo de ello son las empresas del sector de telecomunicaciones, ferrocarrilero, bancario, etc.

³² Destaca lo concerniente al sector salud como hospitales, clínicas, periódicos, transporte, etc.

³³ Hay conductas que son prohibidas mediante regulaciones de naturaleza penal por afectar al orden público.

³⁴ El servicio público es una "pars" de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función del poder político mediante la cual se tiende a alcanzar cometidos o funciones del Estado, en la especie, de bienestar y progreso social; actividades que si bien no son necesarias al ser del Estado, sino de mera "utilidad", resultan indispensables para la "buena vida en común". Sarmiento García, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 18.

³⁵ Solo el Estado puede prestarlas.

³⁶ Originalmente a cargo del Estado pero puede concesionarlas a particulares.

- Actividades de libre mercado sujetas a:
 - Prohibiciones:
 - Titularidad pública de ciertas actividades. Art. 25
 - Delito e ilícito implican sean proscritas. Art. 5
 - Afecte libre concurrencia su ejercicio abusivo. Art. 28
 - Límites a la actividad cuando implique una ofensa a los derechos de la sociedad Art. 5
 - Modalidades razonables y necesarias que dicte el interés público Art. 25-6

VIII. ¿Por qué prohibir exenciones fiscales?

La razón esencial es evitar discriminaciones o trato inequitativo a situaciones análogas, de ahí que utilizar una política tributaria para favorecer a un sector de contribuyentes, sin hacerlo a favor de otros que están en condiciones similares, generando un entorno de competencia desleal, es la *ratio legis* de la prohibición. En ese sentido los siguientes criterios de la SCJN:

MONOPOLIO. EXENCIONES EN LAS LEYES FISCALES. Por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 constitucional equipara el monopolio todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción industrial o comercial y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva e indebida en favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social. Como se ve, el amparo contra una ley con base en que ésta concede exenciones de impuestos, sólo es procedente en aquellos casos en que por efecto de ellas, el quejoso se haya en situación de desigualdad respecto de la persona o personas determinadas que gozan del beneficio, afectándose con ello la libre concurrencia que resguarda el artículo 28 de la Constitución Federal, pero no cuando los quejosos no resienten ningún perjuicio personal o patrimonial con el mantenimiento de las exenciones a las categorías de personas establecidas por la ley combatida, ni reciben ningún beneficio por el hecho de que tales exenciones desaparezcan, pues en cualquiera de ambos casos su situación de causantes no se ve afectada y, en ambos casos, también habrán de pagar el impuesto establecido.³⁷

³⁷ Tesis Aislada MONOPOLIO. EXENCIONES EN LAS LEYES FISCALES. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, 50 Primera Parte, p. 65. Registro IUS 233323.

MONOPOLIOS. Por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 constitucional equipara al monopolio, todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; de manera que cuando una ley establece la exención de un impuesto, para los productores que acepten condiciones que les impongan instituciones privadas, indudablemente tiende a evitar la libre competencia, creando el monopolio en perjuicio de los demás. Por las razones anteriores, el decreto de 30 de agosto de 1927, que establece la bonificación del impuesto del 13%, en favor de los industriales que acepten las tarifas de la convención industrial obrera, constituye una violación al artículo 28 constitucional.³⁸

La prohibición de referencia es un tema que recurrentemente se invoca en los juicios de amparo cuando la política tributaria incluye, en su diseño, introducir una serie de exenciones. Esto ha merecido distinguir que, en muchos casos, la incidencia tributaria tiene fines que rebasan a los recaudatorios, esto es, son extrafiscales y, por consecuencia, para alcanzar esos objetivos, correlacionados con el tema de las externalidades³⁹ y alcanzar las políticas públicas de orden económico y social previstas en la Constitución, es obvio y plenamente justificado crear distinciones razonables e idóneas a esos efectos, sin que puedan tildarse de ser discriminatorios o inequitativos *per se*. En este sentido los siguientes precedentes:

EXENCIONES TRIBUTARIAS. SU ESTABLECIMIENTO PUEDE BASARSE EN RAZONES EXTRAFISCALES.—Los impuestos con fines extrafiscales son aquellos que se establecen con un objetivo distinto del recaudatorio, es decir, mediante ese tipo de impuestos el Estado no persigue como objetivo fundamental allegarse de recursos para afrontar el gasto público, sino impulsar, orientar o desincentivar ciertas actividades o usos sociales, según se consideren útiles o no para el desarrollo armónico del país. Ahora bien, si mediante las exenciones se libera de la obligación fiscal al sujeto pasivo de la relación tributaria, es inconcuso que tal liberación puede válidamente responder a fines extrafiscales, pues mediante aquéllas el

³⁸ Tesis aislada. MONOPOLIO. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XXIV, p. 499. Registro IUS 280607.

³⁹ Parece obvio que las positivas se deben de premiar como un incentivo que las provoque y aumente, en tanto que las negativas deben ser desestimuladas con costos, un ejemplo es el principio medioambiental del que contamina, paga.

Estado puede incrementar el bienestar material de los gobernados cuya capacidad contributiva es baja o impulsar determinado sector productivo al evitar que el precio del algún producto aumente con motivo de que el monto del impuesto se incorpore a él.⁴⁰

EXENCIONES. FINES EXTRAFISCALES EN QUE PUEDEN SUSTENTARSE.—En los sistemas tributarios actuales, la exención ha abandonado el perfil excepcional y negador del tributo que la caracterizaba, para erigirse como un elemento eficaz que evita la aplicación de parámetros comunes de tratamiento que resulten excesivos e injustos, modulando la prestación en supuestos determinados para ajustar el tributo a la realidad económica actual, al tenor de una valoración particularizada de los principios de justicia tributaria. Empero, es posible que las normas exoneradoras no se sustenten sólo en esa justificación, sino que también se conciban y apliquen en atención a motivaciones extrafiscales, con la finalidad de establecer una equitativa distribución de la carga tributaria para incrementar el bienestar de los contribuyentes cuya capacidad económica es baja, o incidir en el sistema social para impulsar, conducir o desincentivar ciertas actividades productivas o usos sociales, según sean considerados útiles o no para el desarrollo armónico del país. En ese tenor, la regulación del impacto recaudatorio puede ser utilizada en favor del concepto que la doctrina conoce como de "presupuesto óptimo", mediante la utilización de instrumentos fiscales como la exención, con la finalidad de alcanzar más allá del fin recaudatorio, el logro de objetivos sociales o económicos.⁴¹

FINES FISCALES Y EXTRAFISCALES.—En la teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha existido una constante en cuanto a la noción de que las contribuciones siempre tienen un fin fiscal —la recaudación— y que adicionalmente pueden tener otros de índole extrafiscal —que deben cumplir con los principios constitucionales aplicables, debiendo fundamentarse, entre otras, en las prescripciones del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—. Sin embargo, esta Primera Sala estima necesario efectuar una precisión conceptual, a efecto de acotar los ámbitos en que puede contemplarse la vinculación de ambos tipos de fines, para lo cual es necesario distinguir los

⁴⁰ Tesis: P. XXXII/2007 EXENCIONES TRIBUTARIAS. SU ESTABLECIMIENTO PUEDE BASARSE EN RAZONES EXTRA-FISCALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 17. Registro IUS 170754.

⁴¹ Tesis: I.15o.A.158 A EXENCIONES. FINES EXTRAFISCALES EN QUE PUEDEN SUSTENTARSE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 1765. Registro IUS 163338.

medios utilizados por el Estado para allegarse de recursos, sin que estas herramientas se confundan con el producto de dicha actividad recaudatoria y financiera, esto es, los recursos en sí. Lo anterior en atención a que mientras los medios tributarios utilizados por el Estado para obtener recursos –las contribuciones– deben tener un fin necesariamente fiscal –al cual, conforme a criterios jurisprudenciales, pueden adicionarse otros fines de índole extrafiscal–, los montos que generen las contribuciones y todos los demás ingresos del Estado apuntarán siempre hacia objetivos extrafiscales. Así, puede afirmarse que en materia de propósitos constitucionales, el ámbito fiscal corresponde exclusivamente a algunos de los medios utilizados por el Estado para allegarse de recursos –a los tributarios, en los cuales también pueden concurrir finalidades extrafiscales–, mientras que los ingresos que emanen de éstos –y de los demás que ingresan al erario, aun los financieros o no tributarios–, se encuentran indisolublemente destinados a fines delimitados en la política económica estatal, cuya naturaleza será siempre extrafiscal. Ello, tomando en cuenta que la recaudación en sí no constituye un fin, sino que es un medio para obtener ingresos encaminados a satisfacer las necesidades sociales, dentro del trazo establecido en el texto constitucional, tal como se desprende del artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal, que conmina a contribuir a los gastos públicos, y no a la acumulación de recursos fiscales.⁴²

IX. Principios constitucionales que rigen el funcionamiento de los mercados

La actividad económica y, más concretamente la eficiencia de los mercados, son instrumentos para el desarrollo que, a su vez, implican un medio para lograr la dignidad, plenitud y funcionalidad de todos los intereses de las personas en materia de bienestar.

Por tanto, la actividad política y económica del Estado al momento de tomar decisiones y la jurisdiccional al verificarlas, debe darse a partir de los objetivos y referentes de:

1. Ideología política y social

Basada en acoger los valores y criterios de dignidad, bienestar, moral pública y desarrollo.

⁴² Tesis: 1a./J. 107/2011 FINES FISCALES Y EXTRAFISCALES Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 506. Registro IUS 161079.

2. Política económica

Esencialmente son directrices, donde predomina o rige la discrecionalidad y creatividad de los actores políticos conducente a obtener los máximos u óptimos posibles de eficiencia en cada época y circunstancias. Juegan un papel importante, las razones de oportunidad asociadas a la poca previsibilidad de las variables que convergen e interactúan, por lo que, en la práctica, tales actividades no son controlables ni judicializables conforme a reglas o parámetros convencionales respecto a su desempeño en cuanto a los procedimientos y méritos.⁴³

El fin de la política económica⁴⁴ es la mejora de la economía nacional y finalmente de la población a través de medios indirectos que facilitan o hacen posible la competencia, cuyas metas son, principalmente:

- Efectos de la eficiencia
- Distribución de la riqueza
- Mejora del desarrollo tecnológico
- Bienestar de los consumidores.⁴⁵

3. Política de competencia.

Rigen criterios económicos y sociales conducentes a la productividad, desarrollo y eficiencia de agentes económicos, pero también confluyen fines redistributivos en favor de la sociedad.

Los problemas y casos críticos surgen por excesos legalistas y formalistas que desatienden la ponderación de los principios y descuidan la obtención de las mejores consecuencias. Se dan también los abusos –tanto de agentes económicos como de las autoridades– y la imposición de modelos teóricos a veces absurdos.

⁴³ Entendiendo por ello la ideología, los valores, principios y directrices en que se desdobra y son elementos estructurales. Es una estrategia, actitud, manejo, régimen a partir de esos grandes derroteros. Prueba de ello son las facultades legislativas y normativas que se confieren al Ejecutivo en el artículo 131 constitucional y en la Ley de Comercio Exterior, así como la amplia facultad para contraer oportunos compromisos vía tratados y acuerdos, formando parte del denominado derecho y orden jurídico nacional. La idea es dejar un espacio donde se puedan asumir decisiones estratégicas al margen de formalidades y largos procedimientos parlamentarios que responden tarde a la dinámica de los mercados. El resultado es un limitado escrutinio judicial y parámetros más laxos en cuanto a motivación, comúnmente el límite permisible es que el ejercicio de esa discrecionalidad no atropelle derechos fundamentales.

⁴⁴ De la que forma parte y es dependiente se tiene a la política de competencia como una parte de la económica.

⁴⁵ Ginebra, *op. cit.*, nota 8.

Algunos excesos en que puede incurrir la autoridad, pudiera ser que una empresa, socialmente responsable y con alto grado de eficiencia y rentabilidad, sea elegida por los órganos políticos para imponerle financiar gastos sociales, esto es, aprovecharse o abusar de su potencialidad y, si eso sucede, desalentará esas actitudes plausibles y cívicas en la medida que no se le retribuyen ni se incentivan sino se sancionan externalidades positivas.

Otro ejemplo puede ser una política de fomento a ultranza en favor tan sólo de pequeñas y medianas empresas así como de ayudas desproporcionadas o asimétricas, que obstaculizará el crecimiento y desarrollo de las grandes.⁴⁶

4. Derecho de defensa de la competencia.

Consiste en normas de derecho duro y puro que esencialmente tipifican y sancionan prácticas anticompetitivas, específicamente colusiones⁴⁷ y prácticas excluyentes.⁴⁸

Pero aún en este contexto, tales reglas se sustentan en dos sistemas uno de prohibición con finalidades esencialmente restrictivas y punitivas, donde prevalecen ciertas prohibiciones denominadas "per se"; y otro de abuso donde el poder sustancial, apenas cuando se ejerce de manera injustificada y sin algún beneficio colateral que lo legitime, es sancionado; caso este último difícil de argumentar y más aún de evaluar con referentes jurídico formales.⁴⁹

Como resultado de esta bivalencia de sistemas, surgen extremos de interpretación literal y estrictos procedimientos que parecen ser hasta ritualistas, pero también sucede que, otros casos, son resueltos con gran discrecionalidad, flexibilidad y sentido práctico, en razón de los conceptos jurídicos indeterminados, las directrices y principios que prevalecen y deben primar, característicos en la disciplina.

⁴⁶ Durante años se satanizó a las empresas con poder sustancial y se les imponía una serie de límites e, incluso, eran sospechosas, *prima facie*, de prácticas anticompetitivas y abusivas. La tendencia se revierte en las decisiones de tribunales norteamericanos y europeos donde el abuso del poder sustancial debe ser efectivamente acreditado y no imputado, sólo por "sospechosismo". Todo esto con el fin de promover y fomentar también la eficiencia y el crecimiento de los mercados y la economía nacional.

⁴⁷ Denominadas por la LFCE como absolutas.

⁴⁸ Connotadas como relativas.

⁴⁹ La Ley Federal de Competencia Económica en su artículo 9 prevé las prácticas absolutas que no ameritan ponderaciones, en cambio las prácticas relativas previstas en el numeral 10 y las concentraciones en el 18 son casos donde debe ponderarse si hay abuso en el dominio del mercado y que no haya efectos colaterales o externalidades que privilegien la eficiencia o situación de los consumidores, eventos en que las ilegalidades se pueden, válidamente, legitimar.

La mejor solución, en la práctica, consiste en aplicar la "*rule of reason*"⁵⁰ que pretende conciliar y mediar entre la:

- Eficiencia de: Empresas, el mercado y la competencia; sin desatender el,
- Interés social y especialmente de los consumidores y personas con menor poder adquisitivo o una posición más débil o precaria.

Por supuesto que estas amplias facultades pueden ser utilizadas, en ocasiones, sin una adecuada ponderación y argumentación, conduciendo a un clima de poca seguridad y confianza. Parece ser que aún no se ha conseguido rija el método "*ceteris paribus*"⁵¹ para la solución de los casos difíciles y todo queda en manos de tribunales prudentes e inteligentes que artísticamente apliquen la "*rule of reason*" donde es preciso invocar y atender a los valores, principios y directrices constitucionales.

5. Rule of reason

Una peculiaridad del Derecho de Defensa de la Competencia (antitrust) y del Regulatorio radica en estar conformado por: conceptos jurídicos indeterminados, principios, directrices y la promoción o consecución de políticas públicas, preferentemente.

Estos elementos son abstracciones e indeterminaciones que, en el mejor de los casos, autorizan inferir o sugieren fines u objetivos a alcanzar. Sin embargo no permiten concretar o construir a partir de simples inferencias, respuestas exactas, inmediatas, precisas y de uso universal; por el contrario, en muchos casos no son previsibles o determinables de manera evidente aquellos hechos o situaciones a los que se aplican, cuáles resultan excluidos, las consecuencias predeterminadas, etc.

Es así que las mejores prácticas judiciales en los Estados Unidos de América y Europa han determinado que es necesario ponderar, en cada caso concreto y en contexto, si determinadas prácticas constituyen o implican: beneficios o costos y, en su caso, construir respuestas individualizadas para casos y problemas concretos, siempre con la finalidad de que la elección asumida, permita conseguir las mejores consecuencias; las óptimas para casos concretos.

⁵⁰ Aunque una conducta produzca un efecto restrictivo de la competencia, si éste va acompañado por otro pro-competitivo de mayor magnitud, la posibilidad de que finalmente prevalezca éste último efecto neto pro-competitivo permite considerar tal conducta compatible con la regulación antitrust.

⁵¹ Método de conocimiento basado en un modelo donde confluyen una serie de variables que permanecen constantes a excepción de una cuya influencia se desea estudiar, lo que permite simplificar el análisis, ya que en caso contrario sería muy difícil o imposible dilucidar el efecto de cada variable individual.

Parafraseando a Dworkin, se trata de construir, aún en casos difíciles, la única y perfecta solución, mostrando la mejor perspectiva o cara que el Derecho puede aportar para decidir el caso concreto. Esto implica entender y comprender los hechos, el contexto, valores y principios e imaginar las consecuencias óptimas que puedan llegar a obtenerse. Se trata de implementar un modelo de razonamiento adecuado que permita establecer cuál es la solución correcta para cada caso.

La *rule of reason* es una doctrina y metodología judicial cuya traducción es "*regla de la razón*" por oposición a un literalismo a ultranza que, de aplicarse indiscriminadamente, puede llevar a decretar prácticas ilegales *per se*. La experiencia aconseja enfocar de manera precisa las circunstancias y sus consecuencias en contexto para así distinguir y dar un trato específico a ciertos abusos de poder en el mercado u otras prácticas restrictivas de la competencia⁵² según las características especiales del mercado en que se desarrollan, evaluando los daños que produce a la par de los beneficios pro-competitivos o de eficiencia que la práctica puede implicar y la elección de las mejores alternativas que coadyuven a optimizar resultados.

La regla de la razón consiste en aplicar un marco flexible para analizar la variedad casi infinita de posibles barreras o restricciones, excluyendo las absolutas, también conocidas como *per se*; dentro de una variedad igualmente infinita de contextos posibles del mercado, según lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en *Chicago Board of Trade v. United States*.⁵³

Se trata de un análisis peculiar que consiste en balancear o ponderar ventajas y perjuicios, costos y beneficios, pero caso por caso o por categorías.

Es así que el Tribunal ha de tener en cuenta normalmente los hechos concretos del asunto en que se produjo la práctica restrictiva, su situación antes y después de que la restricción tuviera lugar, la naturaleza de la práctica restrictiva y su efecto real y probable.

Por consecuencia, los antecedentes de la práctica restrictiva, el daño que se supone causó, la intención o el objeto buscado con la misma; son todos hechos relevantes. Y esto no significa que una buena intención absolverá una práctica otrora condenable o al revés, sino porque

⁵² Casos de fusiones o concentraciones, fijación de precios, restricciones verticales

⁵³ 223 F.2d 348 (1955) CHICAGO BOARD OF TRADE, Petitioner, v. UNITED STATES of America, Federal Communications Commission, Respondents, Western Union Telegraph Company, Intervenor. No. 12280. United States Court of Appeals District of Columbia Circuit. Argued March 7, 1955. June 2, 1955.

el conocimiento de la intención ayudará al Tribunal a interpretar los hechos y a predecir las consecuencias.⁵⁴

Hay un caso emblemático en el derecho estadounidense:⁵⁵ Un agente fija a sus distribuidores o agencias un precio fijo o mínimo con lo que elimina la competitividad en precios pero, en cambio, los incentiva a ser competitivos en proporcionar en mejor servicio, atención al cliente, disposición de refacciones, etc., lo cual resulta ser mucho más conveniente, eficiente y redituable para los consumidores por lo que procede legitimar la restricción ante el mayor peso del beneficio pro-competitivo en favor de los consumidores.

En los casos de las restricciones verticales: Los jueces deben aplicar la regla de la ilegalidad *per se* únicamente cuando la conducta impugnada presentara graves peligros para la competencia: "una política antimonopolios divorciada de las consideraciones de mercado carecería de puntos de comparación objetivos".⁵⁶

El análisis competitivo de prácticas relativas implica valerse de la fórmula o metodología de la *rule of reason*. De hecho, en México este método lo aplica la CFC y en palabras de González de Cossío,⁵⁷ consiste en:

Su metodología se asemeja al análisis tripartita realizado por la judicatura estadounidense: el "three-part inquiry: harm, benefit, alternatives". En esencia, dicho análisis busca hacer un ejercicio de balanceo: valorar los beneficios en el proceso competitivo de una práctica, contra sus desventajas. Dependiendo del resultado, se tildará de pro- o anticompetitiva. (Dentro de dicho análisis se conjugan las opciones. Ello busca evitar que medidas que justifican su fin sean aprobadas cuando existen alternativas que también lo logran, sin causar un daño competitivo.)

Una cláusula convencional o práctica contraria a la competencia es la fijación del precio mínimo de reventa al público que si bien, inicialmente tiene efectos anticompetitivos, también resulta que puede tener otros a favor y mejorar las eficiencias de los agentes económicos. Por tanto será necesario analizar en cada caso cuál de ellos es el que prima o debe prevalecer en relación con el mantenimiento del bienestar general.

⁵⁴ Juez Brandeis, en "Chicago Board of Trade versus United States" (*supra*, nota 53) Citado por Soriano García José Eugenio, *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, Studia Albornotiana 1993.

⁵⁵ *Dr. Milles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* (1911).

⁵⁶ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* (1977).

⁵⁷ González de Cossío, *op. cit.*, nota 20.

La regla es que se deben prohibir por completo las prácticas absolutas o colusorias e incluso ciertas concentraciones o fusiones de competidores que afecten a la concurrencia sin obtener ventajas pero, en cambio, aplicar criterios flexibles de razonabilidad en las relativas, para posibilitar o incentivar eficiencias, tal como lo prevé el artículo 10 de la LFCE, siempre en pos de una mayor competencia y de obtener eficiencias.

Al fin y al cabo, el Derecho de la Competencia no es tanto de legalidad formal sino más bien una "policía de mercados" que responde a la concepción política de la economía que se consiga privilegiar en el fondo y se ajusta a la visión y resultados que se quieran promover en una cierta época o tendencia política.⁵⁸

6. Excepciones a prohibiciones.

Especialmente derivadas por la aplicación de la "*rule of reason*" ante una insuficiencia práctica de regulación y la enorme cantidad de principios, consecuencias y valores que deben tutelarse, aunado a la muy variada gama de posibilidades fácticas, resulta que ciertas prohibiciones o limitaciones a la actividad mercantil, resultan matizadas, de acuerdo a las tensiones que pueden darse entre ventajas y desventajas competitivas, lo que puede redundar en crear alternativas *ad hoc*.

En resumidas cuentas, es patente la diversidad y complejidad de variables y elementos evaluatorios que, con una buena intención de flexibilizar y hacer más justas y equitativas las decisiones, al final trascienden en un clima de aparente ambigüedad y poca certidumbre cuando no se motiva la especial elección asumida.

7. Motivación, Discrecionalidad y Deferencia judicial

La funcionalidad y eficacia de instituciones y derechos previstos en las constituciones ha determinado matizaciones y tratos especiales a ciertos conceptos como el control judicial, por razones tanto políticas como técnicas.

Motivar un acto de autoridad, según la jurisprudencia mexicana, significa: explicar, justificar, posibilitar la defensa a los eventuales afectados y comunicar la decisión de manera clara.⁵⁹

⁵⁸ Noriega, Javier L., *La dimensión del mercado frente a la competencia*, Cinco días, Madrid 02/04/2007. Disponible en <http://www.cincodias.com/articulo/opinion/dimension/mercado/frente/competencia/cdscdi/20070402cdscdiopi_6/Tes/> (26 de junio de 2013).

⁵⁹ En este sentido la tesis de jurisprudencia de rubro: Tesis: I.4o.A. J/43. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y

La discrecionalidad puede ser un tema polémico, sin embargo, el contenido esencial del concepto según⁶⁰ estriba en:

La discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público.

Otra expresión orientada al Derecho Administrativo,⁶¹ dice que:

La discrecionalidad es la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso, cuando la razón de ser de esa libertad sea distinta de la existencia de límites en el razonamiento jurídico y del legítimo ámbito de las pretensiones de las partes, de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas.

Grosso modo, es la potestad contemplada en el ordenamiento, atribuida a una autoridad, que le faculta para elegir, entre varias opciones válidas, la más oportuna o conveniente para atender un caso concreto. Esa libertad de elección puede recaer en los medios instrumentales o en los fines que la Administración debe atender para satisfacer, de la mejor manera, el interés público.

Pero sucede que, en la práctica cotidiana de los tribunales y la doctrina, el concepto deviene ambiguo pues se habla de discrecionalidad, indistintamente, con cualquiera de las siguientes connotaciones:

- Política;⁶²
- Técnica;
- Margen de elección o apreciación para atribuir las consecuencias normativas por razones de oportunidad o conveniencia;⁶³

COMUNICAR LA DECISIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Mayo de 2006, p. 1531. Registro IUS 175082.

⁶⁰ García de Enterría Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Thomson-Civitas 2005, p. 155

⁶¹ Alonso Mas María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, España, Universitat de València 1998, p. 233.

⁶² Es importante distinguir la función administrativa de la política, tanto por su naturaleza, sus objetivos, instrumentos pertinentes y sujetos que la ejercen. En ambos casos existe una responsabilidad sólo que los referentes y las sedes donde se pueden hacer valer son distintas.

⁶³ Se le denomina también libertad de elección, concepto que merece distinguir de la arbitrariedad o libertinaje donde no hay controles, principios ni valores que encaucen a mantener una razonabilidad para satisfacer, de la mejor manera, con la máxima eficiencia y perspectivas, el interés público.

- Interpretar y aplicar conceptos jurídicos indeterminados; y,
- Actos de la Administración no sujetos a control jurisdiccional.⁶⁴

Las decisiones adoptadas según criterios políticos son las únicas, auténticas y puras, expresiones de discrecionalidad. Por esa razón, escapan a cualquier tipo de control en sede judicial, en tanto no es jurídico su núcleo esencial. En este sentido es el criterio CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS CUESTIONES MERAMENTE POLÍTICAS NO SON SUSCEPTIBLES DE ANÁLISIS EN SEDE JUDICIAL.⁶⁵

Conviene distinguir y deslindar el concepto de discrecionalidad política que, esencialmente, consiste en elegir o construir políticas públicas adecuadas, oportunas y con mérito para así atender, de la mejor manera, necesidades de los ciudadanos, esto es: el interés público. Para conseguirlo, se deben ponderar intereses concretos en casos particulares con el fin de obtener las mejores consecuencias, lo que es propio, característico y exclusivo de los actos de gobierno, no así de la Administración. En estos casos, la revisión judicial sólo procede cuando se vulneran o se restringen de manera desproporcionada los derechos fundamentales. En tal sentido se ha pronunciado la SCJN:

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES.— Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. Para este Alto Tribunal es claro que

⁶⁴ En este aspecto cabría diferenciar actos discrecionales por razones sustanciales esto es, los que admiten dos o más soluciones válidas, cualquiera de ellas; de los no justiciables —no sujetos a control judicial— por razones jurídico-formales. La tendencia en el auténtico y funcional Estado de Derecho es que siempre exista ese control, aunque con matices de intensidad.

⁶⁵ Tesis: 1a. XXXV/2008. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS CUESTIONES MERAMENTE POLÍTICAS NO SON SUSCEPTIBLES DE ANÁLISIS EN SEDE JUDICIAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo: XXVII, Abril de 2008, p 1780. Registro IUS 169915.

la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado –y entre ellos, el juzgador constitucional– deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma. De esta manera, resulta evidente que la Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso –o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo–, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.⁶⁶

MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.– Los tribunales constitucionales están llamados a revisar la motivación de ciertos actos y normas provenientes de los Poderes Legislativos. Dicha motivación puede ser de dos tipos: reforzada y ordinaria. La reforzada es una exigencia que se actualiza cuando se emiten ciertos actos o normas en los que puede llegarse a afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, y precisamente por el tipo de valor que queda en juego, es indispensable que el ente que emita el acto o la norma razone su necesidad en la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, ponderando específicamente las circunstancias concretas del caso. Tratándose de las reformas legislativas, esta exigencia es desplegada cuando se detecta alguna "categoría sospechosa", es decir, algún acto legislativo en el que se ven involucrados determinados valores

⁶⁶ Tesis: 1a./J. 84/2006 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*,. Registro Novena Época, México, Tomo XXIV, Noviembre de 2006, p. 29. Registro IUS 173957.

constitucionales que eventualmente pueden ponerse en peligro con la implementación de la reforma o adición de que se trate. En estos supuestos se estima que el legislador debió haber llevado un balance cuidadoso entre los elementos que considera como requisitos necesarios para la emisión de una determinada norma o la realización de un acto, y los fines que pretende alcanzar. Además, este tipo de motivación implica el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La existencia de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía crear y aplicar las normas correspondientes y, consecuentemente, que está justificado que la autoridad haya actuado en el sentido en el que lo hizo; y, b) La justificación sustantiva, expresa, objetiva y razonable, de los motivos por los que el legislador determinó la emisión del acto legislativo de que se trate. Por otra parte, la motivación ordinaria tiene lugar cuando no se presenta alguna "categoría sospechosa", esto es, cuando el acto o la norma de que se trate no tiene que pasar por una ponderación específica de las circunstancias concretas del caso porque no subyace algún tipo de riesgo de merma de algún derecho fundamental o bien constitucionalmente análogo. Este tipo de actos, por regla general, ameritan un análisis poco estricto por parte de la Suprema Corte, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador. En efecto, en determinados campos –como el económico, el de la organización administrativa del Estado y, en general, en donde no existe la posibilidad de disminuir o excluir algún derecho fundamental– un control muy estricto llevaría al juzgador constitucional a sustituir la función de los legisladores a quienes corresponde analizar si ese tipo de políticas son las mejores o resultan necesarias. La fuerza normativa de los principios democrático y de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado –y entre ellos, el juzgador constitucional– deben respetar la libertad de configuración con que cuentan los Congresos Locales, en el marco de sus atribuciones. Así, si dichas autoridades tienen mayor discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que en esos temas las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. Por el contrario, en los asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Poder Legislativo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto el orden constitucional así lo exige. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.⁶⁷

⁶⁷ Tesis: P/J. 120/2009 MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 1255. Registro IUS 165745.

La intensidad o alcance de la revisión judicial en los casos de la actividad administrativa dependerá, en mucho, de si son claras y precisas las indicaciones que el Congreso emite o, por el contrario, si son ambiguas; supuesto en que la libertad de la Administración para construir políticas públicas en sus decisiones⁶⁸ y actuaciones es mayor, tal es el caso de directrices muy amplias o el uso de conceptos jurídicos indeterminados.

La liberalidad para emitir actos administrativos, aún discrecionales, siempre es limitada en mayor o menor medida y, por ende, la intensidad del control judicial varía. Las razones principales son la proscripción o interdicción de la arbitrariedad, lo que exige instaurar recursos efectivos, aunado a que en todos los casos siempre se combinan determinados elementos reglados como: la atribución, la competencia, el procedimiento, la motivación formal y de racionalidad, el tiempo y forma de ejercicio de atribuciones, los hechos determinantes y la subordinación a determinados principios.

En Europa cuando se usan conceptos jurídicos indeterminados o hay supuestos de discrecionalidad técnica, puede hablarse de una cierta deferencia o discrecionalidad no enjuiciable por la incapacidad del juez y la expertiz o "especialidad" propia de la Administración en la cual no puede sustituirse plenamente el juez ni incluso los peritos, pues siempre hay un ámbito de libertad para construir las mejores políticas públicas y satisfacer el interés público con un mérito no revisable de manera absoluta.

Retomando varias de las ideas expuestas y fundado en precedentes del TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y en lo previsto por el artículo o sección 706 de la APA (Administrative Procedure Act), el siguiente criterio que esboza los principales aspectos a evaluar respecto a decisiones de la CFC, basadas en facultades discrecionales y relacionadas con temas técnicos o científicos complejos.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS RESOLUCIONES.— La Comisión Federal de Competencia es un órgano desconcentrado y especializado de la administración pública federal que, en sus decisiones, aplica un margen de discrecionalidad, entendido como libertad para apreciar, del que ha sido investida para ponderar las circunstancias y actuar de manera concurrente con la finalidad perseguida por el legislador, prevista en la Ley Federal de Competencia Económica; es decir, en el desarrollo

⁶⁸ La facultad va desde la reglamentación de reglas, instrucciones o directrices, dispuesta en normas generales hasta la emisión de ordenes o decisiones atinentes a casos particulares, como autorizaciones, sanciones, etc.

de su actividad son peculiares las valoraciones de tipo económico, sobre cuestiones de hecho, de derecho e incluso de actitudes subjetivas o una mezcla de todas éstas, buscando siempre la consecución de la finalidad establecida por la Constitución, que es evitar se realicen prácticas monopólicas, a través del control y sanción de conductas ilegítimas. De ahí, el despliegue de la potestad jurisdiccional para controlar el marco de legalidad y de legitimidad que establecen los artículos 16 constitucional y 51, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, a efecto de que el ejercicio de esas facultades discrecionales corresponda con los fines y las consecuencias que el orden jurídico consagra. Por tanto, el control judicial de los actos de dicha comisión se realiza mediante la verificación de que sus actos no violen derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en los procedimientos relativos, lo que acontecería, por ejemplo, cuando no se respetan las normas reguladoras del procedimiento, y de motivación, haya inexactitud material de los hechos o sea evidente un error manifiesto de apreciación; en la medida que tales vicios se traduzcan en notoria arbitrariedad o desproporción en el ejercicio de la facultad concedida, incurriendo así en desvío de poder.⁶⁹

A partir de estas ideas surge también el principio de otorgar cierta deferencia a la libertad de apreciación y decisión de ciertas autoridades, que determina matizar la intensidad del análisis judicial constitucional, a partir de parámetros débiles que respeten el margen de discrecionalidad o libertad de apreciación concedida para la consecución de una finalidad perseguida por el orden jurídico. Es así que en el *deference* norteamericano y la discrecionalidad técnica europea resulta peculiar la matización del nivel del escrutinio o control judicial, dependiendo de la naturaleza técnica o política de pronunciamientos o decisiones, bien sean de la Administración, del judicial o del legislativo.

X. Historia legislativa

1. Constitución de Cádiz y de 1824

La *Constitución de Cádiz* ya contenía una disposición que puede considerarse antecedente del actual artículo 28 constitucional, pues en ella, al rey se le prohibió dar privilegios exclusivos a personas o corporaciones. Por otra parte, desde la *Constitución de 1824* se otorgaron

⁶⁹ Tesis: I.4o.A.622 A COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS RESOLUCIONES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México. Tomo. XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1325. Registro IUS 168499.

privilegios exclusivos a inventores y autores por un tiempo determinado. Las *Bases Orgánicas de 1843* contuvieron asimismo disposiciones en materia de competencia y prohibición de privilegios. El Estatuto Orgánico provisional también contuvo prohibiciones en contra de monopolios y recalcó los privilegios otorgados a autores e inventores.⁷⁰

2. Constitución 1857

En el mismo sentido y bajo la perspectiva de reconocer libertades a los comerciantes, la siguiente regulación:

28. No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúanse únicamente, los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.

3. Constitución 1917 (original)

La estipulación constitucional de 1917, puede considerarse que incorpora un enfoque social.

Texto original

ARTÍCULO 28.— En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco, que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combi-

⁷⁰ Flores Bernés, *op. cit.*, nota 27.

nación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Texto actual

Artículo 28.– En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de Artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Exposición de motivos

Respecto a los motivos tenidos en cuenta al promulgar la Constitución de 1917 y leyes anti-monopolio, anteriores a la LFCE, Flores Bernés comenta:

Venustiano Carranza en su discurso de apertura del Congreso Constituyente de Querétaro dijo ‘...combatir eficazmente los monopolios y asegurar en todos los ramos de la actividad humana la libre competencia... es indispensable para asegurar la vida y el desarrollo de los pueblos...’. Francisco J. Mújica también señaló, al razonar el dictamen de la comisión que analizaba el artículo 28 constitucional, que "la prohibición relativa a todo lo que significa monopolio, comprende que esto es odioso en un país como el nuestro en el que debe dejarse el mayor campo posible de libertad al comercio y a la industria." Así, es claro que desde su revisión en 1917, el artículo 28 constitucional reflejaba un claro espíritu a favor de la

libertad de concurrir y competir teniendo que ser las excepciones a este principio muy acotadas.⁷¹

Del contexto general que prescribe la Constitución, se advierte un criterio amplio donde predominan y tengan funcionalidad práctica y efectiva los valores, principios y directrices que en su conjunto proclama.

El objetivo no es, *per se*, prohibir a los monopolios ya que en la actualidad la eficiencia en el uso de recursos económicos escasos, es fundamental, lo que lleva a justificar economías de escala que, necesariamente, dan lugar a concentraciones que pueden redundar en monopolios o, cuando menos, oligopolios pero, en cambio, se impone la regulación para controlar los posibles excesos, los fallos en el mercado, dando a la tutela de la propiedad y de la libertad de empresa una directriz de beneficio social y, a la postre, favorecer a los consumidores y a la población en general en aras de favorecer los valores de una moral pública de claro beneficio social que recaiga en los sectores o clases menos favorecidos, desarrollo y prosperidad como un motor para impulsar y financiar el bienestar de los individuos y de la sociedad en su conjunto.

Es así que la interpretación y solución de los casos habrá de orientarse a optimizar las posibilidades de obtener los mejores resultados en el crecimiento económico, promoción del empleo, incrementar la producción y abasto de bienes y servicios, fomentar e incentivar la inversión y crecimiento, obtener competitividad en un mercado que se esfuerce por reducir precios y costos –entiéndase de producción y de transacción–, con la posibilidad de discernir las intenciones de los agentes para corregir sólo lo pertinente pero eso sí con severidad y eficacia, además de proveer una regulación de ciertas actividades proclives a provocar fallos en el mercado para prevenirlos pero sin que la intervención sea frustrante de la actividad y desarrollo económico que requiere de libertad para ser eficiente.

XI. Interpretación del Artículo 28 Constitucional por la SCJN

El tradicional criterio de la SCJN respecto a la finalidad perseguida por el artículo 28 constitucional, ponía ya un énfasis en los fines o efectos por sobre aspectos formales o estructurales.

MONOPOLIOS, NATURALEZA DE LOS. Para que exista monopolio no es necesario que se trate de concentración o acaparamiento de artículos de consumo

⁷¹ *Idem.*

necesario, pues puede existir mediante todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicios al público, máxime que de acuerdo con este precepto del artículo 28 constitucional, existe la fracción I del artículo 253 del Código Penal, que pena los actos con las tendencias mencionadas.⁷²

1. Caso Grupo Warner Lambert

Un muy completo, actual y exhaustivo análisis sobre los monopolios a partir de la interpretación del artículo 28 constitucional, fue hecho por el Tribunal Pleno de la SCJN, al resolver el amparo en revisión 2617/96,⁷³ promovido por Grupo Warner Lambert México, S. A. de C. V., en sesión del día quince de mayo del año dos mil.

Sobre el particular estableció que la prohibición constitucional de los monopolios debe apreciarse a partir de una doble dimensión: no sólo se orienta a tutelar las libertades individuales de contratación, comercio y trabajo, sino además a proteger el interés de la sociedad que puede verse afectado por la realización de prácticas monopólicas.

Igualmente sostuvo que la prohibición no se constreñía a prohibir la explotación exclusiva de cierta área de la industria o del comercio, sino también a proscribir cualquier práctica que afectase el sistema de libre concurrencia de manera que incidiera en las condiciones de precio y calidad de los productos en el mercado.

Así se desprende del fragmento de la ejecutoria que dice así:

El artículo 28 de la Ley Fundamental, en la parte que interesa, encuentra su antecedente inmediato en el artículo correlativo de la Constitución del año de mil ochocientos cincuenta y siete, que decía:

ARTICULO 28. No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente, los relativos

⁷² Tesis Aislada MONOPOLIOS, NATURALEZA DE LOS. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época; Tomo CVIII, p. 1655. Registro IUS 386340.

⁷³ AMPARO EN REVISIÓN 2617/96. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Julio de 2000. México. Tomo XII. p. 278. Registro 6668 (Ejecutoria). Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/6668.pdf>> (27 de junio de 2013)

a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.

Este texto, al cual se atribuyó en su momento una ideología puramente liberal, en cuyos términos la prohibición de establecer monopolios no era sino un mecanismo alternativo de protección de la libertad individual en materias de comercio, trabajo y contratación, ya consagrada en los entonces artículos 4o. y 5o. como uno de los postulados fundamentales del sistema de los derechos fundamentales del hombre, fue recogido y adoptado, con un sentido orientado más hacia la protección del núcleo social y del interés general por el redactor de la Constitución del año de mil novecientos dieciséis, para quedar así: (texto actual del precepto)

De estas disposiciones se sigue que mientras el Constituyente de mil ochocientos cincuenta y siete concibió a los monopolios como una práctica atentatoria fundamentalmente de la libertad individual en la materia económica, el Constituyente de mil novecientos diecisiete los prohibió no sólo por ser contrarios a las libertades clásicas de comercio, industria y contratación que habían sido objeto de tutela en la normatividad constitucional desde la consagración del Estado de Derecho, sino también en cuanto constituían un ataque a bienes de la colectividad que debía ser reprimido.

La doble dimensión individual-social de la prohibición de los monopolios y figuras afines se halla reflejada tanto en los textos legales producidos en la materia –Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, expedida el veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y cuatro y en vigor hasta el veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres en que fue derogada por la ley reclamada– como en la interpretación jurisprudencial elaborada por este alto tribunal a propósito del artículo 28.⁷⁴

Enseguida la SCJN relata cuál ha sido el *iter* o camino normativo e interpretativo del precepto:

La tarea interpretativa desarrollada en esta materia revela que el concepto constitucional de monopolio, desde su elaboración original, no debía entenderse de manera estricta, a modo de designar únicamente el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, sino que debía designarse con él a las prácticas,

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 34-35.

acuerdos y procedimientos descritos por el propio Constituyente en el segundo párrafo del numeral en examen, cuando prohibía cualquier acto que en general evitara la libre concurrencia o constituyera una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas con perjuicio del pueblo en general o de una clase social.

Siendo tal la interpretación que correspondió al texto original del artículo 28, resulta claro que su reforma por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, única producida en la parte de interés, no vino sino a desarrollar, en el lenguaje constitucional, los conceptos que de suyo se consideraban comprendidos en el término de monopolio y así se deduce, precisamente, de la exposición de motivos de la iniciativa respectiva, que en lo conducente expresa:

El artículo 28 se reforma y adiciona de acuerdo con la filosofía y los principios que se establecen en el artículo 25 que, a su vez, son correspondientes con la filosofía de todo el texto constitucional. Esta reforma ha sido planteada como necesaria para actualizarlo y hacerlo consistente en su orientación.

El texto vigente del artículo 28 protege fundamentalmente la libertad de industria, comercio y trabajo dentro del marco de una libre competencia que históricamente no se ha dado en nuestro país ni en ninguna otra realidad nacional. Ello no concuerda con la evolución de una economía que, si bien garantiza libertades económicas, está sujeta a relación social bajo la rectoría del estado con estricto apego al principio de legalidad.

Se introduce ahora el concepto de práctica monopólica, sin quitarle fuerza a la prohibición anterior de los monopolios, para adecuar la regulación de la concentración y los nuevos fenómenos de oligopolio y para evaluar las consecuencias de la acción de las empresas en bienestar de los ciudadanos y de los consumidores.

No se trata pues de volver a un mundo de productores individuales aislados sino de establecer las bases normativas para regular los efectos nocivos de la acción de las concentraciones económicas y propiciar su fragmentación en todos aquellos casos que resulten perjudiciales para la sociedad, fortaleciendo al mismo tiempo a las medianas y pequeñas empresas, que junto con los consumidores resultan perjudicadas por las prácticas monopólicas.

De no adoptar una decisión realista y sustantiva para regular la concertación económica, el poder económico quedaría en unas cuantas manos, distanciándose y haciéndose depender las principales decisiones de la voluntad de unos cuantos individuos. Ello generaría condiciones de polarización sin capacidad de transformación social de deficiencias y costos crecientes para la sociedad.

El país requiere eliminar concertaciones injustificadas en la economía, romper situaciones de monopolio, dar mayores oportunidades a la iniciativa personal de los mexicanos y difundir y multiplicar la propiedad sin dejar de adoptar las formas de organización e incorporación de innovaciones tecnológicas que sean más adecuadas para los propósitos nacionales.

Se introducen las bases para regular el abasto y los precios, así como para imponer aquellas limitaciones que eviten intermediaciones innecesarias o excesivas que provocan el alza de los precios. Se sientan las bases jurídicas para la vital modernización del comercio interno.

Se introduce la protección de los consumidores propiciando su organización.

Se especifican las actividades que tendrá a su cargo el Estado, las cuales no serán sujetas a concesión. Con ello se delimita con precisión el ámbito exclusivo del Sector Público, y los alcances de la participación del Estado.

Se fundamenta la existencia de instituciones, organismos y empresas que requiere el Estado para su eficaz desempeño en las áreas estratégicas y de carácter prioritario.

En relación a la reforma que prohíbe la concesión a particulares de los servicios bancarios se mantiene su texto actual.

Se mantiene la protección a las asociaciones de trabajadores y de cooperativistas así como los autores y artistas para que no estén sujetos a las prohibiciones que rigen para los monopolios.

Se hace explícito el régimen de concesiones para la prestación de servicios públicos, o la explotación, uso y aprovechamiento de los bienes dominio de

la Federación, así como las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios públicos y la utilización social de los bienes dominios de la Federación, y los criterios para evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

Se sujetan los regímenes de Servicio Público a la Constitución y la ley.

Finalmente se fijan normas para reglamentar sobre bases de interés general y social el otorgamiento de subsidios.

De acuerdo con esta iniciativa, el artículo se reformó en la parte de interés para quedar en la actualidad en los siguientes términos: (texto actual)

La evolución normativa en la materia revela que nuestro sistema constitucional se ha orientado por la prohibición no solamente de los monopolios entendidos en su acepción más estrecha, sino de todos aquellos actos que tiendan a impedir la libre concurrencia en el mercado, por los perjuicios que ello puede causar tanto a los intereses privados de quienes participan en el mismo en las calidades de oferentes o compradores de bienes y servicios, como al interés de la colectividad en general, en la medida en que las restricciones a la libre competencia implican naturalmente perturbaciones en el nivel de precios de los productos, en su calidad y en su comercialización.⁷⁵

Y en otra parte de la ejecutoria reiteró:

(...) el constituyente de 1917 prohibió los monopolios y las prácticas monopolísticas, no sólo por considerarlos contrarios a las libertades clásicas de comercio, industria y contratación que habían sido objeto de tutela en la normatividad constitucional desde la consagración del Estado de Derecho, sino porque estimó que constituían un ataque a bienes de la colectividad que debía ser reprimido. La reforma de mil novecientos ochenta y tres al mencionado artículo se basó también en la necesidad de proteger el interés social, tal como se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa respectiva que, aunque ya se transcribió anteriormente, conviene reproducirla en lo conducente (...)

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 38-41

En el sentido de estimar al interés general como el bien jurídico tutelado por el artículo 28 Constitucional, se pronunció este Alto Tribunal al emitir la ejecutoria que dio origen a la tesis que quedó transcrita anteriormente con el rubro: "COMERCIO, DERECHO DEL ESTADO PARA ESTABLECER LIMITACIONES A LA LIBRE CONCURRENCIA" y que en lo que aquí interesa establece:

El lema de la doctrina económica sostenida por la escuela liberal de "dejar hacer", prohíbe al Estado toda intervención en la industria y en el comercio, y a eso se llama libre concurrencia; esta extremada libertad conduce al libertinaje y al dominio desleal y absoluto de los grandes capitales, en perjuicio de los pequeños industriales, de los trabajadores y del público en general, lo cual ha traído como consecuencia el enorme desnivel económico y el desproporcionado reparto de la riqueza que se nota en las sociedades actuales. La Constitución de 1917 vino a destruir los principios básicos de la escuela liberal y a sostener teorías contrarias a esa doctrina, como las contenidas en los artículos 27 y 123; así pues, no es lógico ni congruente sostener que el mismo cuerpo de leyes que alega y destruye los postulados de la doctrina liberal, acepte, en su artículo 28, en toda su extensión, el más individualista de todos los principios liberales, o sea, la libre concurrencia, interpretada en el sentido de prohibición absoluta al Estado para intervenir en la vida económica del País. El origen netamente liberal de los derechos que garantiza el artículo 28 constitucional, puede conducir erróneamente a la conclusión de que en materia de comercio, la Constitución sostiene el principio de "dejar hacer"; pero por la forma en que está redactado dicho precepto, se entiende que más que garantizar a los individuos en particular, trata de proteger a la sociedad y a los derechos de la colectividad y que en vez de impedir la intervención del Estado, la exige, pues en su segundo párrafo dice textualmente: "En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios públicos; todo acuerdo con fines de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transporte o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social".

Es notable y merece mencionarse con énfasis, el mandato contenido en el segundo párrafo del artículo 28 de la Constitución Federal, en el sentido de castigar "severamente" y "perseguir con eficacia" los monopolios y las prácticas monopólicas, pues en ninguna otra parte de la Constitución se utiliza el término "severamente" que, sin duda, tuvo como objetivo llamar la atención del legislador ordinario de que tales monopolios y prácticas monopólicas fueron consideradas por el Constituyente como graves y requerían para su erradicación y corrección, disposiciones legales que las enfrentaran con rigorismo. Es clara la preocupación del Constituyente por orientar al legislador ordinario acerca de la magnitud que debía de darle a la ley reglamentaria correspondiente.

En base a (sic) los lineamientos del Constituyente, en las exposiciones de motivos de la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y cuatro y de la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el mismo órgano de difusión el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, se destaca la necesidad de proteger los intereses sociales.

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica de 1934, en lo que interesa, se expresa:

La orientación general de la nueva ley aparece francamente inspirada en la tendencia a evitar y suprimir todas aquellas situaciones económicas que redundan en perjuicio del público, siguiendo así el concepto más genérico que puede encontrarse en el artículo 28 de la Constitución, pues bien es cierto que este texto en sus orígenes históricos es de raigambre liberal, ya en 1917, al introducirse las modificaciones que en él figuran, o sea todos los preceptos del segundo párrafo de dicho artículo, predominó el criterio de la protección de los intereses sociales, preferentemente a los intereses particulares. . . Fijado así el espíritu y finalidad social que persigue el texto que se reglamenta, la caracterización de los monopolios, de los privilegios, de las prohibiciones a título de protección a la industria, de la exención de impuestos y de los demás actos que deben prevenirse y reprimirse en los términos del precepto constitucional necesariamente tenían que hacerse sobre la base

de evitar perjuicios al público en general o a grupos importantes de la colectividad.⁷⁶

XII. Interpretación de la regulación multiprincipios

La ideología, políticas y práctica de la actual regulación económico-social, se da en un contexto o variante ecléctica y de tensiones entre las originales posiciones radicales del liberalismo y socialismo.

En principio hay las grandes tendencias antitéticas que se van matizando, relativizando y compartiendo fortalezas y debilidades, ventajas y desventajas, en un proceso de ponderación, simbiosis y sinergia, cambiante, evolutivo y reactivo, pertinente a las necesidades, retos y problemas de la economía y la política; solo que antes eran locales y sectoriales y ahora atienden a una globalización. En el contexto social y económico de la actuación del Estado se aprecian las ideologías siguientes:

- Libertad individual, donde la actividad estatal debe ser subsidiaria y, en ese sentido se desarrollan los modelos e instituciones de: Estado liberal, libre mercado y libertad de empresa, así como el derecho a la propiedad privada.
- Igualdad, fundada en los valores como la solidaridad de la sociedad, surge el modelo de estado social, la obligación de satisfacer prestaciones especialmente a las clases más necesitadas o relegadas, cuyos titulares son colectivos y merecen recibir bienes y actividades de los sectores más favorecidos y ricos, de ahí las políticas redistributivas.

En Europa hay una tercera vía que implica una ideología y política ecléctica entre las tendencias liberales y socialistas, con el resultado y ambiente plural donde la derecha ya no lo es tanto igual que la izquierda tampoco; tienen ahora posturas más cercanas entre sí, menos radicales.⁷⁷

Sin embargo, lo que parece indiscutible e infrenable es que la tendencia globalizadora mundial, boicotea y erosiona a las alternativas sociales, tendentes a la igualdad, desarrollo y dignidad de las personas y, en cambio, retorna triunfante el paleo-capitalismo, ahora más como

⁷⁶ *Ibidem.*, pp. 53-56.

⁷⁷ Comenta Ariño en Ariño Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993. pp. 12 y 17: "la izquierda en España se ha "derechizado". Se han superado posturas maniqueas como el engaño de la utopía socialista enfrentada con el error de la locura liberal".

un capitalismo salvaje que solo tiene ojos para la especulación, trascendiendo en desigualdades e injusticias que, por lo menos, en Europa, se estaba en vías de ir superando.

Es así que un elemento concentrador, ponderador, unificador, conciliador y comprensivo de intereses en tensión –incluyendo, por supuesto, los dos grandes vectores que dan razón de ser a la regulación económica: la protección de los derechos y el desarrollo–; viene a ser el "interés general". Entendido como un concepto jurídico indeterminado que aglutina y concede justa dimensión y funcionalidad, en cada caso concreto, a los variados intereses, valores, principios, reglas, etc., que interactúan en sinergia, con la particularidad que los concreta, ajustando a la autoridad y expandiendo el desarrollo económico y social.

En consecuencia, la autoridad y los agentes económicos deben cooperar en hallar o construir las fórmulas que realicen, en la mayor medida posible, el interés general.

En México a nivel constitucional la actividad económica y el libre mercado se prevén, especialmente, en el artículo 28.⁷⁸ Sin embargo, la dinámica y transversalidad de este numeral no es simple, en tanto que interactúa, es interdependiente, con varios dispositivos más como son el 5, 16, 25 y 27, entre otros, que determinan el contexto general del régimen de libre concurrencia y de la regulación en los mercados y establecen los elementos básicos de seguridad y de sujeción a legalidad. Ante esta multiplicidad de regulaciones y tutelas parece ser que la actividad de los agentes económicos en los mercados y la intervención o abstención de actuar de las autoridades es algo que dependerá de los casos concretos que debe ser ponderado conforme a la regla de la razón para arribar a las mejores consecuencias.

Una mención especial debe hacerse a la materia de propiedad intelectual que, si bien, se inscribe en la *ratio essendi* del artículo 28 constitucional, es una excepción limítrofe a la libre concurrencia; es más, constituye un monopolio⁷⁹ legal. Su justificación se pretende fundar en la eficiencia de los agentes económicos⁸⁰ en razón y para el efecto de posibilitar conseguir mejores condiciones de crecimiento económico, I+D –inversión y desarrollo– entendido como requisito para asegurar e incrementar el abasto, calidad y los precios más bajos en favor y provecho de los consumidores.

⁷⁸ La LFCE dispone que es reglamentaria sólo del artículo 28 constitucional pero, en realidad, lo es de muchos más numerales que se complementan y actúan en sinergia.

⁷⁹ Esta calificación no es pacífica, para algunos tiene ese alcance para otros, sobre todo en el caso de patentes, es apenas una limitación a la comercialización de un producto o a una cierta actividad que antes no existía en el mercado, pero en ciertos casos puede llegar a conceptuarse como anticompetitiva.

⁸⁰ Los inventores y autores sean personas físicas o empresas son los sujetos privilegiados.

En el artículo 28 el bien tutelado principal es el bienestar y las mejores condiciones para los consumidores, lo que requiere como instrumento de un mercado libre pero como límite se inscribe la propiedad intelectual cuyo objetivo es la solvencia, protección y fomento a la actividad inventiva. El quid es que los abusos o excesos en este objetivo, por supuesto que inciden y pueden afectar a los intereses de los consumidores. Las leyes, directrices y su aplicación por autoridades administrativas y tribunales deben de cuidar la ponderación de todos estos intereses y que sea óptimo su aprovechamiento en conjunto.

A fin de cuentas, tenemos que el resultado terminal se obtiene a partir de un proceso de ponderación y en una relación de sinergia, de múltiples principios y directrices que, incluso, impactan o derrotan⁸¹ a las normas en forma de regla que aparecen previstas en leyes reglamentarias, muchas de las cuales, a su vez, tienen la estructura de conceptos jurídicos indeterminados por lo que se impone y requiere de una interpretación principalista y consecuencialista en virtud de hechos o circunstancias de casos concretos.⁸²

En el Derecho español, comenta Urrutia,⁸³ se advierten declaraciones sustantivas incompatibles. Es así que en el preámbulo, la Constitución garantiza un orden económico justo, lo que él traduce en *equidad*, pero que contrasta frente a la obligación de promover el progreso de la economía, para lo cual, la *eficiencia* es imprescindible. Con este ejemplo pone de relieve que los objetivos prescritos, las más de las veces, entran en tensión.

Este mismo conflicto vuelve a presentarse en el artículo 131, al prever como uno de los propósitos de la planificación, *estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*; aspiraciones que tampoco marchan en paralelo.⁸⁴ Por estas razones y otras más, afirma que los aspectos económico-sustantivos, previstos en la Constitución, son inconsistentes e incompatibles, sin que puedan satisfacerse simultáneamente. Concluye, que la

⁸¹ La derrotabilidad normativa es un concepto que surge de la interpretación hermenéutica y principalista de los órdenes jurídicos donde los valores, principios y directrices que inspiran a la política, al ser jerárquicamente preferentes a los mandatos previstos en reglas, las determinan e influyen y hasta conducen a una interpretación conforme con aquellos e incluso pueden concretar una corrección en el mero sentido que se deduce de una simple interpretación literal y aislada de los textos.

⁸² Recientemente la SCJN ha reiterado esta interpretación principalista que derrota a la literal o de las reglas de manera aislada, reconociendo que el orden jurídico es un ejercicio armónico, derivado de la interacción de varios postulados esenciales, principios rectores y valores democráticos, primando sobre preceptos aislados y discordantes del sistema en razón de obtener los objetivos esenciales o preferentes sobre la base de consistencia lógica de los principios que inspiran al sistema. P. XXXVII/2006, 2a./J. 67/2006, 1a. CLXXIX/2006.

⁸³ Urrutia Juan, Una nota sobre Constitución y ciencia económica, en Estudios sobre la Constitución Española, edición de Peces-Barba Gregorio, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 192-194.

⁸⁴ Los objetivos y metas de desarrollo de la renta y riqueza, en muchas ocasiones, pueden ser rivales furibundos de la igualdad y del bienestar social que va implícita en la justa distribución.

abundancia de aspectos sustantivos determina que, la pretendida estabilidad y concurrencia, se consiga al precio de la inoperancia y, si ese es el resultado, ¿cuál es la razón de su previsión legislativa?⁸⁵

1. Jurisprudencia sobre Monopolios, Rectoría económica del Estado, políticas públicas y Derecho regulatorio

Esta problemática derivada de la interacción e interrelación de variados principios y políticas o directrices, ha generado en México conflictos que se han resuelto con una variada gama de criterios jurisprudenciales plurales.

Es así que el espectro donde operan las frecuencias radio-eléctricas, que son un bien finito y prioritario del Estado, llega a ser escaso; por tanto, tal como sucede con la tierra, se tiene que los acaparamientos o mala distribución del recurso, incide y raya en un mercado donde priman no sólo intereses económicos que deben merecer un trato abierto, de libertad de acceso, sino también de carácter social y democrático exigiendo ser puntualmente atendidos y a los que se debe dar atención especial, evitando o combatiendo operaciones de especulación egoístas, como muchas que han justificado incluso expropiaciones.

Es así que se conjuga de manera especial la materia regulatoria, en un campo complejo de aplicación como es el de las telecomunicaciones, con la equitativa provisión de oportunidades a los concesionarios existentes y a otros más que se agreguen, sin impedirles incorporarse a un mercado competitivo que satisface muy variadas y esenciales necesidades de las personas. En este sentido las tesis siguientes.

RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 17-G DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, AL ESTABLECER QUE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES VALORARÁ, PARA DEFINIR EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN, EL RESULTADO DE LA LICITACIÓN A TRAVÉS DE SUBASTA PÚBLICA, ES INCONSTITUCIONAL.—El citado precepto al establecer que para definir el otorgamiento de la concesión respectiva la Comisión Federal de Telecomunicaciones valorará la congruencia entre el programa a que se refiere el artículo 17-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, esto es, el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión

⁸⁵ Como respuesta a esta problemática y aparente contrariedad los tribunales constitucionales europeos han ensayado con éxito un método y teoría de ponderación, basado en la proporcionalidad de los principios o derechos fundamentales en tensión que se resuelve en casos concretos con soluciones originales, ad hoc y pragmáticas, buscando hallar o construir la óptima para casos particulares, es evolucionar a una justicia pretoriana fundada y que persigue la equidad.

que debe publicar la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en el *Diario Oficial de la Federación*, y los fines expresados por los interesados para utilizar la frecuencia en la prestación del servicio de radiodifusión, así como el resultado de la licitación a través de subasta pública, lo que propicia que el factor determinante para definir al triunfador sea meramente económico, viola el principio igualdad contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 6o., 27 y 28 constitucionales, toda vez que ese sistema privilegia a los participantes con mayores recursos económicos, lo que lejos de contribuir a aminorar las desigualdades sociales las propicia, demeritando la trascendental función social de la radio y televisión abierta como instrumentos clave para satisfacer derechos subjetivos fundamentales, concretamente los de libre expresión y de información, además de favorecer el acaparamiento de los medios de comunicación masiva por grupos económicamente poderosos, impidiendo la libre competencia y concurrencia en el sector y obstaculizando con ello el desarrollo integral, plural y democrático de la sociedad mexicana.⁸⁶

ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. A LAS CONCESIONES RELATIVAS SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CONJUNTAMENTE CON LOS ESTABLECIDOS EN LOS NUMERALES QUE CONFORMAN EL CAPÍTULO ECONÓMICO DE ÉSTA, Y PREFERENTEMENTE LOS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS GOBERNADOS.—El citado precepto protege, como valor fundamental, el manejo de los recursos económicos de la Federación, que si bien, en principio, son aquellos ingresos públicos o medios financieros que se asignan vía presupuesto para las contrataciones de obras públicas y servicios, o bien, para las adquisiciones, arrendamientos y servicios, bajo los principios de eficiencia, eficacia, honradez y licitación pública y abierta, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones, también comprenden las enajenaciones de todo tipo de bienes bajo los mismos principios y fines. Ahora bien, entendidos los recursos económicos como bienes del dominio de la nación susceptibles de entregarse a cambio de un precio, el espectro radioeléctrico, por ser un bien de esa naturaleza que se otorga en concesión a cambio de una contraprestación económica, debe considerarse también como recurso económico en su amplia acepción, al que son aplicables los principios

⁸⁶ Tesis: P/J. 74/2007 RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 17-G DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, AL ESTABLECER QUE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES VALORARÁ, PARA DEFINIR EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN, EL RESULTADO DE LA LICITACIÓN A TRAVÉS DE SUBASTA PÚBLICA, ES INCONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 1089. Registro IUS 170634.

contenidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto del género enajenaciones, conjuntamente con los establecidos en los artículos 25, 26, 27 y 28 que conforman el capítulo económico de la Ley Fundamental. Además, toda vez que la radiodifusión constituye una actividad de interés público que cumple una función social de relevancia trascendental para la nación, porque los medios de comunicación son un instrumento para hacer efectivos los derechos fundamentales de los gobernados, los principios del indicado artículo 134 deben relacionarse también, y preferentemente, con todas las disposiciones que consagran esos derechos fundamentales.⁸⁷

RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, EN LO RELATIVO AL REFRENDO DE LAS CONCESIONES EN LA MATERIA SIN SOMETERSE AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN ES INCONSTITUCIONAL.—El citado precepto, al disponer que el refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento de licitación previsto en el artículo 17 de la Ley Federal de Radio y Televisión, viola los artículos 1o., 25, 26, 27, 28 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que establece un privilegio para los concesionarios al relevarlos de competir en igualdad de circunstancias con los terceros interesados en obtener una concesión en materia de radiodifusión, sin que exista razón objetiva y razonable que lo justifique, lo que propicia, por un lado, que los concesionarios no se preocupen por presentar planes y programas económicos, financieros y de desarrollo tecnológico competitivos y, por el otro, que se anule o dificulte el acceso de terceros interesados, con el consiguiente perjuicio a la libre competencia en un área prioritaria para el desarrollo nacional, provocándose fenómenos monopólicos y de concentración contrarios al interés público, aunado a que impide que el Estado ejerza plenamente su papel rector y planificador de la economía y dificulta el ejercicio del dominio que le corresponde sobre el espectro radioeléctrico, ya que no estará en posibilidad de comprobar o verificar el uso que se ha dado a las concesiones otorgadas, ni de evaluar a través del procedimiento de licitación la idoneidad de los interesados en obtener la concesión, ni el cumplimiento de los requisitos previstos legalmente para su otorgamiento, con lo cual tampoco se permite determinar las

⁸⁷ Tesis: P/J. 72/2007 ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. A LAS CONCESIONES RELATIVAS SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CONJUNTAMENTE CON LOS ESTABLECIDOS EN LOS NUMERALES QUE CONFORMAN EL CAPÍTULO ECONÓMICO DE ÉSTA, Y PREFERENTEMENTE LOS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS GOBERNADOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 986. Registro IUS 170758.

condiciones y modalidades que aseguren la eficacia en la prestación del servicio y la utilización social del bien, ni las mejores condiciones para el Estado, pues los titulares de la concesión que se refrenda no tendrán que cubrir la contraprestación económica que se exige al ganador de una licitación, además de que la autoridad contará con un amplio margen de discrecionalidad para decidir respecto del refrendo al no prever la ley criterios o reglas que normen su actuar al decidir al respecto. Asimismo, el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión viola los derechos de libre expresión y de información consagrados en el numeral 6o. constitucional, ya que no se garantiza el acceso equitativo a los medios de comunicación para propiciar un pluralismo que asegure a la sociedad el respeto a esos derechos.⁸⁸

CONCESIONES DE RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 17-E, FRACCIÓN V, DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN VIOLA EL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA.—El precepto citado que establece como requisito para el otorgamiento de una concesión de radiodifusión, la solicitud de opinión favorable presentada a la Comisión Federal de Competencia, viola el principio de libre competencia contenido en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así, ya que dicho requisito no garantiza que el otorgamiento de la concesión no provocará fenómenos monopólicos y de concentración, pues el requisito que es indispensable es la opinión favorable mencionada, la que lógicamente tendrá que sustentarse en los estudios económicos, financieros y de mercado que aseguren la idoneidad del concesionario y que su participación en el mercado relativo no afectará la libre competencia ni provocará fenómenos de concentración contrarios al interés público. De ahí que la inconstitucionalidad del precepto se restringe a la expresión solicitud, para conservar como requisito dicha opinión favorable.⁸⁹

CONCESIONES Y PERMISOS DE RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES. EL ESTADO TIENE LA POSIBILIDAD DE CAMBIAR O RESCATAR LAS BANDAS DE FRECUENCIA ASIGNADAS, ENTRE OTROS SUPUESTOS, PARA LA APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS.—El artículo 23 de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece

⁸⁸ Tesis: P/J. 73/2007. RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, EN LO RELATIVO AL REFRENDO DE LAS CONCESIONES EN LA MATERIA SIN SOMETERSE AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN ES INCONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Enero de 2008, p. 2098. Registro IUS 170460.

⁸⁹ Tesis: P/J. 71/2007 CONCESIONES DE RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 17-E, FRACCIÓN V, DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN VIOLA EL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 971. Registro IUS 170824.

los supuestos en que podrá cambiarse o rescatarse una frecuencia o banda de frecuencias concesionadas, a saber, cuando lo exija el interés público, por razones de seguridad nacional, para la introducción de nuevas tecnologías, para solucionar problemas de interferencia perjudicial y para dar cumplimiento a los tratados internacionales suscritos por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. Por otra parte, de los artículos 9o., último párrafo, de la Ley Federal de Radio y Televisión, 107 del Reglamento de Telecomunicaciones y 19 de la Ley General de Bienes Nacionales, esta última aplicable supletoriamente en lo no dispuesto expresamente en las leyes anteriores, sus reglamentos y tratados internacionales, se advierte la posibilidad de rescate, cancelación o cambio de frecuencia autorizada por el Estado, entre otros casos, para la aplicación de nuevas tecnologías. En ese sentido, si en virtud del avance tecnológico el Estado considera necesario reorganizar el espectro radioeléctrico a fin de hacer más eficiente su uso, está en posibilidad jurídica de reasignar o reubicar las bandas de frecuencia asignadas e, incluso, rescatarlas o recuperarlas, al corresponderle, en todo momento, su dominio directo en términos del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁹⁰

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN ESTÁ FACULTADO EXPLÍCITAMENTE POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE LA MATERIA DE MONOPOLIOS Y, POR ENDE, AL EXPEDIR LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO INVADIR LA ESFERA COMPETENCIAL DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS.—Los artículos 25, 28 y 73, fracción XXIX-D, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen, respectivamente, las diversas actividades que debe realizar el Estado como rector del desarrollo, consistentes en planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, así como llevar a cabo la regulación y fomento de aquellas tareas que demanda el interés general en el marco de libertades que otorga la propia Constitución Federal; la prohibición general respecto de la existencia de monopolios y prácticas monopólicas; y la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de planeación económica y desarrollo, programación, promoción, concertación y ejecución de orden económico que tiendan esencialmente al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios.

⁹⁰ Tesis: P/J. 68/2007. CONCESIONES Y PERMISOS DE RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES. EL ESTADO TIENE LA POSIBILIDAD DE CAMBIAR O RESCATAR LAS BANDAS DE FRECUENCIA ASIGNADAS, ENTRE OTROS SUPUESTOS, PARA LA APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 972. Registro IUS 170823.

Ahora bien, si del análisis relacionado de las mencionadas disposiciones constitucionales, se desprende que el Congreso de la Unión está facultado explícitamente para legislar en materia de planeación económica y desarrollo, así como en lo relativo a monopolios y, por tanto, para expedir la Ley Federal de Competencia Económica que tiende a regular la concentración de capitales y empresas, por ser de sustancial importancia económica, es indudable que al emitirla no invade la esfera competencial de las entidades federativas.⁹¹

XIII. Libre concurrencia y libertad de comercio

Existen actividades regladas que, por esencia, establecen restricciones a la actividad de los particulares; sin embargo, cuando no es evidente la razonabilidad y necesidad para decretarlas, es obvio que se atenta al mismo tiempo contra la libertad de comercio y la libre concurrencia con el riesgo de fomentar monopolios.

NIXTAMAL, MOLINOS DE, REGLAMENTO PARA, EN EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI, DE 4 DE FEBRERO DE 1957. INCONSTITUCIONALIDAD. El artículo 4o. constitucional garantiza la libertad de industria, comercio y trabajo, sin más limitaciones que la determinación judicial cuando se ataquen los derechos de terceros, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Los artículos 26, 30 y 2o. transitorio que reformaron y adicionaron el Reglamento para Molinos de Nixtamal y Expendios de Masa y Tortillas para el Estado de San Luis Potosí no se encuentran en ninguno de estos dos casos de excepción, pues el hecho de que una persona sea dueña de más de tres molinos de nixtamal o expendios de masa o de tortillas no ofende los derechos de la sociedad. Tampoco puede estimarse que se trata de combatir un monopolio de los prohibidos en el artículo 28 constitucional, pues no hay prueba alguna de que al ser dueña una persona de más de tres molinos o expendios de los señalados se pretenda obtener un alza de los precios. Más bien, podría sostenerse que en los artículos del reglamento se trata de evitar la libre concurrencia, que es precisamente lo prohibido por el citado artículo 28 de la Carta Magna.⁹²

⁹¹ Tesis: 1a. LXIV/2002 COMPETENCIA ECONÓMICA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN ESTÁ FACULTADO EXPLÍCITAMENTE POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE LA MATERIA DE MONOPOLIOS Y, POR ENDE, AL EXPEDIR LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO INVADIR LA ESFERA COMPETENCIAL DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS.- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVI, Septiembre de 2002, p. 254. Registro IUS 186053.

⁹² Tesis Aislada NIXTAMAL, MOLINOS DE, REGLAMENTO PARA, EN EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI, DE 4 DE FEBRERO DE 1957. INCONSTITUCIONALIDAD. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, Tomo 49, primera Parte, p. 59. Registro IUS 233344.

En el mismo sentido las tesis con los rubros siguientes:

PAN, TRANSFORMACION DE LAS MISCELANEAS EN EXPENDIOS DE (REQUISITO DE DISTANCIA).⁹³

PAN, INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE DISTANCIA PARA LOS EXPENDIOS DE.⁹⁴

AGUA POTABLE ENVASADA, EL DECRETO No. 100 DE BAJA CALIFORNIA (REFORMATORIO DE LA LEY DE TRANSITO) QUE DECLARA SERVICIO PUBLICO EL TRANSPORTE DE, ES VIOLATORIO DE LOS ARTICULOS 4o. Y 28 CONSTITUCIONALES.⁹⁵

1. Libre concurrencia e información confidencial

La vigilancia, aplicación, cumplimiento y exigibilidad del Derecho de la Competencia tiene, *prima facie*, un peso mayor que la información confidencial de los particulares, en el entendido que deben tomarse las precauciones para equilibrar la funcionalidad de los derechos en tensión, sin obstaculizar la investigación y sanción de ilícitos.

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, DEBE NEGARSE CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PUES EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD PREVALECE Y ES PREFERENTE AL DERECHO DE LA QUEJOSA A LA CONFIDENCIALIDAD DE SUS DATOS.–De acuerdo con la teoría de ponderación de principios, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión debe resolverse el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o subprincipios siguientes: a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad. El primero se traduce en la legitimidad del principio adoptado como

⁹³ Tesis Aislada PAN, TRANSFORMACION DE LAS MISCELANEAS EN EXPENDIOS DE (REQUISITO DE DISTANCIA. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo LXXVIII, p. 4405. Registro IUS 324349.

⁹⁴ Tesis aislada PAN, INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE DISTANCIA PARA LOS EXPENDIOS DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo LXXVIII, p. 3598. Registro IUS 807445.

⁹⁵ Tesis aislada. AGUA POTABLE ENVASADA, EL DECRETO No. 100 DE BAJA CALIFORNIA (REFORMATORIO DE LA LEY DE TRANSITO) QUE DECLARA SERVICIO PUBLICO EL TRANSPORTE DE, ES VIOLATORIO DE LOS ARTICULOS 4o. Y 28 CONSTITUCIONALES. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, 12 Primera parte, p. 37. Registro IUS 233840.

preferente, es decir, que sea el adecuado para lograr el fin constitucionalmente válido o pretendido; el segundo consiste en que no exista otro medio menos oneroso para alcanzar el fin deseado o que afecte en menor grado los derechos fundamentales de los implicados; y, el tercero implica equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del bien público, lo que significa que no se sacrifiquen principios o valores constitucionalmente más importantes o de mayor peso al que se desea satisfacer. En ese contexto, cuando en un juicio de amparo se solicita la suspensión contra la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica en cuanto a requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, debe considerarse, por una parte, que de concederse la medida cautelar se afectaría gravemente el interés de la sociedad, pues al permitirse a la quejosa no proporcionar la información y documentación requerida, se paralizaría tal procedimiento –que es de interés social y orden público– impidiendo que se determinara si se realizan o no esas prácticas, lo que haría nugatoria la facultad de investigación de la mencionada comisión, y además, se dejaría de proteger el proceso competitivo, consecuencia de la libre concurrencia económica, que tiene como resultado menores costos, mayor eficiencia, mejores y nuevos productos y mayores servicios para los usuarios y consumidores, que es una finalidad que se encuentra tutelada como derecho fundamental y garantía en el artículo 28 constitucional; y, por la otra, que al negarse la medida no se afectan los derechos de la quejosa, pues la información y documentación requerida no es imposible de rendir o radicalmente arbitraria por inconducente y tampoco se violan sus derechos sustantivos, protegidos por la Constitución, al no verse afectados irreversible o irremediablemente, de manera que se le pudiesen causar daños de difícil reparación, desproporcionalmente mayores a los que pudiese resentir la sociedad, dado que conforme al artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, la información y documentación que maneja la referida comisión durante la etapa de investigación es estrictamente confidencial y se puede solicitar, e inclusive exigir, que se trate como tal en las posteriores etapas del procedimiento, de modo que se impida su divulgación a los agentes económicos investigados, a terceros extraños o al público en general, salvaguardándose así su confidencialidad y secrecía. Por consiguiente, es claro que debe negarse la suspensión, puesto que el interés de la sociedad prevalece sobre el interés particular de la quejosa, pues el principio que debe primar es aquel

que causa menor daño y, por ende, el que resulta indispensable privilegiar, porque evidentemente conlleva un mayor beneficio.⁹⁶

2. Libre concurrencia y propiedad privada

El cumplimiento efectivo del Derecho de defensa de la competencia puede implicar sanciones de la CFC con trascendencia en los derechos de propiedad, llegando al extremo de imponer desinversiones y ventas de activos que deben ser puntualmente ejecutadas. Esta tesis confirma la validez de la facultad relativa.

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 37, PARTE FINAL DEL PRIMER PÁRRAFO Y ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL PREVER QUE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE EMITA LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, EN LA QUE DETERMINE IMPONER COMO SANCIÓN LA DESINCORPORACIÓN O ENAJENACIÓN DE ACTIVOS, DERECHOS, PARTES SOCIALES O ACCIONES, CORRESPONDE ORDENARLA A LA AUTORIDAD JUDICIAL, VIOLA LOS ARTÍCULOS 16 Y 49 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.—Al tener la autoridad administrativa, facultades derivadas directamente de la Norma Fundamental para imponer sanciones a los infractores de disposiciones generales en esa materia, debe entenderse que dentro de ellas también está comprendida la de ejecutar las resoluciones en que decida su imposición, pues estimar lo contrario haría nugatoria la propia facultad sancionadora, ya que entonces no existiría fuerza coactiva para que los infractores cumplieran con las disposiciones legales correspondientes. En esa virtud, se concluye que el artículo 37, parte final del primer párrafo y último párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica, al establecer que la ejecución de la resolución que emita la Comisión Federal de Competencia, en la que determine imponer como sanción a los agentes económicos infractores de ese ordenamiento —en lugar de una multa— la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones, corresponde ordenarla a la autoridad judicial, viola los artículos 16 y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que el referido precepto legal no permite que una autoridad administrativa, como lo es la mencionada Comisión en materia de combate a las prácticas monopólicas,

⁹⁶ Tesis: I.4o.A.582 A SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, DEBE NEGARSE CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PUES EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD PREVALECE Y ES PREFERENTE AL DERECHO DE LA QUEJOSA A LA CONFIDENCIALIDAD DE SUS DATOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 2717. Registro IUS 171901.

ejecute por sí misma sus resoluciones derivadas de las infracciones a la legislación cuya vigilancia le fue encomendada, sino que se le sujeta a que una autoridad diversa lo haga en su lugar, máxime cuando ésta se encuentra ubicada en la esfera jurídica de otro nivel de gobierno distinto al que la citada autoridad pertenece (Judicial). En efecto, el referido artículo 37, en las porciones normativas señaladas, impide que la Comisión Federal de Competencia, en su carácter de autoridad administrativa dependiente jerárquicamente del titular del Poder Ejecutivo Federal, realice en forma autónoma e independiente las funciones administrativas que constitucional y legalmente tiene conferidas, restringiendo con ello la plena vigencia y eficacia de las resoluciones que emite en la materia, propiciando, además, que se alienten las prácticas monopólicas que la propia ley pretende inhibir.⁹⁷

3. Propiedad intelectual

Un tema siempre polémico es la coexistencia de la libre concurrencia con los derechos y privilegios de exclusividad emanados de la propiedad intelectual, ambos previstos en la Constitución y como muestra de criterios de coordinación entre las prerrogativas y obligaciones, se citan los precedentes siguientes.

MARCAS. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE ÉSTAS NO CONSTITUYE UN MONOPOLIO CONFORME AL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.— La regulación de la propiedad industrial tiene su origen en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como excepción límite a la libre concurrencia al mercado, cuya función es, por una parte, que los agentes económicos consigan mejores condiciones de abasto, calidad y precio, en beneficio de los consumidores para proteger sus derechos y, por otra, el fomento a la inventiva y a la creatividad. En estas condiciones, la protección de los distintos derechos que integran la propiedad industrial no implica un monopolio, pues confiere a su titular, de manera exclusiva, el derecho a explotar económicamente el objeto sobre el que recaen, es decir, la característica de "exclusividad" implica que cada uno de tales derechos

⁹⁷ Tesis: P/J. 118/2007. COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 37, PARTE FINAL DEL PRIMER PÁRRAFO Y ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL PREVER QUE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE EMITA LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, EN LA QUE DETERMINE IMPONER COMO SANCIÓN LA DESINCORPORACIÓN O ENAJENACIÓN DE ACTIVOS, DERECHOS, PARTES SOCIALES O ACCIONES, CORRESPONDE ORDENARLA A LA AUTORIDAD JUDICIAL, VIOLA LOS ARTÍCULOS 16 Y 49 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 968. Registro IUS 170833.

origina un ámbito y un espacio reservado sólo a su titular, lo cual conlleva, para los terceros, el correlativo deber de abstenerse de cualquier actuación que suponga invadir ese espacio reservado. Así, sin el consentimiento del titular de una marca, nadie puede introducir en el mercado los productos o servicios distinguidos por ésta. Por tanto, la protección de los derechos derivados de una marca, como es el caso de la prohibición de registro de aquellas que son similares en grado de confusión a otra ya registrada, no constituye un monopolio conforme al citado precepto constitucional, pues su objeto es sancionar las prácticas de competencia desleal, especialmente las orientadas a tutelar las marcas más notorias o renombradas, cuando se busca confundir, aprovechar, diluir, debilitar o asociar el prestigio de los signos acreditados.⁹⁸

MARCAS. LOS ELEMENTOS UTILITARIOS Y FUNCIONALES DE LOS ENVASES TRIDIMENSIONALES NO SON REGISTRABLES SI CARECEN DE DISTINTIVIDAD Y NO IDENTIFICAN A QUIEN LOS PRODUCE.⁹⁹

PROPIEDAD INDUSTRIAL. EL ARTÍCULO 213, FRACCIONES IV, XVIII Y XIX, DE LA LEY RELATIVA QUE PREVE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN RELACIÓN CON EL USO DE UNA MARCA PARECIDA EN GRADO DE CONFUSIÓN A LA REGISTRADA, O DE UNA MARCA REGISTRADA, SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR O SIN LA LICENCIA RESPECTIVA, Y CON EL OFRECIMIENTO DE VENDER O PONER EN CIRCULACIÓN PRODUCTOS IGUALES O SIMILARES A LOS QUE SE APLICA UNA MARCA REGISTRADA, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.¹⁰⁰

PATENTES DE INVENCION. LOS ARTÍCULOS 41, 48, 62 Y SEXTO TRANSITORIO DE LA LEY DE INVENCIONES Y MARCAS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL DIEZ DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS, QUE ESTA-

⁹⁸ Tesis: I.7o.A.761 A. MARCAS. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE ÉSTAS NO CONSTITUYE UN MONOPOLIO CONFORME AL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, mayo de 2011, p. 1216. Registro IUS 162090.

⁹⁹ Tesis: I.4o.A.662 A. MARCAS. LOS ELEMENTOS UTILITARIOS Y FUNCIONALES DE LOS ENVASES TRIDIMENSIONALES NO SON REGISTRABLES SI CARECEN DE DISTINTIVIDAD Y NO IDENTIFICAN A QUIEN LOS PRODUCE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, enero de 2009. Registro IUS 168095.

¹⁰⁰ Tesis: 1a. LXXIX/2001. PROPIEDAD INDUSTRIAL. EL ARTÍCULO 213, FRACCIONES IV, XVIII Y XIX, DE LA LEY RELATIVA QUE PREVE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN RELACIÓN CON EL USO DE UNA MARCA PARECIDA EN GRADO DE CONFUSIÓN A LA REGISTRADA, O DE UNA MARCA REGISTRADA, SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR O SIN LA LICENCIA RESPECTIVA, Y CON EL OFRECIMIENTO DE VENDER O PONER EN CIRCULACIÓN PRODUCTOS IGUALES O SIMILARES A LOS QUE SE APLICA UNA MARCA REGISTRADA, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XIV, agosto de 2001. Registro IUS 188996.

BLECEN LOS SUPUESTOS PARA SU CADUCIDAD, NO CONTRAVIENEN LO DISPUESTO EN EL CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.¹⁰¹

4. Ambiental

En el Derecho ambiental existen disposiciones restrictivas a la libertad individual –a manera de comandos– para proteger intereses colectivos de mayor entidad. En ese contexto se han planteado vicios de inconstitucionalidad que la SCJN ha rechazado.

VIDA SILVESTRE. EL ARTÍCULO 55 BIS DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO PROPICIA LA CREACIÓN DE MONOPOLIOS.–La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que por monopolio debe entenderse todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas, con perjuicio del público en general o de una clase social determinada. Así, el artículo 55 bis de la Ley General de Vida Silvestre que prohíbe la importación, exportación y reexportación de mamíferos marinos, no propicia la creación de monopolios prohibidos por el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no otorga a favor de determinadas personas el aprovechamiento exclusivo de dichas especies, ni tiene el alcance de perjudicar al público en general o a cierta clase social en específico.¹⁰²

5. Administrativo y Regulatorio

Una de las finalidades del Derecho administrativo y, en especial, del regulatorio, es el fomento de la actividad económica. Conducente a ello se pueden establecer medidas proteccionistas para alentar la inversión a favor de ciertos agentes, lo que la SCJN ha dicho que no implica problemas de inconstitucionalidad por infringir el artículo 28.

¹⁰¹ Tesis: P. CLXIX/2000. PATENTES DE INVENCION. LOS ARTÍCULOS 41, 48, 62 Y SEXTO TRANSITORIO DE LA LEY DE INVENCIONES Y MARCAS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL DIEZ DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS, QUE ESTABLECEN LOS SUPUESTOS PARA SU CADUCIDAD, NO CONTRAVIENEN LO DISPUESTO EN EL CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XII, Octubre de 2000, p 43. Registro IUS 190951.

¹⁰² Tesis: 2a. LX/2008. VIDA SILVESTRE. EL ARTÍCULO 55 BIS DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO PROPICIA LA CREACIÓN DE MONOPOLIOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, mayo de 2008, p. 238. Registro IUS 169581.

NAVEGACIÓN Y COMERCIO MARÍTIMOS. LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DE LA LEY RELATIVA, AL RESERVAR LA OPERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE EMBARCACIONES EN NAVEGACIÓN INTERIOR Y DE CABOTAJE A EMBARCACIONES MEXICANAS, Y RESTRINGIR EL OTORGAMIENTO DE PERMISOS A EMBARCACIONES EXTRANJERAS, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.— Los artículos 40 y 41 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, al establecer una reserva a favor de los navieros mexicanos que utilizan embarcaciones mexicanas para operar y explotar las actividades de navegación interior y de cabotaje y, en consecuencia, las restricciones para el otorgamiento de permisos de navegación a embarcaciones extranjeras para llevar a cabo esas actividades, no transgreden el artículo 28 constitucional, pues como se advierte de la exposición de motivos relativa, aquélla se implementó para fomentar la actividad marítima nacional y proteger la industria de la construcción naval del país, en beneficio de la economía, y propiciar que en tales servicios participen oficiales y tripulaciones mexicanas, contribuyendo a proteger una fuente de empleo nacional, sin que lo anterior tenga como consecuencia la creación de un monopolio, dado que no se otorga a favor de personas determinadas ni tiene el alcance de perjudicar al público en general o a cierta clase social, pues únicamente constituye una prelación para el otorgamiento de permisos temporales para la operación y explotación de embarcaciones en navegación interior y de cabotaje.¹⁰³

NAVEGACIÓN Y COMERCIO MARÍTIMOS. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE ABANDERAR COMO MEXICANAS LAS EMBARCACIONES EXTRANJERAS QUE VAYAN A PERMANECER POR MÁS DE DOS AÑOS EN AGUAS NACIONALES, NO VIOLA EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.¹⁰⁴

¹⁰³ Tesis: 2a. XXVI/2008. NAVEGACIÓN Y COMERCIO MARÍTIMOS. LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DE LA LEY RELATIVA, AL RESERVAR LA OPERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE EMBARCACIONES EN NAVEGACIÓN INTERIOR Y DE CABOTAJE A EMBARCACIONES MEXICANAS, Y RESTRINGIR EL OTORGAMIENTO DE PERMISOS A EMBARCACIONES EXTRANJERAS, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, febrero de 2008, p. 726. Registro IUS 170255.

¹⁰⁴ Tesis: 1a. CCXXIV/2007. NAVEGACIÓN Y COMERCIO MARÍTIMOS. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE ABANDERAR COMO MEXICANAS LAS EMBARCACIONES EXTRANJERAS QUE VAYAN A PERMANECER POR MÁS DE DOS AÑOS EN AGUAS NACIONALES, NO VIOLA EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVI, Octubre de 2007, p.198. Registro IUS 171128.

6. Consumidores

La tutela conjunta de la libre concurrencia y los intereses de los consumidores puede implicar limitaciones a ciertas actividades, a través de su regulación e imponer condiciones para su ejercicio, aspecto que tampoco resulta inconstitucional.

ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO. EL ARTÍCULO 81-A DE LA LEY GENERAL RELATIVA, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL PRIMERO DE JUNIO DE DOS MIL UNO, NO ORIGINA EL ESTABLECIMIENTO DE MONOPOLIOS, ESTANCOS NI DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.– El artículo 28 de la Ley Fundamental establece que en los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas y los estancos, los cuales constituyen, respectivamente, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida en favor de una o varias personas determinadas, en perjuicio del público en general o de alguna clase social. En ese tenor, la reforma al artículo 81-A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el primero de junio de dos mil uno, no infringe el citado precepto constitucional, pues no da nacimiento a un monopolio, a una práctica monopólica o a un estanco, sino que, por el contrario, tiene como finalidad proporcionar un beneficio a la colectividad, es decir, tiene como propósito armonizar la definición legal que regula las actividades de las casas de cambio; que se proporcione una mayor seguridad a los usuarios del servicio que presten los denominados "centros cambiarios", mediante un mayor control en ellos y que se puedan detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita. Además, con tal reforma no se le depara perjuicio a las clases sociales, en tanto que por éstas han de entenderse aquellos grupos protegidos por la propia Constitución Federal, como son, la clase trabajadora, la indígena, la campesina, de los industriales, los comerciantes, etcétera y, evidentemente, las personas dedicadas a la venta de divisas y demás

actividades previstas en el referido artículo 81-A, no representan, por sí solas, una clase social destacada.¹⁰⁵

La posición e intereses de los consumidores puede implicar normas proteccionistas para compensar asimetrías y desigualdades, lo cual tiene una perfecta justificación constitucional en aras de propiciar las mejores condiciones para el interés general y en especial el de ciertos colectivos merecedores de una especial tutela.

PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS. LA FIGURA DE LA CADUCIDAD PREVISTA EN LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ES INAPLICABLE SUPLETORIAMENTE AL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO SEGUIDO ANTE LA COMISIÓN NACIONAL RELATIVA.¹⁰⁶

A modo de recapitulación, se tiene que la previsión constitucional de prohibir monopolios es compleja ya que contiene y tutela al propio tiempo una:

- Institución que a través de la libre concurrencia tiene un alcance y objetivo de carácter tutelar y creador de derechos e intereses a favor de la:
 - Sociedad y el colectivo de los consumidores; aunado a proteger a,
 - Agentes económicos en cuanto les provee un marco de lealtad, no discriminación y funcionalidad de los mercados.
- Derecho fundamental de libertad.
- Política pública, tendente al desarrollo, la eficiencia e indirectamente a una justa distribución de ingresos y riqueza y fomento del empleo.

¹⁰⁵ Tesis: 2a. CXLVI/2002. ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO. EL ARTÍCULO 81-A DE LA LEY GENERAL RELATIVA, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL PRIMERO DE JUNIO DE DOS MIL UNO, NO ORIGINA EL ESTABLECIMIENTO DE MONOPOLIOS, ESTANCOS NI DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVI, noviembre de 2002, p. 452. Registro IUS 185531

¹⁰⁶ Tesis: I.4o.A.786 A. PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS. LA FIGURA DE LA CADUCIDAD PREVISTA EN LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ES INAPLICABLE SUPLETORIAMENTE AL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO SEGUIDO ANTE LA COMISIÓN NACIONAL RELATIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo: XXXIV, Septiembre de 2011, p. 2183. Registro IUS 161024.

Criterios jurisprudenciales

1. Criterios nacionales

- Tesis: 1a. LXV/2008. DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, julio de 2008, p. 457. Registro IUS 169316.
- Tesis: P/J. 52/2007 COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 9o.-A, FRACCIÓN XI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, AL FACULTARLA PARA IMPONER OBLIGACIONES ESPECÍFICAS A LOS CONCESIONARIOS QUE TIENEN PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 958. Registro IUS 170845.
- Tesis Aislada SERVICIO PUBLICO, NOCIÓN DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Quinta Parte, Tomo LXIX, p. 34. Registro IUS 274319.
- Tesis Aislada MONOPOLIO. EXENCIONES EN LAS LEYES FISCALES. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, 50 Primera Parte; página 65. Registro IUS 233323.
- Tesis aislada. MONOPOLIO, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XXIV, p. 499. Registro IUS 280607.
- Tesis: P. XXXII/2007 EXENCIONES TRIBUTARIAS. SU ESTABLECIMIENTO PUEDE BASARSE EN RAZONES EXTRAFISCALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 17. Registro IUS 170754.
- Tesis: I.15o.A.158 A EXENCIONES. FINES EXTRAFISCALES EN QUE PUEDEN SUSTENTARSE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 1765. Registro IUS 163338.
- Tesis: 1a./J. 107/2011 FINES FISCALES Y EXTRAFISCALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 506. Registro IUS 161079.

- Tesis: I.4o.A. J/43. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Mayo de 2006, p. 1531. Registro IUS 175082.
- Tesis: 1a. XXXV/2008. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LAS CUESTIONES MERAMENTE POLÍTICAS NO SON SUSCEPTIBLES DE ANÁLISIS EN SEDE JUDICIAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo: XXVII, Abril de 2008, p. 1780. Registro IUS 169915.
- Tesis: 1a./J. 84/2006 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Registro Novena Época, México, Tomo XXIV, Noviembre de 2006, p. 29. Registro IUS 173957.
- Tesis: P./J. 120/2009 MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 1255. Registro IUS 165745.
- Tesis: I.4o.A.622 A COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS RESOLUCIONES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1325. Registro IUS 168499.
- Tesis Aislada MONOPOLIOS, NATURALEZA DE LOS. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CVIII, p. 1655. Registro IUS 386340.
- Tesis: P./J. 74/2007 RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 17-G DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, AL ESTABLECER QUE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES VALORARÁ, PARA DEFINIR EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN, EL RESULTADO DE LA LICITACIÓN A TRAVÉS DE SUBASTA PÚBLICA, ES INCONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 1089. Registro IUS 170634.
- Tesis: P./J. 72/2007 ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. A LAS CONCESIONES RELATIVAS SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CONJUNTAMENTE CON LOS ESTABLECIDOS EN LOS NUMERALES QUE CONFORMAN EL CAPÍTULO ECONÓMICO

DE ÉSTA, Y PREFERENTEMENTE LOS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS GOBERNADOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 986. Registro IUS 170758.

- Tesis: P./J. 73/2007. RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, EN LO RELATIVO AL REFRENDO DE LAS CONCESIONES EN LA MATERIA SIN SOMETERSE AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN ES INCONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Enero de 2008, p. 2098. Registro IUS 170460.
- Tesis: P./J. 71/2007 CONCESIONES DE RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 17-E, FRACCIÓN V, DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN VIOLA EL PRINCIPIO DE LIBRE CONCU- RRENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 971. Registro IUS 170824.
- Tesis: P./J. 68/2007. CONCESIONES Y PERMISOS DE RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNI- CACIONES. EL ESTADO TIENE LA POSIBILIDAD DE CAMBIAR O RESCATAR LAS BANDAS DE FRECUENCIA ASIGNADAS, ENTRE OTROS SUPUESTOS, PARA LA APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 972. Registro IUS 170823.
- Tesis: 1a. LXIV/2002 COMPETENCIA ECONÓMICA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN ESTÁ FACULTADO EXPLÍCITAMENTE POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE LA MATERIA DE MONOPOLIOS Y, POR ENDE, AL EXPEDIR LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO INVADE LA ESFERA COMPETENCIAL DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVI, Septiembre de 2002. p. 254. Registro IUS 186053.
- Tesis Aislada NIXTAMAL, MOLINOS DE, REGLAMENTO PARA, EN EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI, DE 4 DE FEBRERO DE 1957. INCONSTITUCIONALIDAD. *Semanario Judi- cial de la Federación*, Séptima Época, México, Tomo 49, Primera Parte, p. 59. Registro IUS 233344.
- Tesis Aislada PAN, TRANSFORMACION DE LAS MISCELANEAS EN EXPENDIOS DE (REQUISITO DE DISTANCIA. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo LXXVIII, p. 4405. Registro IUS 324349.

- Tesis aislada PAN, INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE DISTANCIA PARA LOS EXPENDIOS DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo LXXVIII, p. 3598. Registro IUS 807445.
- Tesis aislada. AGUA POTABLE ENVASADA, EL DECRETO No. 100 DE BAJA CALIFORNIA (REFORMATORIO DE LA LEY DE TRANSITO) QUE DECLARA SERVICIO PUBLICO EL TRANSPORTE DE, ES VIOLATORIO DE LOS ARTICULOS 4o. Y 28 CONSTITUCIONALES. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, 12 Primera parte, p. 37. Registro IUS 233840.
- Tesis: I.4o.A.582 A SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, DEBE NEGARSE CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PUES EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD PREVALECE Y ES PREFERENTE AL DERECHO DE LA QUEJOSA A LA CONFIDENCIALIDAD DE SUS DATOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 2717. Registro IUS 171901.
- Tesis: P./J. 118/2007. COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 37, PARTE FINAL DEL PRIMER PÁRRAFO Y ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL PREVER QUE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE EMITA LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, EN LA QUE DETERMINE IMPONER COMO SANCIÓN LA DESINCORPORACIÓN O ENAJENACIÓN DE ACTIVOS, DERECHOS, PARTES SOCIALES O ACCIONES, CORRESPONDE ORDENARLA A LA AUTORIDAD JUDICIAL, VIOLA LOS ARTÍCULOS 16 Y 49 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 968. Registro IUS 170833.
- Tesis: I.7o.A.761 A. MARCAS. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE ÉSTAS NO CONSTITUYE UN MONOPOLIO CONFORME AL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, mayo de 2011, p. 1216. Registro IUS 162090.
- Tesis: I.4o.A.662 A. MARCAS. LOS ELEMENTOS UTILITARIOS Y FUNCIONALES DE LOS ENVASES TRIDIMENSIONALES NO SON REGISTRABLES SI CARECEN DE DISTINTIVIDAD Y NO IDENTIFICAN A QUIEN LOS PRODUCE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, enero de 2009. Registro IUS 168095.

- Tesis: 1a. LXXIX/2001. PROPIEDAD INDUSTRIAL. EL ARTÍCULO 213, FRACCIONES IV, XVIII Y XIX, DE LA LEY RELATIVA QUE PREVÉ INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN RELACIÓN CON EL USO DE UNA MARCA PARECIDA EN GRADO DE CONFUSIÓN A LA REGISTRADA, O DE UNA MARCA REGISTRADA, SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR O SIN LA LICENCIA RESPECTIVA, Y CON EL OFRECIMIENTO DE VENDER O PONER EN CIRCULACIÓN PRODUCTOS IGUALES O SIMILARES A LOS QUE SE APLICA UNA MARCA REGISTRADA, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XIV, agosto de 2001. Registro IUS 188996.

- Tesis: P. CLXIX/2000. PATENTES DE INVENCION. LOS ARTÍCULOS 41, 48, 62 Y SEXTO TRANSITORIO DE LA LEY DE INVENCIONES Y MARCAS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL DIEZ DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS, QUE ESTABLECEN LOS SUPUESTOS PARA SU CADUCIDAD, NO CONTRAVIENEN LO DISPUESTO EN EL CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XII, Octubre de 2000, p 43. Registro IUS 190951.

- Tesis: 2a. LX/2008. VIDA SILVESTRE. EL ARTÍCULO 55 BIS DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO PROPICIA LA CREACIÓN DE MONOPOLIOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, mayo de 2008, p. 238. Registro IUS 169581.

- Tesis: 2a. XXVI/2008. NAVEGACIÓN Y COMERCIO MARÍTIMOS. LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DE LA LEY RELATIVA, AL RESERVAR LA OPERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE EMBARCACIONES EN NAVEGACIÓN INTERIOR Y DE CABOTAJE A EMBARCACIONES MEXICANAS, Y RESTRINGIR EL OTORGAMIENTO DE PERMISOS A EMBARCACIONES EXTRANJERAS, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, febrero de 2008, p. 726. Registro IUS 170255.

- Tesis: 1a. CCXXIV/2007. NAVEGACIÓN Y COMERCIO MARÍTIMOS. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE ABANDERAR COMO MEXICANAS LAS EMBARCACIONES EXTRANJERAS QUE VAYAN A PERMANECER POR MÁS DE DOS AÑOS EN AGUAS NACIONALES, NO VIOLA EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVI, Octubre de 2007, p.198. Registro IUS 171128.

- Tesis: 2a. CXLVI/2002. ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO. EL ARTÍCULO 81-A DE LA LEY GENERAL RELATIVA, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL PRIMERO DE JUNIO DE DOS MIL UNO, NO ORIGINA EL ESTABLECIMIENTO DE MONOPOLIOS, ESTANCOS NI DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XVI, noviembre de 2002, p. 452. Registro IUS 185531.
- Tesis: I.4o.A.786 A. PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS. LA FIGURA DE LA CADUCIDAD PREVISTA EN LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ES INAPLICABLE SUPLETORIAMENTE AL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO SEGUIDO ANTE LA COMISIÓN NACIONAL RELATIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo: XXXIV, Septiembre de 2011, p. 2183. Registro IUS 161024.

Del derecho a la protección de los consumidores y a su organización

Adriana LABARDINI INZUNZA*

* Co-fundadora y Directora Ejecutiva de Al Consumidor, A.C. y del Centro de Investigación del Consumo y el Consumidor, A.C. Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho y de la Universidad de Columbia. La autora agradece la valiosa colaboración de Tania T. Ramírez, estudiante de Derecho del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

SUMARIO: I. *Antecedentes de la reforma al artículo 28 constitucional.* II. *Mandatos del tercer párrafo del artículo 28 constitucional.* III. *El derecho a la protección al consumidor.* IV. *La protección al consumidor desde los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

PALABRAS CLAVE: Derechos de los consumidores; acciones colectivas; sociedad civil; movimiento consumerista; protección al consumidor; interdependencia, universalidad; progresividad; Ley federal de protección al consumidor.

I. Antecedentes de la reforma al Artículo 28 Constitucional

En el contexto del programa de modernización del país, la planeación democrática y el fortalecimiento de la rectoría del Estado en el desarrollo nacional, el entonces entrante Presidente Miguel de la Madrid Hurtado, presentó el 7 de diciembre de 1982 una iniciativa de reformas al llamado capítulo económico de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución"), es decir a sus artículos 25, 26, 27 y 28. Esta iniciativa constituyó la piedra angular del proyecto de desarrollo nacional planteado por el Ejecutivo Federal. El Constituyente permanente aprobó la reforma a pocas semanas de su presentación ante el Congreso y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de febrero de 1983. Los reformados artículos 25 al 27 se postularon así, por un crecimiento económico y del empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza en pro de la libertad y dignidad de los individuos y grupos sociales. Para lograr tan importante fin, estos preceptos introducen, entre otras figuras, un modelo de planeación democrática de la actividad económica; la regulación y fomento de actividades de interés general así como la rectoría del Estado en el desarrollo nacional, a la par de la creación de los conceptos "áreas estratégicas" bajo el exclusivo control del Gobierno federal y "áreas prioritarias" en las que pueden concurrir los sectores público, social y privado.

Así, en ese marco de rectoría constitucional del Estado para el desarrollo y la equidad en la distribución de la riqueza, es que el artículo 28, al tiempo de enumerar las áreas estratégicas¹ y las prioritarias,² procede además en forma contundente con dos innovaciones. Primera-mente establece una enérgica prohibición y orden de castigo severo a monopolios, prácticas monopólicas, exenciones de impuestos, protecciones a la industria así como a toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario; y todo arreglo o colusión de productores u oferentes para evitar la libre concurrencia o la competencia. Y en segundo lugar, eleva a nivel constitucional el derecho a la protección de los consumidores y el mandato de propiciar la organización de los consumidores para la defensa de sus intereses, que si bien ya existía en leyes secundarias tales como la Ley Federal de Protección al Consumidor vigente desde 1973, con esta reforma adquiere un carácter de derecho humano.

En efecto, el artículo 28 constitucional párrafos uno a tres, a partir del 3 de febrero de 1983, quedó en los siguientes términos:

En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de

¹ Acuñación de moneda y emisión de billetes; correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

² La comunicación vía satélite y los ferrocarriles.

la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas promuevan insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses...

La exposición de motivos³ de la iniciativa de reformas a los artículos 16, 25, 26, 27, 28 y 73 constitucionales, hacía énfasis en la necesidad de que la Constitución se adecuara a la dinámica de las relaciones económicas de finales del siglo XX. Señala que el país se encontraba en un proceso de modernización y en medio de nuevos fenómenos económicos a nivel nacional e internacional. A la par, reconocía que algunos aspectos de la modernización, aunados a fenómenos globales como las crisis económicas, habían ocasionado desigualdad social e impacto negativo en el nivel de vida de ciertos sectores. Para revertir esta situación y evitar que la economía nacional se vea afectada por factores internos y externos, se proponía "fortalecer la estructura constitucional del sistema económico de la Nación".

Además, la iniciativa vinculó el tema económico con el de la democracia y la participación de la sociedad, al señalar: "sin dejar de reconocer la heterogeneidad de la sociedad mexicana, es necesario ir dando cauce a una creciente organización y participación de la sociedad civil en todos los procesos de la vida nacional". Por ello, los cambios que la reforma proponía en materia económica debían ir dirigidos a propiciar nuevas formas de relación entre el Estado y la sociedad en general. De ahí que se propusiera incluir "nuevos mecanismos de participación social que lleven a fortalecer y perfeccionar nuestro régimen democrático". A partir de esta justificación es posible entender por qué la iniciativa del Ejecutivo colocaba en medio de una reforma predominantemente económica, el aspecto de la organización y protección de los consumidores.

Sin protección legal sería imposible contrarrestar las profundas asimetrías que prevalecen entre oferta y demanda, proveedores y consumidores; y sin la organización de éstos difícilmente puede pensarse en la defensa de sus intereses y, dicho sea de paso, sin acceso a la justicia colectiva tampoco, pero esa es una batalla que se libraría más de dos décadas más tarde desde la sociedad civil resultando en la reforma al artículo 17 constitucional en el año de 2010 para incluir como derecho fundamental, el acceso a la justicia colectiva.

³ Todas las citas utilizadas en este apartado, son parte de la Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reforma a los artículos 16, 25, 26, 27, 28 y 73 constitucionales. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/red/accesoinformacion/UnProcLeg.asp?nIdLey=130&nIdRef=123&nIdPL=1&cTitulo=CONSTITUCION%20POLITICA%20DE%20LOS%20ESTADOS%20UNIDOS%20MEXICANOS&cFechaPub=03/02/1983&cCateg=CONSTITUCION&cDescPL=EXPOSICION%20DE%20MOTIVOS>> (19 de junio de 2013).

La discusión⁴ de la iniciativa de reforma se llevó a cabo el 27 de diciembre de 1982 en la Cámara de Diputados, cámara de origen. Durante esa sesión, la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales expresó su postura. Acerca del artículo 28, señaló que las modificaciones propuestas "constituyen un paso trascendente en la doctrina constitucional mexicana". La reforma a este artículo también representa un avance en materia de derechos fundamentales. Así lo expresó la Comisión:

Introducir el concepto de prácticas monopólicas, regular la concentración de poder económico y enfrentar los nuevos fenómenos del oligopolio y el consumo son importantes avances en los derechos fundamentales que el pueblo de México se otorga por su soberana voluntad y que en el nuevo texto propuesto para el Artículo 28 encuentran su definición. Se amplía así una interpretación estrecha del monopolio, y las nuevas manifestaciones de concentración en la industria, el comercio y los servicios, podrán enfrentarse con mejores instrumentos, dentro de un empeño que avanza desde los mismos orígenes de nuestro constitucionalismo y que aspira a que las actividades económicas del Estado, los grupos y los particulares, se desenvuelvan con un sentido de progreso social.

En esa misma sesión, la nueva redacción del artículo 28 se aprobó por 236 votos a favor. El 28 de diciembre del mismo año, se turnó a la Cámara de Senadores el Proyecto de Decreto que reforma y adiciona los artículos 16, 25, 26, 27 Fracciones XIX y XX; 28, Fracciones XXIX-D; XXIX-E XXIX-F de la Constitución. Ahí se discutió el 29 de diciembre y se aprobó en lo general por 59 de 64 votos sin que se debatiera en lo particular el contenido del artículo 28. Enseguida se envió a las legislaturas locales para su aprobación. Una vez que fue aprobado por las dos terceras partes de éstas, se emitió la Declaratoria⁵ y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1983.

II. Mandatos del tercer párrafo del Artículo 28 Constitucional

En retrospectiva, la inclusión expresa del derecho a la protección y organización de los consumidores en el 28 constitucional en el año de 1983, crea dos mandatos claros: el primero,

⁴ Las citas de la discusión del día 27 de diciembre de 1982 están disponibles en: <<http://www2.scjn.gob.mx/red/accesoinformacion/UnProcLeg.asp?nIdLey=130&nIdRef=123&nIdPL=3&cTitulo=CONSTITUCION%20POLITICA%20DE%20LOS%20ESTADOS%20UNIDOS%20MEXICANOS&cFechaPub=03/02/1983&cCateg=CONSTITUCION&cDescPL=DISCUSION/ORIGEN>> (19 de junio de 2013).

⁵ Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/red/accesoinformacion/UnProcLeg.asp?nIdLey=130&nIdRef=123&nIdPL=7&cTitulo=CONSTITUCION%20POLITICA%20DE%20LOS%20ESTADOS%20UNIDOS%20MEXICANOS&cFechaPub=03/02/1983&cCateg=CONSTITUCION&cDescPL=DECLARATORIA>> (19 de junio de 2013).

castigar monopolios y cualquier otro tipo de ventajas o privilegios de actores del mercado; y el segundo, un mandato expreso al Congreso de la Unión, de proteger a los consumidores y propiciar su organización para crear un contrapeso real, capaz de enfrentar con éxito al enorme poder de industrias y comercios y sus cámaras o bien al Estado en su carácter de proveedor de servicios públicos.

El tema de los contrapesos es crucial cuando de protección de consumidores se trata. En efecto, a diferencia de la mayoría de los países de América Latina, los consumidores en México a pesar de alcanzar más de 110 millones, han sido tradicionalmente un disperso y vulnerable universo, con escasa organización y representación. Fue hasta la primera década del siglo XXI que empezaron a surgir asociaciones civiles de consumidores pioneras en organizar y dar voz a sus miembros pero con retos enormes porque la ley, no obstante el mandato constitucional en comento, no ha propiciado cabalmente su organización. No fue sino hasta el año 2011 cuando se le otorgara a las asociaciones de consumidores la legitimación activa para iniciar juicios colectivos bajo estrictos requisitos, luego de una lucha que las organizaciones civiles iniciaron desde el año 2007 mediante un movimiento que culminó tanto con la reforma al 17 constitucional, que adiciona las acciones colectivas como derecho humano y que en esta obra se comenta, como con las reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles y diversas leyes secundarias en materia de protección al consumidor, servicios financieros, protección ecológica y competencia económica.

Las acciones colectivas son una importante forma de proteger a los consumidores y propiciar su organización para la defensa de sus intereses puesto que les confieren un contrapeso eficaz frente al poder organizado de grandes corporaciones oferentes de bienes y servicios masivos, para exigir sean respetados sus derechos o sean resarcidos cuando haya una transgresión a los mismos, suficiente como para desincentivar abusos y malas prácticas. En este sentido, la obra del jurista ilustre Mauro Cappelletti es muy contundente al resaltar que el derecho procesal debe incorporar vías de solución para la protección de los consumidores, como parte de la dimensión social del acceso a la justicia, pues así el derecho y la justicia serán accesibles para los ciudadanos.⁶

Así lo ha interpretado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") en el amparo directo 244/2009 y su relacionado 243/2009, promovido por la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (en adelante PFPC) en

⁶ Mauro Cappelletti, *Obras: La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa / UNAM, 2007, p. 461.

contra de una sentencia de apelación que ponía fin a la acción de grupo interpuesta por dicha Procuraduría en contra de una inmobiliaria de Chihuahua a fin de que ésta indemnizara con daños y perjuicios a todos los consumidores adquirentes de casas habitación que resultaron defectuosas, al citar a José Ovalle Favela en la sentencia de amparo:⁷

En primer término resulta importante señalar que el desarrollo económico y tecnológico que enfrenta la sociedad moderna ha provocado el aumento de circunstancias comunes entre las relaciones individuales. Esto ha exigido a los órganos legislativos de los Estados la creación de herramientas y procedimientos procesales que reconozcan la protección colectiva de derechos, con el fin de garantizar el acceso a la justicia a la mayor cantidad de individuos.

El acceso eficaz a la justicia no es un aspecto meramente jurídico. El que un país logre que las personas tengan la facilidad de acudir a un juez para dirimir sus controversias y que éste determine sus derechos genera consecuencias positivas en el ámbito económico, social y cultural de la sociedad.

Nuestro sistema jurídico en general y el procesal en particular fueron diseñados desde una perspectiva individualista, que si bien esta concepción satisfizo las necesidades jurídico sociales de cierta época, en la actualidad este sistema ha dejado de ser del todo eficiente para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos.

Es común apreciar que la complejidad de nuestros procesos jurisdiccionales constituye una carga onerosa para la mayor parte de la sociedad. Esto induce a que con frecuencia la parte económica más débil sea quien sufra el daño causado por transacciones desventajosas. Ello, no sólo por el costo que implica el litigio, sino también porque el ciudadano no cuenta con las acciones necesarias para hacer valer sus derechos ante los tribunales.

Un ejemplo se presenta en los daños de baja cuantía en los cuales los individuos asumen la pérdida sin importar si tienen o no responsabilidad en ésta. Esto se debe a que los costos que deben de enfrentar los individuos para ejercer una acción procesal superan con creces los beneficios esperados de llevar a cabo dicho litigio, así como que no encuentran un instrumento procesal efectivo que les garantice la tutela de sus derechos.

⁷ Ovalle Favela, José, *Comentarios a la Ley de Protección al Consumidor*, México, McGraw-Hill, 1995, p. 154.

Bajo este contexto surge la acción de grupo en materia de protección al consumidor, la cual desde sus orígenes fue concebida como un instrumento procesal diseñado para facilitar a los ciudadanos el acceso a los órganos jurisdiccionales para resarcir su derecho afectado y de esta forma romper con la asimetría que se presenta en toda relación jurídica entre proveedor y consumidor.

La acción de grupo en materia de protección al consumidor tiene una doble función: por una parte, protege con mayor extensión a consumidores afectados por la obtención de bienes o servicios normalmente producidos y comercializados en serie; y por la otra, contribuyen en forma muy significativa a mejorar los controles de calidad de los propios proveedores en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Si bien las acciones colectivas son una herramienta orientada hacia la defensa colectiva, es decir una forma de propiciar la organización y protección de los consumidores nuestro Derecho positivo aún tiene mucho que avanzar en este sentido. Por ejemplo, en materia de defensoría pública, asociacionismo, exención fiscal a asociaciones sin fines de lucro; financiamiento de investigación científica en temas de consumo, regulación y políticas públicas que incentiven la organización de los consumidores sea bajo la forma de cooperativas de consumo, capacitación comunitaria, creación de entidades certificadoras y laboratorios independientes que evalúen productos, procesos, prácticas comerciales; monitoreo de publicidad y precios, alertas en caso de productos peligrosos, denuncias de prácticas monopólicas o aquellas que atenten contra datos personales; conductas fraudulentas en servicios financieros o similares, y otras tantas formas de organización.

¿Qué otras formas de protección al consumidor ha instituido la ley en cumplimiento del mandato constitucional que nos ocupa y cómo habría de interpretarlas el juzgador, llegado el caso para darles plena vigencia?

A 51 años de haber surgido el movimiento consumerista⁸ (así se le conoce al movimiento de protección y defensa de derechos de los consumidores en el mundo) y 30 de haberse

⁸ El discurso ante el Congreso de los Estados Unidos de América del entonces Presidente John F. Kennedy el 15 de marzo de 1962 marca el inicio de este movimiento como movimiento de derechos de consumidores, si bien desde principios del siglo XX existían ya en ese país asociaciones de consumidores que en apoyo al trabajo justo, se sumaban a sindicatos nacientes concientizando a los consumidores de no comprar productos resultado de la explotación laboral tal fue el caso de *Consumers Union*.

Kennedy enumera en ese discurso seis derechos básicos de los consumidores en el contexto del progreso industrial, la mercadotecnia y publicidad pujantes, la producción masiva y en serie de productos, y la consolidación de poderosas corporaciones industriales y comerciales que deben ser reconocidos y tutelados: el derecho a productos

reformado nuestra Constitución para elevar a derecho humano la protección del consumidor, en efecto encontramos ordenamientos legales diversos que pretenden enarbolarla. Especialmente la Ley Federal de Protección al Consumidor (en adelante LFPC) que se considera como el pilar de la materia, sin olvidar que hay numerosas de leyes específicas, reglamentos, normas oficiales y convenciones internacionales que regulan bienes y servicios consumibles y que están regulados mediante normas que obligan a sus proveedores, a una serie de conductas en materia de calidad, información, condiciones tarifarias, no discriminación o seguridad para los usuarios o consumidores con el propósito de proteger al consumidor y al interés público. A manera de ejemplo destacarían la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, la Ley General de Salud, la Ley Federal de Telecomunicaciones, el Reglamento de Gas Licuado de Petróleo, la Ley de Aviación Civil, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Norma Oficial Mexicana 184-SCFI-2012 (Prácticas comerciales- Elementos normativos para la comercialización y/o prestación de los servicios de telecomunicaciones cuando utilicen una red pública de telecomunicaciones), o el Convenio sobre Aviación Civil, entre tantas otras.

El nivel de protección de todas esas normas es heterogéneo, ya sea por tratarse de normas anteriores a la reforma constitucional o a la LFPC o por exigencias de cada industria o gremio que también busca tutela de sus intereses. O bien, por la carencia de una política pública transversal de protección al consumidor que garantice una protección homogénea mínima que vele por derechos humanos a la vida, a la salud, la seguridad, la información, la alimentación, la vivienda, la economía personal o familiar, la educación y la igualdad, tales normas jurídicas no necesariamente cumplen con el mandato constitucional de protección al consumidor. El control constitucional y convencional tendrá esta importante misión de homogeneizarlas favoreciendo a la persona sujeto de protección. La propia LFPC en su artículo primero *in fine* señala que los derechos previstos en ella no excluyen otros derivados de tratados o convenciones internacionales de los que México sea signatario; de la legislación interna ordinaria; de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes; así como de los que deriven de los principios generales de derecho, la analogía, las costumbres y la equidad.

El análisis del grado o eficacia de la protección que en casos concretos brinda una norma general o un acto de autoridad, es indispensable para determinar si se protegió adecuada-

seguros y de calidad; el derecho a elegir; el derecho a la información veraz; el derecho a recibir educación en materia de consumo, finanzas básicas; el derecho a ser escuchado; el derecho a la compensación por fallas, incumplimientos o daños. Para conocer más de la historia del movimiento consumerista véase <<http://es.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights>> (19 de junio de 2013).

mente a los consumidores o si se propició efectivamente su organización, sin embargo, sería una labor casi infinita el examinar cada cuerpo normativo que impacta en los intereses de los consumidores. No obstante, este trabajo pretende dar algunos ejemplos concretos de algunos preceptos legales que incumplen con el mandato de protección al consumidor o con el de propiciar la organización de los consumidores, y por tanto vulneran, en vez de tutelar, los derechos de los consumidores y qué principios y derechos humanos sirvieron o servirán de fundamento y de piso, si se me permite la expresión, para interpretar la norma impugnada de modo que favorezca al consumidor o consumidora afectada.

Asimismo, ante un mandato tan amplio e indefinido como el de "proteger y propiciar", pretendemos en esta reflexión identificar instrumentos normativos y principios nacionales e internacionales que sirven de fundamento a la interpretación del 28 constitucional tercer párrafo, de manera que se cumpla cabalmente con el artículo primero constitucional que exige de las autoridades la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en las convenciones de las que México es parte de modo que se otorgue la protección más amplia en favor de la persona.

No dejo de hacer notar que la construcción jurisprudencial en materia de protección a los consumidores es aún muy escasa en México por el bajísimo número de casos llevados a los tribunales para resolver controversias entre un proveedor y un consumidor, pues siendo típicamente asuntos de baja cuantía, los costos, complejidad, y duración de los litigios individuales los hace inviables más aún si se considera la dificultad para contar con un abogado defensor dispuesto a representar al consumidor y capaz de enfrentar competentemente a los abogados del proveedor a demandar. La existencia desde el año de 2012 de acciones colectivas puede revertir gradualmente este estado de anomia y al cabo de varios años edificar un cuerpo jurisprudencial importante que enmarque la protección al consumidor.

III. El derecho a la protección al consumidor

Conforme al Derecho Romano recaía en el comprador el protegerse, ser cauteloso, estar alerta. El riesgo recaía en él. ¡*Caveat emptor!* era la advertencia que se le hacía en el sentido de que el riesgo corría por cuenta del comprador ¡Qué distinta era entonces la forma de producción (artesanal), la comercialización y entrega de satisfactores y el consumo mismo! Oferentes y demandantes se veían cara a cara en un mercado, eran más simétricos que hoy y difícilmente habría entonces contratos de adhesión, publicidad masiva y una sociedad de consumo imparable, como la tenemos hoy en día.

Muchos siglos después, durante la Revolución Industrial y el advenimiento de lo que hoy conocemos como capitalismo, Adam Smith, su máximo exponente, reconocía en su obra *La Riqueza de las Naciones* que:

El consumo es el solo propósito y fin de la producción; y el interés del productor debe ser protegido únicamente en la medida en que promueva el interés del consumidor. Siendo esto evidente, sin embargo, en el sistema mercantilista, el interés del consumidor es constantemente sacrificado en pos del interés del productor y pareciera que así, la producción fuese el fin último de la industria y el comercio.

Esto fue toda una revelación puesto que desde 1776 ya se vislumbraba una asimetría entre proveedores y consumidores; una tendencia natural a buscar el beneficio máximo del productor sacrificando al consumidor. Si esto era ya evidente en el siglo XVIII cuando empezaba la sociedad industrial, cuánto más cierto será en la actualidad, en el contexto de un mercado global, sofisticado, tecnológico, masivo, una penetración universal de la publicidad comercial a través de los medios electrónicos; un modelo económico basado en el hiperconsumo y que fomenta grandes asimetrías entre proveedores y consumidores, asimetrías en el poder económico y político de unos y otros, en la información disponible y la capacidad de organización de quienes producen o venden y quienes compran. Así, la protección de la ley al consumidor se fue haciendo urgente e imprescindible precisamente para preservar la libertad de comercio.

En 1976, tras el régimen de sustitución de importaciones implantado, se consideró que los consumidores serían más vulnerables al reducirse la competencia y la oferta de productos extranjeros, y conscientes de la necesidad de protegerlo frente a la industria y comercio nacionales, se creó la LFPC y el entonces Instituto Nacional del Consumidor. Más tarde, en 1992 y ya con el mandato constitucional del actual 28, se promulgó una nueva ley que abrogaba la de 1976, y en su artículo primero enumeraba los principios básicos que rigen las relaciones de consumo.⁹ Tales principios son los siguientes:

I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;

⁹ *Ley Federal de Protección al Consumidor*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992.

II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;

III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen;

IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos;

V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores;

VI. El otorgamiento de información y de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos;

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

VIII. La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados;

IX. El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento; y

X. La protección de los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas.

La interdependencia de todos los derechos humanos reconocidos por el derecho constitucional y convencional así como la interpretación jurisprudencial moldean y aportan elementos valiosos para el concepto de protección y su alcance y desde luego el conjunto de derechos humanos reconocidos por nuestro Derecho constitucional y convencional son la medida a considerar cuando se va a juzgar la idoneidad de una norma o acto de autoridad a fin de dar la protección legal que ordena el artículo 28 en comento.

Si en un caso concreto cualquiera de los principios legales arriba enunciados fuese cuestionado, el juzgador tendría que ceñirse en primer término al artículo primero de la ley fundamental conforme al cual las autoridades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de la materia, de conformidad con los principios de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad* e interpretando las normas aplicables favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

El control de constitucionalidad y convencionalidad debe fundarse en esos cuatro principios. Estos son el soporte y guía para interpretar si una determinada norma jurídica o acto de autoridad realmente protegen al consumidor y por ello considero importante hacer referencia a ellos.

- a) Universalidad: se refiere a que "la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias".¹⁰
- b) Interdependencia: "plantea que las mejoras en la realización de cualquier derecho humano depende de la realización de todos o al menos de algunos".¹¹
- c) Indivisibilidad: "El hecho de que los derechos protegidos son dotados de contenido material propio y de autonomía no significa que no puedan, o no deban, ser relacionados unos con los demás, en razón de las circunstancias del *cas d'espèce*; todo lo contrario, dicha interrelación es, a mi juicio, la que proporciona, a la luz de la indivisibilidad de todos los derechos humanos, una protección más eficaz".¹² O de manera más práctica: "el principio de indivisibilidad impide lograr mejoras en uno de los derechos humanos a expensas de otro".¹³

¹⁰ Tesis: IV.2o.A.15 K (10a.), PRINCIPIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD). ORIENTAN LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES EN ESA MATERIA Y SON DE INELUDIBLE OBSERVANCIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1946. Reg. IUS. 2001718.

¹¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Voto Parcialmente Concurrente y parcialmente disidente del Juez Ramón Fogel. Nota al pie número 24.

¹² Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 15.

¹³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. . . *supra* nota 11.

- d) Progresividad: en tanto "el entendimiento de que cada uno de esos derechos, o todos en su conjunto, obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, mas no niegan la posibilidad de verse expandidos, por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas que deban reconocerse a favor del individuo".¹⁴

Oportuno es en este punto detenerse para ver de cerca cómo nuestro máximo tribunal ha interpretado tres leyes federales que impactan en los consumidores y desentrañar como fue que se protegió a los consumidores afectados, ya sea como quejosos o terceros perjudicados sea bajo el mandato genérico del 28 en comento o bien bajo la óptica de algún otro derecho humano como el de igualdad y no discriminación o el derecho a la salud.

1. Ley de Aviación¹⁵

La Primera Sala de la SCJN resolvió el Amparo Directo en Revisión 1068/2011. En 2002, una compañía de Aviación tuvo accidente tipo "despiste de avión". El quejoso era uno de los pasajeros de dicho avión al que el percance le ocasionó daños fisiológicos de carácter cardiaco, traumatológico y neurológico que lo incapacitaban para laborar permanentemente. El pasajero reclamó la sentencia del Segundo Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa del Primer Circuito, que establecía el monto de la indemnización que la compañía de aviación debía pagarle por daños y perjuicios, responsabilidad objetiva y daño moral. El quejoso consideraba que el monto, fijado por la autoridad, era insuficiente pues estaba topado por el artículo 62 de la Ley de Aviación.¹⁶ Cabe destacar uno de los conceptos de violación que el quejoso presentó:

Este concepto de violación parte de la premisa de que los codemandados, siendo susceptibles de causar daños a otros particulares, deben encontrarse en un plano de igualdad ante la autoridad jurisdiccional y deben responder, sin limitación alguna, sin favoritismo y sin protecciones injustificadas, de las consecuencias de sus actos, en la forma en que lo haría cualquier otro particular (...)

¹⁴ Tesis: IV.2o.A.15 K (10a.)... *supra* nota 10.

¹⁵ Amparo Directo en Revisión 1068/2011. Sentencia definitiva 19 de octubre de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=127807>> (19 de junio de 2013).

¹⁶ A la letra dice: "Artículo 62. Para los daños a pasajeros, el derecho a percibir indemnizaciones se sujetará a lo dispuesto por el artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, salvo por lo que se refiere al monto que será el triple de lo previsto en dicho artículo. Para la prelación en el pago de las indemnizaciones, se estará a lo dispuesto en el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo. La indemnización por la destrucción o avería del equipaje de mano será de hasta cuarenta salarios mínimos. Por la pérdida o avería del equipaje facturado la indemnización será equivalente a la suma de setenta y cinco salarios mínimos".

El artículo 62 de la Ley de Aviación Civil viola la garantía de acceso a la justicia completa e imparcial establecida en los artículos 13 y 17 de la Constitución Federal, en relación con el artículo 1o. del mismo ordenamiento, puesto que los co-demandados no pueden beneficiarse con un límite que el Código Civil no les otorga respecto de su responsabilidad civil (...)

El límite impuesto por el artículo impugnado no es acorde con las garantías individuales que otorga la Constitución Federal y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La inconstitucionalidad la demuestra el contenido del artículo 64 de la propia ley, el cual dispone que de acreditarse que los daños se ocasionaron por dolo o mala fe del concesionario o permisionario o de sus dependientes o empleados, o cuando no se expida el billete de pasaje o boleto, entonces el permisionario o concesionario deberá pagar los daños y perjuicios causados en términos del Código Civil sin gozar de beneficio de limitación alguna. Por consiguiente, el único elemento para decidir si el concesionario verá limitada su responsabilidad o no, es el dolo o mala fe, que es un estándar altísimo en tratándose de aviación comercial, cuando lo importante sería proteger al pasajero con una responsabilidad objetiva en lugar de hacer depender el límite de responsabilidad de una circunstancia subjetiva ajena a quien resiente el daño. Tales parámetros demuestran que no hay equidad e igualdad en la ley.¹⁷

La SCJN consideró que "el análisis de constitucionalidad que se hará en el apartado siguiente, deberá tenerse en cuenta que no sólo debe atenderse a si la norma impugnada limita con base en alguna finalidad legítima los derechos fundamentales de los pasajeros, sino que deberá velarse por su protección más amplia".¹⁸ Y aseguró que conforme a la reforma del artículo 1o. constitucional, "corresponde al Estado tomar las medidas necesarias para asegurarse de que cualquier violación a los derechos fundamentales de los gobernados, ocasionada por particulares, sea reparada por el causante del daño".¹⁹

Por todo ello, la SCJN otorgó el amparo al quejoso y declaró la inconstitucionalidad del artículo 62 de la Ley de Aviación Civil, por vulnerar los derechos fundamentales protegidos por los artículos 1o. y 4o. de la Constitución. Además, ordenó que no se le aplicara al quejoso el

¹⁷ Amparo Directo en Revisión 1068/2011... *supra* nota 15.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

límite de responsabilidad previsto en el artículo declarado inconstitucional. De esta manera, la Primera Sala protegió al consumidor de los servicios de la aerolínea pues consideró que la mencionada disposición violaba algunos de sus derechos fundamentales, como el derecho a la salud.

2. Ley General para la Inclusión de personas con discapacidad, artículos 2, fracción IX y 9²⁰

En mayo de 2011, se publicó la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad en el Diario Oficial de la Federación. En respuesta, en julio del mismo año, Seguros Inbursa, Sociedad Anónima, Grupo Financiero Inbursa, promovió demanda de amparo indirecto, pues consideraba que los artículos 2, fracción IX, y 9 de dicha Ley,²¹ eran contrarios a varias disposiciones constitucionales que garantizan la libertad comercial y contractual entre privados.

La Primera Sala de la SCJN negó el amparo a la aseguradora Inbursa argumentando que el régimen de los seguros no puede estar desvinculado de los principios constitucionales, entre los cuales está el de no discriminación con motivo de discapacidades. Según la Suprema Corte dicho principio está contenido en la Constitución y leyes, y también en instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por ello, la Suprema Corte analizó si "los principios en materia de discapacidad son aplicables al ámbito de los seguros, no obstante se trata de un régimen de relaciones jurídicas de índole privada, regido por principios tales como la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad".²²

Es en este punto la SCJN plantea una pregunta muy relevante no sólo para la protección de los usuarios de seguros, sino para todos los consumidores en general: "¿la naturaleza privada de los contratos de seguro excluye la posibilidad de que se busque la materialización de los principios de igualdad y de no discriminación?" Y dice: "La respuesta a la anterior interrogante

²⁰ Amparo Directo en Revisión 410/2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas/Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136298>> (19 de junio de 2013).

²¹ "Artículo 2. Para los efectos de esta Ley se entenderá por: IX. Discriminación por motivos de discapacidad. Se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar, menoscabar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Artículo 9. Queda prohibido cualquier tipo de discriminación contra las personas con discapacidad en el otorgamiento de seguros de salud o de vida".

²² Amparo Directo en revisión 410/2012..., *supra* nota 20.

debe ser en sentido negativo. Ello toda vez que la igualdad y la no discriminación, son valores de naturaleza constitucional, toda vez que se encuentran consagrados en el texto de nuestra norma fundamental. Así, admitir la posibilidad de que un determinado ámbito de nuestro sistema jurídico representa una excepción para el cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución, nos conduciría a concluir que la misma no es vinculante, lo cual no puede aceptarse en virtud de la doctrina que ha ido construyendo esta Suprema Corte en el sentido de que la Constitución es ante todo, una norma jurídica".²³

Así, la Suprema Corte se pronunció a favor de proteger los derechos fundamentales de las personas aún en las relaciones comerciales entre particulares:

(...) los principios contenidos en la Constitución vinculan a todos los sectores del ordenamiento jurídico, lo cual incluye a las relaciones surgidas entre particulares. En consecuencia, tales principios son aplicables al ámbito de la contratación de seguros, no obstante el mismo es de índole privada, ya que tal razón no constituye una excepción al principio de transversalidad (...)

Refuerza lo anterior, el hecho de que esta Primera Sala de la Suprema Corte ya ha reconocido que los derechos fundamentales gozan de plena eficacia, incluso en las relaciones jurídico-privadas. Esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tiene como efecto que en los asuntos de su conocimiento, los tribunales atiendan a la influencia de los valores que subyacen en tales derechos, fungiendo como un vínculo entre la Constitución y los particulares al momento en que resuelven un caso concreto.

Tomando en consideración los anteriores razonamientos, esta Primera Sala emitió la tesis jurisprudencial 15/2012 cuyo rubro es el siguiente: "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES".

En consecuencia, es inconcuso que derechos fundamentales como la igualdad y la no discriminación, en virtud de que gozan de un asidero constitucional, poseen eficacia no sólo frente a los órganos del Estado, sino incluso en las relaciones entre particulares, situación que no sólo reafirma la naturaleza jurídica de la Constitución, sino que también justifica la introducción de tales derechos

²³ *Ibidem*.

fundamentales en ámbitos como la contratación de seguros, en la cual operan directrices como la autonomía de voluntad y la libertad de contratación.²⁴

Además, en esta sentencia, la Primera Sala de la SCJN admitió que aunque la contratación de servicios, en ese caso de seguros, corresponde al ámbito privado y está protegido por la autonomía de la voluntad de las partes, no puede estar desvinculada de la protección de los derechos fundamentales que involucra tal relación. En particular, lo relaciona con el derecho a la salud:

...no puede aceptarse la concepción de la contratación de seguros como un régimen único y exclusivo del derecho privado, en especial cuando el mismo versa en ámbitos relativos a la protección de la salud de las personas (...) tomando en consideración que uno de los bienes jurídicos protegidos mediante la celebración de contratos de seguros es el derecho a la salud, y en virtud de que el mismo constituye un valor tutelado tanto en la Constitución así como en tratados internacionales, es que no se puede restringir el ámbito de tal contratación al derecho privado.²⁵

3. Ley Federal de Protección al Consumidor y Norma oficial mexicana en materia de venta de inmuebles residenciales por inmobiliarias comerciales

Una inmobiliaria impugnó la constitucionalidad de una norma oficial mexicana y ciertos preceptos aplicables de la LFPC que exigen a las empresas comercializadoras de casas-habitación registrar sus contratos de adhesión ante la Procuraduría y sujetar éstos a las disposiciones y restricciones contenidas en la norma respectiva. Ello bajo el argumento de que dichas normas que protegen al consumidor violan su libertad de comercio, consagrada en el artículo 5o. constitucional y la prohibición del 13 constitucional.²⁶

Especial importancia reviste este aspecto, ya antes tratado, de la ponderación de dos derechos constitucionales: la protección al consumidor vs. la libertad de comercio. En buena medida, la efectiva protección depende de una adecuada interpretación y por ello resultan

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Ejecutoria: P/J. 100/2005 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 1952/2004. CENTURY 21 MÉXICO, S.A. DE C.V., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XXII, Diciembre de 2005, p. 751. Reg. IUS. 19213.

muy importantes los argumentos del Pleno de la Suprema Corte. Reproduzco fragmentos de la misma:

... resulta infundado el argumento relativo a que los dispositivos reclamados de la Ley Federal de Protección al Consumidor infringen la garantía de libertad de comercio que consagra el artículo 5o. constitucional, teniendo en cuenta los siguientes razonamientos.

El artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice, en lo que interesa: "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."

De lo transcrito se deduce lo siguiente:

1. Que la libertad contenida en el precepto constitucional es permisiva; esto es, que la actividad esté permitida por la ley.
2. Que el ejercicio de esta libertad permisiva sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se afecten los derechos de tercero.
3. Que dicha libertad también podrá vedarse por resolución gubernativa cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

En ese orden de ideas, es inconcuso que los preceptos reclamados no vulneran en forma alguna la garantía que consagra el artículo 5o. constitucional, en virtud de que este dispositivo garantiza la libertad de comercio al señalar que a nadie podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode y que el ejercicio concreto de esta libertad sólo puede limitarse por las tres razones antes precisadas, por tanto, teniendo en cuenta que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que la obligación de los gobernados de cumplir con las leyes, reglamentos y normas generales que si bien pueden representar una carga administrativa, ello no coarta la libertad de comercio, ya que no les impide que se dediquen a la profesión, industria, comercio o trabajo que les acomode, aun en el caso de que una actividad no sea lo suficientemente productiva a juicio del gobernado.

En razón de lo anterior, se concluye que la circunstancia de que los artículos reclamados establezcan que las empresas que tengan el carácter de proveedores cuyo objeto social sea la compraventa de bienes inmuebles destinados a casa-habitación, tendrán la obligación de insertar determinadas cláusulas en sus contratos de adhesión y que éstos deben ser registrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor so pena de que el incumplimiento de esto conllevará a que no surta efectos el contrato contra el consumidor, no quebranta la garantía constitucional citada, pues el establecimiento de dichas obligaciones administrativas no implica un obstáculo para la realización de las actividades en él comprendidas; por lo contrario, conlleva implícita una certeza jurídica y un provecho al regular en favor de proveedores y consumidores una forma de evitar problemas de interpretación o conflicto por la celebración y efectos de tales contratos, pues no debe perderse de vista que el artículo 5o. constitucional establece, en primer término, una garantía de igualdad que se traduce en que todos los gobernados puedan elegir la profesión, comercio o trabajo que deseen.

Cabe destacar que si bien es cierto que conforme a la ley reclamada se imponen a los proveedores que se dedican a la compraventa de inmuebles destinados a casa-habitación una serie de obligaciones que no se exigen, en general, a los que, sin resultar proveedores, venden inmuebles, también es verdad que con este trato diferente no se viola la garantía de igualdad, puesto que como se pone de manifiesto en otros considerandos, los proveedores no se hallan en plan de identidad en cuanto a sus actividades, que un vendedor esporádico de inmuebles.

Resulta aplicable en la especie, la tesis sostenida por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible con el número P. XC/2000, a página 26 del Tomo XI, correspondiente al mes de junio de 2000 del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, en su Novena Época, que establece:

GARANTÍA DE IGUALDAD. ESTÁ CONTENIDA IMPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL. El análisis del primer párrafo del artículo 5o. constitucional, que establece: 'A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. ...', permite constatar, en principio, que este precepto garantiza a todos los gobernados, entre otras cosas, el ejercicio de las libertades de comercio y de industria que sean lícitas y, en segundo término, que esa facultad se otorga a todas las personas sin distinción alguna, es decir, sin hacer diferencias de nacionalidad, raza, religión o sexo, ya que su contenido no establece salvedad

alguna al respecto; circunstancia que constituye un fundamento importante de la garantía de libertad de comercio, ya que el artículo 5o. constitucional, al permitir a todas las personas ejercer el comercio o la industria que les acomode, siempre y cuando sean lícitos y no opere alguna de las limitantes a que alude el mismo numeral, excluye implícitamente de tal prerrogativa todo trato desigual que no pueda ser justificado constitucionalmente o apoyado en el interés público, puesto que no debe soslayarse que el disfrute pleno de la garantía otorgada por la Carta Magna en el imperativo de cuenta exige necesariamente la actualización del principio de igualdad material o real entre los titulares de esa garantía, dado que jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, cuyo número es indeterminado, que participen de la misma situación, tengan la posibilidad y la capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y obligaciones que emanen de la ley aplicable frente al Estado, lo cual estará en función de sus circunstancias particulares. En este sentido, el numeral 5o. constitucional prevé sustancialmente ese principio fundamental de igualdad, en virtud de que tiene como finalidad colocar a todos los gobernados, cualquiera que sea su categoría o condición social, en igualdad de condiciones frente a la necesidad de vida de escoger el comercio, el oficio, el trabajo o la industria que les acomode, con las únicas salvedades de que éstos sean lícitos y de que no ataquen los derechos de terceros ni ofendan los intereses de la sociedad.

De lo hasta aquí expuesto se colige que no puede considerarse que con la implantación de obligaciones administrativas la empresa quejosa se vea privada del producto de su actividad comercial, por lo que no transgreden las garantías individuales de la recurrente consagradas en el artículo 5o. constitucional, máxime si se considera que el legislador en los preceptos reclamados no estableció limitantes para el lícito ejercicio de la actividad de los sujetos de la norma, sino sólo normas de orden público que en concordancia con el artículo 28 constitucional, protegen a los consumidores. Resulta ilustrativa al respecto, la tesis de jurisprudencia del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su anterior integración, publicada con el número P/J. 26/92, en la Octava Época de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Número 57, correspondiente al mes de septiembre de 1992, página 12, cuyo contenido es el siguiente:

Fraccionamientos. El artículo 77, fracción iii, de la ley relativa del Estado de Puebla que, en determinados casos, prohíbe la Rescisión de los contratos de compraventa, no viola el artículo 5o. Constitucional. La limitación que

establece el precepto referido a los fraccionadores autorizados por el Gobierno del Estado de Puebla, de no rescindir los contratos de compraventa a plazos de terrenos o de casas habitación, por falta de pago o de incumplimiento de las obligaciones a cargo del comprador, no vulnera su libertad contractual, por lo que no contraviene el artículo 5o. constitucional. No vulnera su libertad contractual, puesto que el precepto en cuestión solamente regula los efectos del contrato de compraventa a plazos de terrenos o casas, pero el fraccionador conserva su plena libertad para celebrar o no tales contratos y para darles el contenido que convenga con sus co-contratantes, convenios que, de ser celebrados, tienen el alcance y efectos obligatorios que la ley señala, sin que el citado artículo 5o. constitucional establezca limitación alguna al legislador para precisar tales efectos y alcances como mejor corresponda a las circunstancias socioeconómicas que prevalezcan. La garantía de libertad de contratación contenida en el artículo 5o. constitucional no se viola cuando el legislador precisa el alcance y efectos obligatorios de un contrato, pues con ello no se afecta la libertad de contratación de los fraccionadores que se sitúan dentro del supuesto legal, pues mantienen la posibilidad de dedicarse al comercio o contratación que deseen, siendo lícitos...

IV. La protección al consumidor desde los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La protección al consumidor es una noción etérea, que comprende derechos de distinta índole, desde el derecho a la vida y la salud, la seguridad alimentaria, la tutela a la economía personal, el acceso a la justicia y a la información y desde luego el derecho a elegir y a ser escuchado se consideran derechos del consumidor.

Las convenciones signadas por México en materia de derechos humanos abarcan un amplio abanico de derechos que sin estar etiquetados como de los consumidores, lo son bajo ciertas circunstancias y por ende deben ser invocados y tomados en cuenta por el juzgador cuando está haciendo un análisis de control de la convencionalidad en materia de protección al consumidor.

A continuación citamos los tratados y convenciones que resultan relevantes y por supuesto las Directrices para la Protección al Consumidor de la Organización de Naciones Unidas (en adelante DPCONU o "Directrices") que, si bien no son un tratado, han sido fundamento de numerosas legislaciones nacionales e invocadas por nuestros tribunales nacionales, como veremos más adelante.

Este año el movimiento consumerista está luchando por nuevas adiciones a las Directrices y la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) ha propuesto 2014 como año límite para adoptarlas. Su revisión será muy importante en el contexto de la sociedad de la información, el comercio electrónico, las crisis alimentaria, financiera y energética y el cambio climático y de ser adoptadas el año entrante por la ONU, crearían un nuevo estándar de protección superior al actual.

1. La Carta de la Organización de los Estados Americanos²⁷

Resulta relevante el artículo 39, Capítulo VII, del Desarrollo Integral de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) que dice:

Artículo 39. Los Estados miembros, reconociendo la estrecha interdependencia que hay entre el comercio exterior y el desarrollo económico y social, deben realizar esfuerzos, individuales y colectivos, con el fin de conseguir:

a) Condiciones favorables de acceso a los mercados mundiales para los productos de los países en desarrollo de la región, especialmente por medio de la reducción o eliminación, por parte de los países importadores, de barreras arancelarias y no arancelarias que afectan las exportaciones de los Estados miembros de la Organización, salvo cuando dichas barreras se apliquen para diversificar la estructura económica, acelerar el desarrollo de los Estados miembros menos desarrollados e intensificar su proceso de integración económica, o cuando se relacionen con la seguridad nacional o las necesidades del equilibrio económico;

b) La continuidad de su desarrollo económico y social mediante:

i. Mejores condiciones para el comercio de productos básicos por medio de convenios internacionales, cuando fueren adecuados; procedimientos ordenados de comercialización que eviten la perturbación de los mercados, y otras *medidas destinadas a promover la expansión de mercados y a obtener ingresos seguros para los productores, suministros adecuados y seguros para los consumidores, y precios estables que sean a la vez remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores*;

²⁷ *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Adoptado en la Ciudad de Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana. Entró en vigor el 12 de diciembre de 1951. (las cursivas son propias).

ii. Mejor cooperación internacional en el campo financiero y adopción de otros medios para aminorar los efectos adversos de las fluctuaciones acentuadas de los ingresos por concepto de exportaciones que experimenten los países exportadores de productos básicos;

iii. Diversificación de las exportaciones y ampliación de las oportunidades para exportar productos manufacturados y semi-manufacturados de países en desarrollo, y

iv. Condiciones favorables al incremento de los ingresos reales provenientes de las exportaciones de los Estados miembros, especialmente de los países en desarrollo de la región, y al aumento de su participación en el comercio internacional.

2. Las Directrices para la Protección al Consumidor de la Organización de Naciones Unidas²⁸

Si bien es cierto que las Directrices no son un instrumento internacional vinculante, como un Tratado, este tipo de documentos proporcionan parámetros de conducta o referentes que guían la actuación de los países en la materia. Con mayor razón si se toma en cuenta que estas fueron aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas, organismo internacional del que el Estado Mexicano forma parte.

Una Tesis Aislada del Tribunal Colegiado del Décimo Circuito reconoce la importancia de las Directrices como instrumentos orientadores. Al referirse a las "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos", dice:

en diferentes compromisos que asumió el Estado Mexicano, surgen normas tanto obligatorias como instrumentos no vinculantes, pero que conforman el *ius cogens* e insertan principios generales que pueden ser orientadores al sistema de impartición de justicia, como las "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos", provenientes de la Organización de las Naciones Unidas.²⁹

²⁸ ONU. *Directrices para la Protección al Consumidor*. Adoptados en 1985.

²⁹ Tesis: X.3 P (10a.), SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN LA APELACIÓN EN MATERIA PENAL. OPERA UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO SI QUIEN INTERPONE EL RECURSO ES EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA VÍCTIMA DEL DELITO ES MENOR DE EDAD, CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, TUTELA Y PROTECCIÓN DEL ESTADO Y SOCIEDAD Y EL DE RESPETO A SUS DERECHOS HUMANOS Y JURÍDICOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2, p. 915. Reg. IUS. 2001043.

Además, con base en la reforma al artículo 1o. constitucional y haciendo una interpretación conforme, privilegiando el principio *pro persona*, las Directrices de la ONU deberían tomarse en cuenta en materia de protección al consumidor. En este sentido, existe una Tesis Aislada del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que a continuación se reproduce:

CONSUMIDOR. LA OBTENCIÓN DEL MÁXIMO BENEFICIO CON SUS RESERVAS, ES UN DERECHO HUMANO DEL CONSUMIDOR TUTELADO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE SE COMPLEMENTA CON LAS DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA SU PROTECCIÓN.

Las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, de nueve de abril de mil novecientos ochenta y cinco, contenidas en la resolución 39/248 reconocen, implícitamente ciertos derechos, en la medida en que pretende lograr o mantener una protección adecuada de los consumidores, particularmente de quienes se encuentran en los países en desarrollo. Estas directrices atañen a que las modalidades de producción y distribución de bienes y servicios respondan a las necesidades y deseos de los consumidores; instar a los productores de bienes y servicios a que adopten normas éticas de conducta; a crear grupos de defensa del consumidor; promover un consumo sostenible; que en el mercado se den condiciones que den a los contribuyentes una mayor selección a precios más bajos; a poner freno a prácticas comerciales abusivas y a la cooperación internacional en la protección del consumidor, y a un derecho a la información, que se resumen en: a) La protección del consumidor frente a los riesgos de salud y su seguridad. La directiva 11, establece la obligación de los gobiernos de adoptar o fomentar la adopción de medidas apropiadas, incluidos sistemas jurídicos, reglamentaciones de seguridad, normas nacionales o internacionales, o voluntarias y el mantenimiento de registros de seguridad para garantizar que los productos sean inocuos en el uso al que se destinan o normalmente previsible; que los productores notifiquen de los peligros no previstos de que se hayan percatado con posterioridad a su circulación en el mercado o de los defectos graves o peligros considerables aun cuando el producto se utilice de manera adecuada, y su retiro del mercado, reemplazándolo, modificándolo o sustituyéndolo, y en su caso, cuando no fuere posible otorgando una compensación al consumidor; b) Promoción y protección de los derechos económicos de los consumidores. Entendido como el derecho de los consumidores a obtener el máximo beneficio con sus recursos económicos,

evitando el empleo de prácticas como la adulteración de alimentos, la comercialización basada en afirmaciones falsas o capciosas y los fraudes en la prestación de servicios así como la promoción de la competencia leal; c) El acceso de los consumidores a una información adecuada como obligación gubernamental que en su caso permita el conocimiento sobre los efectos en el medio ambiente de las decisiones y comportamiento de los consumidores y de las consecuencias que puede tener la modificación de las modalidades de consumo, tomando en consideración la tradición cultural del "pueblo de que se trate"; d) La educación del consumidor. Que debe incluir aspectos como la sanidad, nutrición, prevención de enfermedades transmitidas por los alimentos y su adulteración; peligros de los productos; rotulado de productos; legislación pertinente, forma de obtener compensación y organismos de protección al consumidor; información sobre pesas y medidas, precios, calidad, condiciones para la concesión de crédito y disponibilidad de artículos de primera necesidad así como utilización eficiente de materiales, energía y agua; e) La compensación efectiva al consumidor, a través de procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles, facilitando a los consumidores información sobre los procedimientos vigentes para obtenerla y solucionar controversias; f) Asociación de consumidores para defensa de sus intereses; y, g) La promoción de modalidades sostenibles de consumo, entendido como el conocimiento de que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes o futuras se satisfacen de modo tal que "puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental". *Acorde con la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar el derecho humano que subyace en la controversia judicial el tribunal de amparo tiene facultad para reconocer el valor jurídico interpretativo pro persona a las directrices establecidas por la Organización de las Naciones Unidas puesto que la Asamblea General de las Naciones Unidas es un órgano formado de representantes de todos los Estados miembros, que expresan una voluntad colectiva respecto a los principios y normas jurídicas que han de regir la conducta de los Estados, a los que no puede permanecer ajeno al tribunal nacional, lo cual trasciende para que garantice una política de competencia tendiente a lograr el óptimo uso o asignación de recursos escasos, tanto a través de la eficiencia en la producción, considerando la relación entre el costo de los insumos y su producción final desde la óptica de la empresa; como desde la posición del consumidor de bienes y servicios, asignándolos de tal manera que ninguno obtenga provecho indebido a costa de otros, pues importa que el Estado a través de la ley y sus normas reglamentarias, así como el órgano u órganos especializados para regular la competencia económica, y en su caso que tutelen los derechos de los consumidores establezcan*

mecanismos y garantías que permitan la entrada de nuevos competidores al mercado; la amenaza de sustitutos; el poder de negociación de los proveedores; el poder de negociación de los consumidores y la rivalidad real entre competidores; y también deben intervenir directamente en los casos en que el daño que se produce sea sustancial para las personas o un sector de la sociedad consumidora.³⁰

Así, las Directrices son la base sobre la cual los Estados miembros de la ONU deben elaborar sus políticas y leyes en la materia. En este documento es posible distinguir algunos derechos de los consumidores:³¹ protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; derecho a ser informado (acceso de los consumidores a una información adecuada); derecho a la educación del consumidor; derecho a elegir; libertad de constituir grupos u otras organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que les afecten; derecho a la seguridad, a la reparación de los daños y perjuicios, derecho a ser escuchado. Cada uno de estos derechos está consagrado en diferentes Tratados que a continuación se mencionan.

a. *Derecho a la Salud*

En la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (en adelante CIDIP VII), se analizaron diversos aspectos relacionados con la "protección al consumidor", como ley aplicable, jurisdicción, y restitución monetaria (Convenciones y Leyes Modelo).³²

En la CIDIP VII se concluyó que "la protección del consumidor en el mercado es un determinante social de la salud, ya que la salud se ve afectada por la cantidad, calidad y seguridad de los bienes y servicios que una persona consume y usa; asimismo, al ser el comercio y el consumo globales, se requiere la cooperación e integración de esfuerzos regionales e incluso iniciativas de alcance global, no sólo entre Estados, sino que de forma interinstitucional,

³⁰ Tesis: I.3o.C.53 C (10a.), CONSUMIDOR. LA OBTENCIÓN DEL MÁXIMO BENEFICIO CON SUS RESERVAS, ES UN DERECHO HUMANO DEL CONSUMIDOR TUTELADO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE SE COMPLEMENTA CON LAS DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA SU PROTECCIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3, p. 1846. Reg. IUS. 2002127. (Las cursivas son propias)

³¹ Ovalle Favela, José, "Derechos del consumidor", *Nuestros Derechos*, IIJ-UNAM/Cámara de Diputados, 2000. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/56/tc.pdf>> (19 de junio de 2013).

³² OEA. *Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005. AG/RES. 2065 (XXXV-O/05). Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2065_XXXV-O-05_esp.pdf> (19 de junio de 2013).

entre las autoridades de protección del consumidor, las autoridades sanitarias, instituciones de regulación sectorial, aduanas, empresarios, así como consumidores y sus asociaciones".³³

De ahí que la relación entre la protección al consumidor y derecho a la salud sea planteada como un "derecho a la seguridad en el Consumo de Bienes y servicios". Entre ellos: alimentos y nutrición, energía y agua, medio ambiente, cosméticos, medicamentos, aparatos electrónicos, juguetes, protección de datos vinculados a la salud, transporte, servicios de atención médica, comercio electrónico, tabaco y alcohol.³⁴ El derecho a la salud está previsto en distintos instrumentos:

A) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

B) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Artículo 12.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

³³ OEA. *Informe de la Secretaría General sobre los resultados de la consolidación de la Red Consumo Seguro y Salud y Creación de un Sistema Interamericano de Alertas rápidas de acuerdo a la resolución AG/RES. 2682 (XLI-O/11)*. 16 de marzo de 2012. OEA/Ser.G CP/CG-1891/12 corr. 1. Disponible en: <CP/CG-1891/12> (19 de junio de 2013).

³⁴ OEA. Departamento de Programas Jurídicos Especiales. *Protección al Consumidor* (Presentación Power Point realizada en la sesión del 18 de febrero de 2010). Disponible en: <<http://scm.oas.org/pdfs/2010/CP23737T.ppt>> (19 de junio de 2013).

- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.
- C) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Artículo 10. Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
 - f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

b. Derecho de asociación

- A) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

B) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 16. Libertad de asociación:

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

C) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 22.

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

c. Derecho a la seguridad

A) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

B) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 9.

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (...)

d. Derecho a ser escuchado

A) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

B) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

C) Carta Democrática Interamericana.

Artículo 8.

Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo.

Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio.

e. Derecho a ser informado

A) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan

al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

f. Derechos económicos

A) Carta de la Organización de Estados Americanos.

Artículo 45.

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

- a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;
- b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y 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, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar. (...)

B) Carta Democrática Interamericana.

Artículo 11.

La democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente.

Artículo 13.

La promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio.

C) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Capítulo III Derechos Económicos, Sociales Y Culturales

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

D) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Artículo 3.

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

g. Derecho a la educación de los consumidores

A) Carta Democrática Interamericana

Artículo 12.

La pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la consolidación de la democracia. Los Estados Miembros de la OEA se comprometen a adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para la creación de empleo productivo, la reducción de la pobreza y la erradicación

de la pobreza extrema, teniendo en cuenta las diferentes realidades y condiciones económicas de los países del Hemisferio. Este compromiso común frente a los problemas del desarrollo y la pobreza también destaca la importancia de mantener los equilibrios macroeconómicos y el imperativo de fortalecer la cohesión social y la democracia

Artículo 16.

La educación es clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas, es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías.

B) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

C) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Artículo 13.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para

participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el Caso Barbari Duarte y otros vs. Uruguay, de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) resolvió un asunto derivado de problemas con el uso del sistema financiero de aquel país. En el caso, los usuarios se vieron afectados por algunos cambios que hubo en dicho sistema. Por tal motivo se inconformaron contra las autoridades competentes hasta llegar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH" o "la Comisión"). La resolución de la Corte IDH desarrolla una argumentación acerca del derecho de los consumidores a ser oídos, derecho a la protección judicial y a un trato no discriminatorio. Este caso permite vincular algunas garantías judiciales con la protección a los consumidores.³⁵

El Derecho a la Protección de los Consumidores en México está en vías de desarrollo y su interpretación judicial en su infancia por falta de justiciabilidad como ya se señaló. Un más amplio acceso a la justicia para los consumidores, como lo postulaba y soñaba Mauro Cappelletti, permitirá salir de la anomia a millones de consumidores que optan por asumir pérdidas ante la imposibilidad o inviabilidad de exigir la tutela de sus derechos. El impulsar la defensa de intereses colectivos y difusos, incentivar la formación de defensores del interés público, la organización y asociación efectiva de consumidores a nivel nacional e internacional y dedicar recursos públicos para impulsar a defensores bien preparados, éticos, independientes, abonará en la construcción jurisprudencial que México necesita para apoyar a quienes hacen posible que la economía global exista, gire, crezca: los consumidores.

³⁵ Corte IDH. *Caso Barbari Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.

1. Nacionales

- Amparo Directo en Revisión 1068/2011. Sentencia definitiva 19 de octubre de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=127807>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 410/2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136298>> (19 de junio de 2013).
- Tesis: IV.2o.A.15 K (10a.), PRINCIPIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD). ORIENTAN LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES EN ESA MATERIA Y SON DE INELUDIBLE OBSERVANCIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1946. Reg. IUS. 2001718.
- Tesis: I.3o.C.53 C (10a.), CONSUMIDOR. LA OBTENCIÓN DEL MÁXIMO BENEFICIO CON SUS RESERVAS, ES UN DERECHO HUMANO DEL CONSUMIDOR TUTELADO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE SE COMPLEMENTA CON LAS DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA SU PROTECCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3, p. 1846. Reg. IUS. 2002127.
- Tesis: X.3 P (10a.), SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN LA APELACIÓN EN MATERIA PENAL. OPERA UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO SI QUIEN INTERPONE EL RECURSO ES EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA VÍCTIMA DEL DELITO ES MENOR DE EDAD, CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, TUTELA Y PROTECCIÓN DEL ESTADO Y SOCIEDAD Y EL DE RESPETO A SUS DERECHOS HUMANOS Y JURÍDICOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2, p. 915. Reg. IUS. 2001043.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Voto Parcialmente Concurrente y parcialmente disidente del Juez Ramón Fogel. Nota al pie número 24.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.
- Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.

Los derechos laborales en la Constitución mexicana. Reflexiones sobre el derecho a la libertad sindical

Octavio CANTON J.

A Darío

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco legal en materia de libertad sindical*. III. *La libre sindicación*. IV. *Autonomía sindical*. V. *Democracia sindical*. VI. *Pluralismo sindical*. VII. *Conclusión*.

PALABRAS CLAVE: Constitución mexicana; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Organización Internacional del Trabajo; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Corte Interamericana de Derechos Humanos; libertad sindical; dimensión individual; dimensión colectiva: derechos laborales; derecho de asociación.

I. Introducción

El derecho laboral mexicano, estatuto protector de los derechos de los trabajadores, encuentra su reconocimiento en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es lugar común hacer referencia a su origen revolucionario puesto que el mismo se encuentra ligado a la aspiración por satisfacer las necesidades básicas de todos, aquellas sin las cuales no puede experimentarse la libertad; a la idea de garantizar un estándar mínimo de condiciones económicas y sociales para los trabajadores que sirva de base para potenciar su desarrollo progresivo en sociedades liberales basadas en un modo de producción capitalista-industrial.

Los derechos laborales son, como tales, derechos de clase, derechos que privilegian y protegen al asalariado frente al capital. Se encuentran afectados de un sesgo de clase o *class bias* como señala, entre otros Giddens;¹ de ahí su tan discutido rango de fundamentales. Como sabemos, no solo por su aparente falta de universalidad subjetiva han sido y aún son doctrinalmente atacados, sino también por su carácter preeminentemente prestacional, porque son casi siempre oponibles frente a un empleador particular a diferencia del resto de los derechos humanos, y por su titularidad muchas veces colectiva. Soslayando la discusión doctrinal

¹ Giddens, A., *Profiles, Critiques and social theory*, Mac Millan, London 1982, p. 172.

que los mismos todavía suscitan en diversos círculos en torno a estas y algunas otras cuestiones, para el propósito de este trabajo, baste afirmar que su fundamentalidad es ya un hecho consumado al haber sido incorporados, con esa calidad, en los diversos cuerpos normativos que conforman el derecho internacional de los derechos humanos.

Como veremos más adelante, prácticamente todos los instrumentos reconocen con esa categoría a los derechos laborales superando así añejas discusiones y posturas ideológicas reduccionistas. Gran parte de la doctrina los ubica, sin necesidad ulterior de justificación, dentro de los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Derechos Sociales mismos que son considerados, en general, igualmente fundamentales, tanto como los Civiles y Políticos que usualmente constituyen el "núcleo duro" de los derechos humanos. Una vez superada la disputa ideológica que caracterizó los siglos XIX y el XX, la comunidad internacional, se ha venido pronunciando en favor de la integralidad de todos los derechos.

Es cierto que su origen histórico es diverso, tanto como su propósito inicial. Si bien debemos reconocer que los Sociales pretenden de manera preponderante modificar las condiciones socioeconómicas existentes para hacer progresivamente posible el ejercicio de la libertad de los desposeídos en sociedades *de facto* desiguales, también parece haber un acuerdo en que todos, en sociedades complejas como las nuestras, impactan de una u otra forma en dichas estructuras. Todos, en mayor o menor grado, demandan de los poderes públicos abstención tanto como exigen un hacer o un dar de carácter positivo para lograr su objetivo; y por ello, todos, en este sentido son necesariamente prestacionales.

Otras importantes cuestiones que atañen a estos derechos y desde los que se pretende argumentar en favor de su desfundamentalización son, como se mencionaba, su directa oponibilidad frente a particulares, la supuesta falta de universalidad por ser derechos de clase y, su titularidad colectiva. Más allá de los argumentos que responden a estas cuestiones poniendo de manifiesto la falacia que encierran, baste señalar aquí, de un lado, que la Organización de las Naciones Unidas ya ha hecho suya la teoría Alemana del *Drittwirkung der grundrechte* sobre la oponibilidad de los derechos frente a particulares, emitiendo así desde 2003, las "Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos"² en las que reiterando la fundamentalidad, entre otros, de los derechos laborales, reconoce como obligados directos para el cumplimiento de los mismos a las empresas privadas. Estas normas reconocen en el artículo D.9 el derecho de libertad sindical. De otro, los organismos internacionales han reco-

² ONU. ECOSOC. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos". E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 23 de agosto de 2003.

nocido a los derechos de los trabajadores en diversos textos y declaraciones con la misma jerarquía que al resto de los derechos humanos, como consecuencia directa de la fase de especificación en el desarrollo histórico de los mismos que en nada menoscaba su universalidad. Y, como veremos, no solo han sido reconocidos los derechos de los trabajadores individualmente considerados sino también así el de las asociaciones profesionales o sindicatos como entes colectivos.

Esta última cuestión es especialmente relevante para nuestro tema pues, precisamente una de las dimensiones del derecho de libertad sindical se refiere a la colectiva. Yendo más allá de la posición meramente utilitarista, la respuesta al porqué es necesario recurrir a lo colectivo se resuelve si aceptamos que existe en todo ser humano una dimensión de sociabilidad que supone, como tal, superación de lo individual y en última instancia plena realización desde lo grupal. Y este es el punto nodal de la cuestión, porque, partiendo de esta concepción podremos confirmar la existencia de entes individuales y colectivos claramente diferenciados con capacidad suficiente para ser titulares de diversos derechos.

Estos sujetos colectivos así considerados, producto de la sociabilidad humana superadora de la debilidad individual, estarán constituidos no por la simple suma de intereses particulares, sino por el afán de realizar un interés grupal superior al que quedan sometidos los intereses individuales, dando origen a un nuevo ser, el ser de lo colectivo. El interés grupal se distingue del individual, como menciona Wellman,³ gracias a la estructura organizacional del grupo. Y dicha diferenciación nos permite afirmar que los entes colectivos, así entendidos son, como se mencionaba, en última instancia, titulares de derechos tan fundamentales como los individuales.

Más allá de lo anterior, cabría de cualquier modo, matizar lo dicho aclarando que el reconocimiento de la subjetividad colectiva es razonable y legítima, como ha dicho el profesor López Calera, si "de esta manera se sirve mejor al –bienestar– moral, político, económico, etc. de los individuos que integran dicha colectividad". Dicho de otra forma, la comunidad no puede ser sujeto de derechos absolutos frente a sus propios miembros, porque ello podría llevarnos a concluir que por la salud de la especie puede sacrificarse a los sujetos individualmente considerados, lo cual jamás estaría justificado. En ese sentido, los sujetos colectivos, o se refieren a la mayoría de los individuos que los componen y a su mejor interés, o tales sujetos son "una creación deformada ilegítima e injusta hecha en nombre de la sociabilidad humana".⁴

³ Ver. Wellman, C.H., "Liberalism, Comunitarism and group rights" en Law and Philosophy, Vol. 18, No. 1, 1999.

⁴ López Calera, N., ¿Hay Derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos, Ariel, Barcelona, 2000, p. 134.

Sin entrar más al detalle de estas cuestiones conceptuales, sirva lo anterior a modo de preámbulo simplemente para aceptar que la discusión sobre la fundamentalidad de los derechos laborales y de los sociales en su conjunto encuentra respuestas razonables suficientemente sólidas desde la argumentación y, más allá de ello, al menos desde una postura positivista, que ésta se halla en gran parte superada pues sus pretensiones son ya normas vigentes en el ordenamiento legal internacional.

II. Marco legal en materia de libertad sindical

Partiendo de este hecho encontramos en las normas e instrumentos dentro del catálogo de derechos laborales, en primera línea, el derecho a la libertad de asociación, seguido por otros como el derecho al trabajo, a la negociación colectiva y huelga, el derecho a participar en los beneficios de la producción, el derecho de escalafón, el derecho a la reinstalación o indemnización, a vacaciones anuales retribuidas, el derecho a un salario justo y suficiente, a la no discriminación en el ámbito del trabajo, a una jornada máxima, el derecho al descanso semanal, a la seguridad y a la protección de la salud y contra los riesgos o accidentes de trabajo, etc. Todos ellos, en nuestro ámbito constitucional se encuentran contenidos en el artículo 123.

Como es evidente, el artículo 123 constitucional resulta ser una disposición amplísima pues incluye y reconoce prácticamente todos y cada uno de los derechos que conforman el llamado "bloque de la laboralidad" en México. Casi sobra decir que cada derecho podría dar lugar a un análisis detallado imposible de abordar en esta contribución. Por ello, ante este vasto campo regulatorio, la heterogeneidad y complejidad del contenido normativo de la referida disposición constitucional y la limitación de espacio y tiempo a la que nos enfrentamos, en lo subsiguiente nos ceñiremos exclusivamente a exponer algunas reflexiones sobre el derecho de asociación profesional o libertad sindical y su regulación e interpretación en aspectos concretos, contenida en algunas resoluciones emitidas tanto por el derecho internacional de los derechos humanos, como la realizada por nuestros tribunales en el orden nacional, exponiendo así sus coincidencias y divergencias, sus aciertos y desaciertos a partir de una determinada concepción del mismo que iremos definiendo.

Este análisis se centrará en el derecho de libertad sindical porque éste fue el motor que hizo posible que el resto de las reivindicaciones igualitarias de los trabajadores fueran incluidas en los textos constitucionales corrigiendo así los excesos del liberalismo político original, primero, como consecuencia directa de luchas sociales históricamente trascendentales y, después, a través del ejercicio colectivo de los derechos de negociación y huelga que sirvieron de

instrumento para su causa, incluso antes de que fueran formalmente reconocidos por la autoridad estatal instituida.

La forma en que es reconocido por el ordenamiento constitucional y su correcta interpretación determina sustancialmente las características de todo el modelo de regulación laboral y con ello su grado de democracia y legitimidad, impactando así la vigencia y tutela del resto de los derechos laborales y de muchos otros derechos humanos en el ámbito de las relaciones de producción.

En principio se califica como "democrático" al modelo cuando el derecho de coaligarse en el ámbito del trabajo es reconocido constitucionalmente como elemento esencial de la conformación del Estado, pues, como bien ha dicho la profesora Gallardo, su propia existencia se concibe como expresión del carácter plural del mismo.⁵ Cabe, sin embargo, aclarar que no se logra dicha calificación con simplemente incluirlo a ese nivel, sino que es necesario que se establezca también el régimen de libertad para la creación y ejercicio de la actividad del sindicato entendido como plena ausencia de intervención de cualquier agente externo, sea el propio Estado, la administración pública o el empleador, limitando este derecho de autonomía únicamente al respeto de la propia Constitución, la ley y sus principios fundamentales, entre ellos precisamente el de la democracia.

Como se deduce de lo dicho, ésta democracia a la que se hace referencia, a menudo se encuentra vinculada directamente con el grado de consolidación democrática (soberanía popular y preeminencia del principio de legalidad, imperio de la ley, separación de poderes, sufragio efectivo universal y respeto a los derechos fundamentales) del Estado que lo adopta pues, la libertad sindical se refiere a actores sociales y económicos relevantes para la caracterización y determinación del sistema político en su conjunto. Aun cuando no se trata de una relación de necesidad entre ambos, existe una clara correlación pues, resulta difícil pensar en la conformación de Estados "democráticos" sustentados en modelos de regulación laboral y relaciones laborales, —ahí donde se genera y distribuye la riqueza—, antidemocráticas y viceversa.

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, son dos los principios rectores del régimen sindical que un modelo democrático debe incluir en su marco jurídico-constitucional: De un lado: 1. El de libertad de organización que se traduce en el derecho de autorregulación y autogobierno; y, de otro, 2. El principio de autonomía o independencia colectiva como expresión de libertad en sentido negativo. Algunos modelos de regulación

⁵ Gallardo, R., *Democracia Sindical Interna*, Madrid, 1996, Ed. Trotta, pp. 32 y ss.

laboral modernos, como el Español o el Alemán, reconocen ambos principios en concordancia con los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que definen el contenido esencial del derecho, proclamando la libertad de los trabajadores para constituir organizaciones libremente y el de los sindicatos a organizarse y desplegar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines sin injerencia externa alguna.

En este sentido, no hay duda de que la libertad sindical ha sido reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos tanto a nivel regional como universal como requisito de un modelo democrático, trascendiendo la concepción individualista original propia de los derechos ya que no solo se conceptualiza como la potestad que tiene la persona para formar, afiliarse o desafiliarse libremente de la asociación, sino también como la plena autonomía colectiva de la unión para determinarse y ejercer los derechos que le son propios una vez que el sindicato se ha constituido al margen de la normativa estatal.

Como bien señala el profesor Baylos se debe partir del hecho de reconocer la tensión que existe entre sindicalismo como movimiento social y como cultura política y, la regulación que realiza la norma de sus estructuras y formas de actuar, "misma que no suele percibirse sino en momentos de crisis pero que debe acabar por definir claramente la extraestatalidad del ente sindical como consecuencia del respeto y afirmación de los principios de autonomía e independencia de la asociación".⁶

Sin embargo, como también sostiene el derecho internacional, este régimen de libertad e independencia previsto por el ordenamiento no es ni debe ser reconocido como absoluto pues, para dotarse de legitimidad es necesario que se someta, de manera general, a los principios fundamentales que emanan de la ley y la Constitución y, específicamente también a la exigencia de democracia tanto de su organización como de su funcionamiento, es decir, como apuntábamos conceptualmente antes, al mejor interés de sus miembros. Salta a la vista así pues, otra importante cuestión que se anticipaba, la relación entre el principio de libertad sindical entendida como autonomía y la exigencia impuesta desde fuera al sindicato de contar con una estructura y funcionamiento acordes al propio principio democrático, que se traduce en la definición específica de lo que se ha dado en llamar democracia sindical interna.

Resulta especialmente relevante este punto como veremos más adelante, en particular por las consecuencias prácticas que arroja. Aunque puede pensarse que se trata de dos principios contrapuestos, en realidad sirven, cuando son bien entendidos, de límite el uno al otro

⁶ Baylos, A., *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Ed. Bomarzo, Madrid, 2004, pp. 7 y ss.

para dar equilibrio y legitimar al sistema en su conjunto. Es sumamente interesante estudiar desde el derecho comparado, la forma en que los diversos modelos de regulación laboral modernos resuelven esta aparente oposición entre ambos principios. Ante la ausencia de parámetros a nivel doméstico en nuestro país, necesariamente ha de echarse mano a dichas experiencias como alternativa para delimitar la relación de los mismos en nuestro modelo.

Baste pues por ahora con destacar que la libertad sindical incluirá a nivel constitucional ambas dimensiones, tanto la individual como la colectiva, ésta última concebida como fenómeno ajeno al Estado, que cobra mayor legitimación en la medida en que cumple con ciertos estándares democráticos, mismos que podrán ser validados por la autoridad estatal siempre que ésta también se constituya democráticamente.

Otro aspecto en el que se debe insistir desde ahora como característico de la libertad sindical, es el fin último al que el sindicato debe servir. Como actor político, su objetivo último es lograr la nivelación de la desigualdad económica y social y en tanto lo cumpla se ajustará a los referidos estándares de democracia. Por tanto, debe reconocerse que éste fenómeno se inserta en relaciones sociales en constante conflicto derivado de la pertenencia a clases claramente diferenciadas y desiguales de hecho que pugnan por el logro de sus respectivos intereses. El conflicto colectivo, los procesos abiertos de negociación auténtica, son así muchas veces reflejo de relaciones sociales verdaderamente activas y dinámicas en las que se discute y se lucha democráticamente por mejorar las condiciones económicas y sociales de los trabajadores. Al contrario, la ausencia de conflicto social evidencia la existencia de "acuerdos" orgánicos o corporativos preestablecidos, tanto internos como externos, unilateralmente logrados a espaldas de los actores sociales en regímenes comúnmente poco democráticos y muchas veces, por ello, profundamente desiguales.

De esta manera, por un lado, la extraestatalidad del sindicato constituido y organizado sobre bases democráticas que se traduce en el respeto a su legítima autonomía y; por otro, el reconocimiento y plena aceptación del conflicto social serán elementos distintivos del auténtico reconocimiento y vigencia del derecho de libertad sindical en el ordenamiento legal.

Destaca en el análisis del modelo que regula el derecho de libertad sindical, sin discusión alguna, la colisión que, en determinado momento, ocurre entre el derecho individual del trabajador y el derecho colectivo o interés general que tutela el sindicato. Como precisamos, una de las dimensiones de la libertad sindical prevé que el trabajador tiene derecho a libremente decidir formar parte de la asociación profesional o, en sentido negativo a tomar la decisión de desafiliarse de la misma cuando así conviene a sus intereses; sin embargo, el ejercicio de este derecho muchas veces se enfrenta al interés colectivo o del grupo representado

por la organización sindical y los derechos que la misma, como ente grupal, detenta. Cobra especial relevancia aquí precisamente todo lo antes referido acerca del derecho de autonomía sindical cuando se concibe sobre bases democráticas pues será ésta la que permita definir y ponderar la razonabilidad de los límites que se imponen al ser interpretados, para potenciar al máximo la vigencia de ambos derechos en su estrecha convivencia y constante oposición.

Al respecto, el derecho internacional tradicionalmente ha resuelto este enfrentamiento entre el derecho individual del trabajador y el de la asociación, dejando que los Estados, de acuerdo a sus características particulares decidan en concreto como dar cauce a esta tensión. Es esta precisamente la razón por la cual el Comité de Libertad Sindical y la OIT en general, permiten la inclusión de las cláusulas de exclusión por admisión y por separación o también llamadas cláusulas de preferencia sindical, en el marco legal interno de los diferentes Estados. Este tampoco es un tema sencillo, como veremos, y expuesto a la luz de la teoría de los derechos no se trata de una cuestión de fácil solución pero, baste anunciarla como otro más de los temas a tratar en el presente trabajo y que hacen de este derecho un entramado complejo de analizar.

Como se va poniendo de manifiesto, la libertad sindical es un fenómeno multidimensional, que, según sea concebido, irá configurando la cara del modelo de regulación laboral en su conjunto. Su valor político es hoy incuestionable al punto que resulta inimaginable, como punto de partida, una Constitución democrática que no lo reconozca formalmente como derecho fundamental. Más aún, si se toma en cuenta su inmensa relevancia social, económica y política al ser parte de la vida diaria de la Nación. Por ello, es necesario llevar a cabo el análisis formal relativo a la letra escrita, pero también a los hechos, atendiendo a lo que realmente sucede con este derecho todos los días en las instituciones, fábricas y centros de trabajo y desde luego, en la relación que guardan las organizaciones con el poder público instituido, sus conflictos y la forma en que son resueltos. No solo la Constitución y sus leyes, sino precisamente las decisiones judiciales o administrativas y la práctica cotidiana determinan su verdadera vigencia o negación. La ciencia jurídica habrá de echar mano de la sociología y la política del trabajo para entender mejor y valorar apropiadamente el fenómeno sindical que en concreto se estudia.

Dicho lo anterior, como punto de partida para nuestro análisis en concreto, encontramos pues que la Constitución Política Mexicana expresamente reconoce el derecho de libertad sindical, al menos en alguna de sus dimensiones.

El artículo 123 constitucional en sus dos apartados, A y B, reconoce el derecho de asociación profesional o libertad sindical de los trabajadores. Mientras que el apartado A se refiere a las

relaciones laborales entre particulares, el apartado B define los lineamientos generales para regular las relaciones laborales entre los poderes públicos y sus trabajadores. Se citan para fácil referencia a continuación los apartados del artículo 123 materia central del análisis en el presente trabajo:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.

El congreso de la unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

XVI.- Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.

Y, el apartado B, la reconoce de la siguiente manera:

B.- Entre los poderes de la unión, el gobierno del distrito federal y sus trabajadores:

X.- Los trabajadores tendrán el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes.

Formalmente el texto constitucional transcrito tutela y reconoce el derecho a la libertad sindical, al que se dedica este espacio. Orgánicamente se ha criticado a nuestro modelo por no colocar a este derecho dentro del título primero que reconoce a los derechos humanos y que sirve de eje rector para la actuación del Estado Mexicano. Ciertamente, lo idóneo e ideal sería que se encontrara dentro de dicho apartado, pues ello confirmaría irrefutablemente que forma parte de los principios fundantes del mismo; sin embargo, esta mala ubicación no necesariamente significa lo contrario, toda vez que en realidad deriva de la falta de técnica legislativa del constituyente, influida en mucho por el momento histórico en que fue concebido nuestro texto constitucional más que a cualquier otra razón de fondo. En cualquier caso, pese a ello, sabemos que este hecho ha causado confusión más de una vez, se ha prestado para polemizar en numerosos foros y se ha aprovechado por los sectores más conservadores

de nuestro país para justificar argumentos degradadores de estos derechos, de ahí que sea relevante mencionarlo.

Está claro que el derecho internacional al igual que otras constituciones políticas modernas afines a nuestra tradición jurídica como la alemana o la española antes referidas, sí incluyen expresamente, en la actualidad, a la libertad sindical dentro de sus catálogos y como principio fundamental y rector del Estado. Baste destacar el reconocimiento y papel que otorga la Constitución Española al sujeto sindical, reconociéndolo en el artículo 7º, es decir, dentro del Título Preliminar que regula los núcleos centrales que definen al Estado Social y Democrático de Derecho. Y ese es precisamente el espíritu de las múltiples declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo así, en el ámbito universal, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 23.4 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 22.1 y el de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 8.1 la contemplan en su catálogo, incluso éste último de manera más amplia que los dos anteriores. Y desde luego los Convenios 87 y 98 de OIT, éste último aún no ratificado por México, que además de su dimensión individual contemplan también la tutela a la dimensión colectiva del derecho. En el ámbito regional, en este mismo sentido lo prevé el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención") o y el artículo 8º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" que amplía la tutela del Pacto a la dimensión colectiva del derecho.

A nivel internacional es el Comité de Libertad Sindical de la OIT ante quien se ventilan la mayoría de las denuncias por violación a este derecho. No obstante, a nivel regional ya se cuenta con precedentes judiciales emitidos tras atender demandas relacionadas con presuntas violaciones al derecho de libertad sindical. En este sentido, el caso más relevante nos parece que es el denominado Baena Ricardo y otros vs. Panamá en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CorteIDH" o la Corte) resolvió condenar a dicho país a indemnizar a los trabajadores afectados por actos violatorios al derecho de asociación previsto en el mencionado artículo 16 de la CADH. Destaca en este sentido, el párrafo 158 de la sentencia, cuando la Corte confirma en sus consideraciones que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca por ello en el *corpus juris* de los derechos humanos. Indiscutiblemente, este proceso viene a representar un hito en el desarrollo de la jurisprudencia interamericana con relación a la libertad sindical, aunque, la principal discusión del caso haya girado en torno a la violación del principio de irretroactividad de las leyes y a la falta de garantía judicial. La ley 25 promulgada por el Estado Panameño para poner fin a las protestas

laborales en el sector público facultó retroactivamente al órgano ejecutivo y a los directores de las instituciones gubernamentales para destituir a todos aquellos funcionarios trabajadores que, previa identificación, hubieran participado en las protestas y paro colectivo general promovido como resistencia contra medidas anti sindicales, por supuestamente atentar contra el orden constitucional y la democracia.⁷

Como se decía, formalmente el texto del artículo 123 arriba reproducido, pese a no encontrarse en el título consagrado a los derechos humanos dentro del cuerpo de la Constitución, se incorpora a ese nivel y se ajusta en general, aunque ciertamente de manera escueta y hasta incompleta, al marco regulatorio dispuesto por el derecho internacional de los derechos humanos vigente en México al que nos hemos referido, como iremos analizando. No obstante, aún con algunas honrosas excepciones de algunas tesis de jurisprudencia emitidas recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que parecieran pretender ajustarse a dichos estándares internacionales y a la regulación dispuesta por la gran mayoría de las constituciones modernas, la libertad sindical es un derecho que cotidianamente se viola en nuestro país, impidiendo así la consecución de su fin último.

La falta generalizada de democracia sindical interna de los sindicatos mexicanos, públicamente notoria por la permanencia irrestricta de sus dirigentes a lo largo de los años y por el alejamiento de éstos respecto del interés y bienestar de sus agremiados, aunada a la práctica arraigada de control y violación a la autonomía colectiva que se ejerce sobre ella desde las altas esferas del poder tanto político como económico y, la consecuente protección y promoción del corporativismo sindical creado por el propio sistema para su legitimación y permanencia; ponen al descubierto, más allá del texto legal y los discursos, esta aciaga situación.

Nos detendremos en el análisis de algunos aspectos que consideramos relevantes, con la aspiración de desenredar la maraña del modelo de regulación laboral mexicano que hoy sostiene este añejo sistema político. Sobra advertir que los temas tratados en este trabajo a partir de la regulación actual del derecho y la jurisprudencia disponible requieren, cada uno, de un análisis más detallado y que estos a su vez están complicados con otros más que no se abordan aquí; sin embargo, el propósito que espero estimen se consigue con estas breves reflexiones, es el de destacar dónde se encuentran algunos puntos álgidos sobre los que debe volverse para tutelar este derecho en su justa dimensión y alcance con el único fin de ver cumplida la aspiración de igualdad y libertad que lo legitima e impulsa.

⁷ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 158.

Dicho lo anterior, en lo subsiguiente nos circunscribiremos exclusivamente a los tres temas que anunciábamos de manera más general antes, por ser en torno a los cuales gira la vida del derecho de libertad sindical, habiendo hecho una inevitable selección de las resoluciones judiciales que hemos considerado más relevantes.

III. La libre sindicación

Como bien ha dicho el profesor Russomano, la sindicación libre, la autonomía y democracia sindical y la pluralidad sindical son tres piezas inescindibles del derecho de libertad sindical y son la contracara de la sindicación obligatoria, del dirigismo y de la unidad sindical.⁸ Podemos aceptar preliminarmente que los tres son parte integrante de nuestro derecho y que todos, además, se encuentran liados entre sí.

Por su lado, la sindicación obligatoria, contracara de la libre sindicación, se ubica en la dimensión individual del derecho y supone cuando se formula en términos absolutos, la negación del derecho al transformarlo en un deber. No hay duda de que el derecho es una potestad del sujeto y no una obligación. En principio, nadie debe ser obligado contra su voluntad a formar parte de un sindicato o a constituir uno, lo mismo que no puede ser obligado a renunciar forzosamente al mismo.

Sin embargo, como acuerda gran parte de la doctrina, ha sido común que se defienda la sindicación obligatoria cuando se da bajo ciertas circunstancias, argumentando que a través de ella el asalariado, como clase social, consigue mayor fuerza y unidad para la lucha contra el capital. Ciertamente, hemos de aceptar que dicha afirmación tiene en gran parte razón pues ancla en el propósito histórico fundamental de este derecho social y es por esto que no debe nunca analizarse esta cuestión aisladamente, ni solo desde una de sus dimensiones ni mucho menos proponer alguna de ellas en términos absolutos.

Como se ha referido antes, el derecho de libertad sindical tutela intereses tanto individuales como colectivos, y, como sucede con la puesta en práctica de otros derechos fundamentales, ocurre que ambos, al ser ejercidos, inevitable y continuamente colisionan, quedando en manos del juzgador la interpretación y solución jurídica de cada caso en concreto. No es lugar para ahondar en la teoría de los límites de los derechos fundamentales ni en las diferentes aproximaciones que se utilizan para su debida interpretación, por ello, a la luz de algunos principios, analizaremos en concreto lo que los tribunales nacionales y órganos internacionales

⁸ Russomano, M.V., *Principios generales de derecho sindical*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, p. 77.

han dicho al respecto, dando algunas pistas del criterio que parecería concuerda más con el discurso de los derechos.

En el caso específico, las cláusulas de exclusión frecuentemente denominadas "cláusulas de consolidación o preferencia sindical", por los fines que persiguen de protección del interés general, se enfrentan a la dimensión individual del derecho de libertad sindical. Históricamente, en los diferentes modelos de regulación laboral se ha optado por privilegiar tanto a uno como otro, según la tendencia y necesidad específica del momento. En la actualidad muchos modelos aún contemplan instrumentos de consolidación sindical y en particular cláusulas de este tipo, como por ejemplo precisamente el Mexicano, e incluso algunos no necesariamente ligados a nuestra tradición jurídica como el Inglés, el Canadiense o el Norteamericano.

Aun cuando las cláusulas limitan la dimensión individual del derecho, la norma internacional no se ha pronunciado de manera expresa en contra de las mismas, precisamente por otorgar valor a la finalidad que persiguen. Por ello, podemos afirmar que resulta aceptable, al menos para el derecho internacional de los derechos humanos, que en ocasiones y bajo ciertas circunstancias, se fuerce legítimamente la sindicación en aras del interés general, o bien, que se sancione el ejercicio de la dimensión individual del derecho, con el fin de privilegiar su dimensión colectiva y potenciar así el ejercicio de los derechos colectivos de negociación y huelga que le son propios al sindicato, –ambos también indiscutiblemente fundamentales al estar contenidos en todos los catálogos internacionales de derechos humanos–, puesto que sin estas herramientas verían afectada su posibilidad de ejercicio.

Como ha señalado el profesor Lastra⁹ podríamos sintetizar en las siguientes consideraciones los argumentos que se exponen repetidamente a favor de la sindicación obligatoria: a) existe una mayoría de trabajadores no agremiados que resta fuerza al conjunto; b) el haber trabajadores sindicalizados y otros que no lo son permite al empleador seleccionar a los obreros de acuerdo a sus intereses; y c) la huelga, como expresión colectiva de mejoramiento progresivo de las condiciones de vida de los trabajadores, fracasa por falta de unanimidad entre los obreros cuando no dependen de un sindicato las decisiones predominantes. En el derecho mexicano, tales consideraciones tendientes a salvaguardar el interés colectivo, han llevado a legalizar las cláusulas de exclusión por admisión y separación que obligan a la afiliación sindical so pena de no obtener o perder un puesto de trabajo.

Las cláusulas son pues, un instrumento de tutela de la autonomía sindical a la que hemos venido haciendo referencia. Si bien es cierto que la función y el efecto de las cláusulas es

⁹ Lastra, M., *Derecho Sindical*, Ed Porrúa, México, 1999, p. 211.

separar de la empresa al trabajador libre o no agremiado bien sea para adquirir un empleo o bien al momento en que es expulsado o ha renunciado al sindicato, también lo es que la razón que subyace a las mismas es precisamente la de evitar que las reivindicaciones sindicales se vean disminuidas por injerencias o manipulaciones patronales o de agentes externos, salvaguardando así el interés colectivo o general. Como señalamos, con apoyo en el artículo 123 constitucional y en nuestra opinión, entre otros, de manera directa, en el Convenio 87 de la OIT y en el Protocolo de San Salvador, la Ley Federal del Trabajo ha reglamentado dichas cláusulas en sus artículos 395 y 413.

Fue Inglaterra a través de la ley del Parlamento denominada *Trade Disputes Act* de 1906, la que reconoció la licitud de las cláusulas pudiendo ser estas precisamente, de exclusión de ingreso o taller cerrado (*closed shop*) mediante las cuales el empleador se compromete a no admitir en la empresa a trabajadores no afiliados al sindicato y, de taller sindical (*union shop*) o de mantenimiento de miembros sindicales (*maintenance of membership*) mediante las cuales se otorga un plazo a los obreros para afiliarse al sindicato titular del contrato colectivo, imponiéndoseles continuar en el mismo mientras dure el empleo, so pena de perder el puesto de trabajo. Y ese es aún el espíritu que las sostiene.

Sin duda, los individuos deben encontrarse en posición de ejercer del modo que mejor convenga a sus intereses el catálogo de derechos y libertades que les es reconocido, teniendo como límite los derechos de terceros o del grupo al que pertenecen y viceversa. Es decir, al igual que los derechos individuales, los derechos del ente grupal también encuentran límite cuando tocan la esfera jurídicamente protegida por los derechos fundamentales de la persona. De Buen afirma que la fuerza de los sindicatos no debe fundarse en el terror de sus agremiados impuesto por las cláusulas de exclusión sino, en los resultados positivos de un esfuerzo persistente encaminado a lograr mejores condiciones de trabajo y vida para cada uno de sus integrantes.¹⁰

En este orden de ideas, la sindicación obligatoria concebida en el modelo de relaciones laborales es válida solo si el sindicato concebido como ente extraestatal y en plena libertad, ha cumplido con los estándares o parámetros de democracia a los que nos referimos antes y sobre los que volveremos después y, si estos se encuentran dispuestos por las leyes y por los principios fundantes de un Estado democrático de Derecho. Solo de esta manera, la limitación impuesta al derecho individual de libertad sindical con el objeto de consolidar al movimiento sindical como ente grupal y el interés colectivo, estará justificada.

¹⁰ De Buen, N., *Derecho del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 1991, Tomo II, p. 546.

La OIT y el resto de los órganos universales y regionales de derechos humanos a nivel internacional, como se señalaba, no han realizado pronunciamiento expreso en contra de las cláusulas. Baste en este sentido destacar el contenido del Informe número 34, caso número 188, en el que el Comité de Libertad Sindical señala expresamente en el párrafo 34, que el Convenio 87 no puede ser interpretado de manera alguna en el sentido de que autoriza o prohíba los acuerdos de seguridad sindical o cláusulas de exclusión, por ser cuestiones que deban regularse de acuerdo a la práctica nacional. Es cierto que cuando están en juego otros derechos, como puede ser el de no discriminación, el Comité ha entrado a validar la forma en que las cláusulas deben aplicar, no obstante, la postura del organismo ha sido en repetidas ocasiones, la antes referida.

Por su parte, tradicionalmente nuestra Suprema Corte de Justicia se había solo pronunciado al respecto de las cláusulas únicamente para deslindar de responsabilidad al patrón en caso de que fueran aplicadas por el sindicato, eximiéndolo del pago de los salarios caídos o vencidos (Jurisp. Apéndice 1975, 5a. parte, 4a. sala, tesis 25, p. 323), o bien liberándolo de responsabilidad en caso de que las mismas fueran establecidas o aplicadas ilegalmente por el ente colectivo (Jurisp. Apéndice 1975, 5a. parte, 4a. sala, tesis 24. p. 31) o, para hacer referencia a la necesidad de que éstas se apliquen de acuerdo a la ley y a lo dispuesto por los estatutos sindicales.

Es hasta el 2000 cuando, tras resolver el conflicto planteado por un grupo de trabajadores de la empresa "Ingenio el Potrero, S.A.", en una controversial resolución la Corte determina que la cláusula de exclusión por separación es contraria a los artículos 5o. que tutela la libertad de trabajo, 9o. que tutela la genérica libertad de asociación y 123 apartado A fracción XVI Constitucionales.¹¹ La Corte, sin justificación ulterior alguna, sospechosamente omite en este sentido mencionar la fracción X del apartado B del mismo artículo 123 que, como se ha puesto de manifiesto antes, es exactamente igual al texto de la fracción XVI del apartado A del artículo 123 invocada. Más allá de esta omisión que resulta entendible por el control aún más acentuado que ejerce el Estado Mexicano en las relaciones colectivas de trabajo del poder público y sus dependencias, cabe hacer en concreto algunas reflexiones.

De un lado, queda claro que, a juicio de la Corte, la cláusula referida viola los derechos humanos de los trabajadores contenidos en la Constitución, es decir, la dimensión individual del

¹¹ Tesis Aislada. 2a. LIX/2001. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN. LOS ARTÍCULOS 395 Y 413 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO QUE AUTORIZAN, RESPECTIVAMENTE, SU INCORPORACIÓN EN LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y EN LOS CONTRATOS-LEY, SON VIOLATORIOS DE LOS ARTÍCULOS 50., 90. Y 123, APARTADO A, FRACCIÓN XVI, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XIII, Mayo de 2001, p. 443. Reg. IUS 189779.

derecho de libertad sindical a la que hemos hecho referencia y por ello la estima inconstitucional; sin embargo, elude ponderar en su determinación la trascendencia social de la dimensión colectiva de la libertad sindical que se desprende de la concepción del trabajo aceptada por la propia Constitución. Es decir, lejos de analizar los límites y alcances concretos de las dos dimensiones del mismo derecho fundamental o, si se prefiere, de dos derechos fundamentales que colisionan, resuelve privilegiar al derecho individual sin mayores consideraciones de fondo, como si la dimensión colectiva del derecho no fuera fundamental, cometiendo así un error jurídico sustancial sumamente importante que a todas luces desconoce la herencia y la evolución histórica del derecho en su largo andar y tránsito del constitucionalismo liberal al social experimentado durante el siglo XX.

Como acuerda la doctrina mexicana al respecto, en relación a este último punto, indiscutiblemente uno de los principios rectores de nuestro derecho constitucional que emana de la Revolución de 1910, es el carácter social de la misma, aunque expresamente no lo establezca así, y éste es esencialmente, el que lo diferencia del régimen previsto por la Constitución liberal de 1857 que la antecedió. Por tanto, el adjetivo "social" debe ser considerado como elemento o principio fundante básico de nuestro régimen constitucional y ser interpretado armónicamente en la toma de decisiones concretas, más aún cuando el conflicto atañe precisamente a uno de estos derechos.

No obstante lo anterior, como decíamos, la Corte basa parte de su argumento sobre la cuestión, en el análisis de la jerarquía normativa prevista por el artículo 133 constitucional; y en este sentido considera que resulta violatorio que una ley secundaria como lo es la Ley Federal del Trabajo atente y limite a través de la cláusula de exclusión por separación, los derechos humanos de los trabajadores (la dimensión individual del derecho de libertad sindical en concreto) consagrados en la Constitución. Si bien es cierto que las cláusulas se encuentran contenidas en la Ley reglamentaria, lo que pierde de vista la Corte es que éstas, como instrumento de tutela, emanan directamente de la dimensión colectiva del derecho fundamental de libertad sindical tutelado a nivel constitucional, entre otros instrumentos, por el Convenio 87 de la OIT y el Protocolo de San Salvador vigentes en México, tal y como lo hemos venido manifestando. Y por ello, la problemática tratada no consistía en analizar qué derecho prevalece siendo uno de primera categoría y otro de segunda como entendió erróneamente la Corte, sino ambos siendo, al menos, jerárquicamente iguales.

Adicionalmente, la Corte aduce que al aplicarse en un caso concreto la cláusula de exclusión por separación como ocurre en el caso de los trabajadores disidentes referidos, el sindicato viola la libertad de trabajo tutelada por el artículo 5º Constitucional pues, con ello se impide que puedan dedicarse a su trabajo al ser separados del mismo por ejercer otro derecho

fundamental como lo es la libertad sindical individual en sentido negativo. Y esta causa que niega el ejercicio de la libertad de trabajo, sigue argumentando la Corte, no está prevista por el propio artículo 5o. cuyo texto claramente señala que únicamente podrá limitarse esta libertad si la actividad a desarrollar es ilícita y en caso de determinación judicial, cuando se ataquen derechos de terceros o por resolución gubernativa dictada en los términos que disponga la ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Esta interpretación, igualmente nos parece desafortunada porque, con la aplicación de la cláusula de exclusión por separación no se está impidiendo genéricamente a la persona el desempeño de la actividad que libremente elija, sino que, se está privilegiando el interés profesional del sindicato en ese concreto centro de trabajo. Lo mismo ocurre con la supuesta violación al artículo 9o. que reconoce el derecho genérico a la libertad de asociación y que la Corte estima violado con la aplicación de la cláusula. En este sentido se han expresado, entre otros, el profesor De Buen, quien atinadamente destaca que el objetivo de las cláusulas en nada se relaciona ni violenta la genérica libertad de trabajo y de asociación consagradas por los artículos 5o. y 9o. en comento.¹²

No obstante lo anterior, conviene destacar que la propia Corte en sus consideraciones acepta y reconoce que permitir a los trabajadores que renuncien libremente al sindicato, puede repercutir en el debilitamiento del poder sindical, lo cual, reconoce también, puede ser aprovechado ventajosamente por los empleadores para minar auténticos procesos de negociación y vida colectiva en la empresa. Pero esta consideración, pese a estar referida precisamente al objetivo final del derecho de libertad sindical y a la vigencia de otros derechos fundamentales como el de negociación colectiva, no tiene para la Corte mayor trascendencia en su deliberación final.

Debemos reconocer que la Corte hace un esfuerzo por analizar objetivamente las cuestiones constitucionales involucradas, tratando de despojarse de todo el contenido ideológico y de la carga histórica que estos derechos traen consigo; sin embargo, este esfuerzo en nada ayuda a la consolidación de un modelo de regulación democrático y al logro de una solución acorde a los principios rectores de los derechos humanos pues, dicha carga y visión resulta ser inherente a estos derechos.

Como bien se ha dicho, hoy por hoy está claro que la tesis positivista de la subsunción en materia de interpretación de normas que arroja soluciones jurídicas deducibles, por un lado,

¹² De Buen, N., "Notas perversas respecto de una ejecutoria mal concebida sobre cláusulas de exclusión" en Kurczyn, P. y otros. *La Libertad Sindical: cláusula de exclusión*, UNAM-IJ, México, 2002, pp. 28 y ss.

de las premisas que proyectan los hechos, y, por otro, de la norma jurídica aplicable a los mismos; ha dado paso a la de la ponderación, razonabilidad o proporcionalidad, lo que, como bien señala Miguel Carbonell, facilita solucionar casos concretos sin tener que decidir sobre la validez de dos normas enfrentadas al permitir que el juez *pondere* los bienes en tensión para "potenciar o maximizar" ambos hasta donde sea *razonable*, procurando nunca sacrificar totalmente uno de ellos, como desafortunadamente ocurrió en la errada resolución que se comenta.¹³

Ahora bien, pese a ello, debemos también reconocer que, al haberlo hecho así y al llegar a la equivocada conclusión de que la cláusula ya comentada es inconstitucional, la Corte, intencionalmente o no, aporta elementos en favor del pluralismo sindical, en un momento en el que nuestro país, tanto entonces como ahora, se encuentra ávido de movimiento y cambio. Lo anterior porque está claro que cuando las cláusulas de exclusión se incorporan en un régimen sindical poco democrático y transparente, como el que México padece en gran parte aun hoy, sirven precisamente al fin contrario para el que fueron originalmente pensadas: al estatismo, dirigismo y desmantelamiento del sindicalismo participativo. Así es, como instrumento de tutela de sindicatos corporativos u orgánicos, las cláusulas consienten y promueven el control sobre la capacidad organizativa de la base, pues con ellas se facilita la "eliminación" del trabajador o trabajadores disidentes o verdaderamente participativos en la empresa, lográndose mantener intacto el orden instituido desde la cúpula e incumplido el objetivo igualitario final de este derecho. Son sin duda, el mejor aliado del sindicalismo vertical.

Por eso pensamos que este tipo de resoluciones deben necesariamente analizar cuestiones concretas antes de ser juzgadas. Si el sindicato tiene vida en su interior, si es activo, representativo o democrático –se subraya de nuevo esta última cualidad sobre la que volvemos más adelante– las cláusulas ayudarán a su mejor desarrollo y tutela, pues lo mantendrá protegido de injerencias externas salvaguardando su autonomía e independencia, mientras que, si no lo es, las cláusulas servirán únicamente para conservar el *statu quo* valiendo al interés contrario, al favorecer a un sindicato que en realidad no representa a nadie, en perjuicio directo del interés de los trabajadores agremiados.

A partir de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, en el artículo 1o. se reconoce que toda persona goza de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales. Claramente, la Constitución se abre al derecho internacional de los derechos humanos, mostrando de esa

¹³ Carbonell, M., *Los Derechos Fundamentales en México*, Ed. Porrúa, México, 2005, pp.127 y ss.

manera una notable vocación universalista que evitará que interpretaciones como la antes analizada resuelva las controversias que se susciten de manera superflua, pero sobre todo desacertada, aduciendo que se trata de un conflicto entre derechos de diferente categoría por estar contenido alguno en una ley nacional secundaria, evitando así llegar a conclusiones como las de la resolución comentada.

Evidentemente, insistimos en que la dimensión colectiva del derecho del que emanan las cláusulas como instrumento de defensa, se encuentra jerárquicamente a nivel constitucional al estar expresamente reconocida por los tratados internacionales a los que hemos hecho referencia, principalmente en el Convenio 87 de OIT y el Protocolo de San Salvador, aun cuando el artículo 123 sea omisa al respecto.

En este sentido, el mismo artículo 1o. constitucional actual, recoge la figura de la "interpretación conforme", al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos del rango jerárquico que sea, se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de un bloque de constitucionalidad que incluye el texto constitucional y los tratados internacionales, a la luz de las cuales se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano. La Corte en aquella resolución, como hemos puesto en evidencia, incumple a todas luces con este principio.

Para nuestro propósito, quede claro pues que la cuestión tratada no es de fácil solución y, es muestra específica de uno de los problemas más complejos a los que el sistema de derechos fundamentales se enfrenta en la práctica. Como bien se ha dicho Peces Barba, tratándose de los límites de los derechos y su interpretación, no se pueden establecer criterios específicos, pero sí ciertas guías que ayuden a llegar a conclusiones acorde con el discurso de los derechos. De este modo, para definir la jerarquía interna del subsistema de los derechos, se ha señalado que deben prevalecer aquellos que protegen al individuo y su dignidad, los que más contribuyan al pleno desarrollo de su personalidad, aquellos que tengan mayor extensión y aplicación o afectación a un número más amplio de personas, los que satisfagan necesidades radicales o básicas sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona o, aquellos que afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y sus estructuras jurídicas, que son las que sostienen precisamente al sistema de derechos fundamentales.¹⁴ No obstante, acuerda la doctrina, el conflicto más severo se da, precisamente, cuando estos criterios son iguales o similares, en cuyo caso habrá que ponderar en particular la situación y sus posibles soluciones como lo hemos propuesto antes, sin perder de vista los límites materiales

¹⁴ Peces Barba, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, U Carlos III de Madrid, Madrid, BOE 1996, pp. 590 y ss.

que imponen los valores que subyacen a las normas jus fundamentales y que recoge el derecho positivo como ideal de justicia y, los llamados principios o bienes constitucionales, tal como el carácter "social" y la vocación democrática de la Constitución Mexicana a los que hemos hecho referencia, para lograr una justa valoración del derecho y la problemática en concreto.

Expuesta de esta forma, en definitiva, la cláusula de exclusión por separación no nos parece que viole la Constitución sino que, como medio de protección de otro derecho fundamental u otra de sus dimensiones, establece límites al derecho individual de libertad sindical, que es, ciertamente fundamental, pero de ninguna manera absoluto. Y dichos límites descansan en la legítima pretensión de potenciar el ejercicio de los derechos colectivos del sindicato –también fundamentales– y privilegiar, cuando es bien entendido, el interés general que se traduce en términos concretos, en mejoras a las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, lo cual a su vez es el presupuesto para que la libertad pueda ser realmente ejercida.

Atendiendo a los principios interpretativos referidos y a los límites competenciales formales que rigen al subsistema de los derechos fundamentales, será el juzgador quien caso a caso habrá de justificar lógica y razonadamente su decisión para maximizar hasta donde sea posible la vigencia de ambos derechos fundamentales definiendo así, en particular, cuál prevalece y porqué.

Cabe destacar al respecto que la garantía del debido proceso no admite en principio que autoridades administrativas asuman responsabilidades jurisdiccionales, tal y como aún sucede en México con las Juntas de Conciliación y Arbitraje y por ello, cuando se señala que es el juzgador quien debe dirimir la controversia o interpretar la norma, se piensa en un juez imparcial, perteneciente al poder judicial y, necesariamente, independiente del ejecutivo. Este es otro problema que arrastra nuestro modelo de regulación laboral que no se desarrollará más en este trabajo, baste solo por el momento dejar constancia del mismo y de la relevancia que cobra cuando pensamos en que la ponderación y razonabilidad para determinar el alcance y límites en particular de estos derechos cuando se enfrentan.

Finalmente, cabe destacar el informe 359 del Comité de Libertad Sindical de la OIT que responde a una serie de quejas presentadas por diversas agrupaciones sindicales mexicanas sobre la violación constante en México a los principios que emanan del Convenio 87. En lo tocante a la cláusula de exclusión, se concluye en el párrafo 903 a) numeral 1 que éstas deberán ser consideradas parte del diálogo al que se exhorta a las partes someterse para dirimir sus diferencias, entendemos, con la finalidad de verificar si su propósito en realidad se cumple, teniendo en cuenta las resoluciones de la Corte que la han considerado ya inconstitucional.

Y es que, en realidad, como hemos referido, el interés de las agrupaciones querellantes es poner en evidencia como, en mucho, éstas han servido particularmente en México, para conservar un modelo de regulación laboral sujeto al control del Estado dado el corporativismo sindical imperante.

IV. Autonomía sindical

Desde otro ángulo aparece la autonomía sindical como otra de las dimensiones más relevantes del derecho de libertad sindical. Como ya hemos dicho, se refiere a la dimensión colectiva del derecho y supone reconocer la facultad que tiene el ente grupal –el sindicato– para autodeterminarse hacia su interior y para ejercer, hacia afuera, los derechos que detenta, libre de cualquier injerencia externa. Dicha autonomía consiste en constituirse y regirse internamente con total independencia pero también en actuar hacia fuera sin la restricción o intervención de los poderes públicos y privados.

Es decir, supone la facultad del sindicato para elaborar sus propios estatutos, nombrar sus dirigentes, administrarse, establecer los servicios que estimen necesarios para sus agremiados y de determinar los medios a utilizar para la realización de sus fines en total libertad, al igual que la facultad de llevar a cabo en la realidad dichas acciones sin constricción alguna. Dicha prerrogativa impone así a los poderes externos primordialmente obligaciones de no intervención o negativas en la medida en que deben abstenerse de injerir en los asuntos internos del sindicato y en su actuar externo aunque, cabe apuntarlo, también positivas, en el sentido de que deben reglamentar y tutelar activamente la salvaguarda de ese espacio de independencia.

En este sentido, debe destacarse el Convenio 87 de la OIT que, a la par de la dimensión individual del derecho de libertad sindical también protege la dimensión colectiva del mismo, es decir, la autonomía colectiva, como hemos señalado. En los artículos 3o. al 8o. establece que las organizaciones sindicales deben tener derecho a redactar sus propios estatutos y reglamentos, elegir a sus representantes, organizar su administración, actividades y formular sus programas de acción con total libertad y sin la intervención de las autoridades públicas. Asimismo, se establece claramente que los sindicatos no pueden ser disueltos o suspendidos por vía administrativa; deben gozar del derecho a formar federaciones y confederaciones y de afiliarse a organizaciones internacionales. La adquisición de la personalidad jurídica por los sindicatos, sus federaciones o confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza restrinjan los derechos antes referidos. En definitiva, la finalidad general del Convenio 87 es proteger la libertad sindical contra posibles injerencias del Estado, es decir, tutelar precisamente la autonomía sindical.

En este sentido son relevantes las consideraciones sobre el derecho de asociación contenido en el artículo 16 de la CADH, realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* ante la CortelDH, cuando señala que respetar el derecho de asociación no solo implica el deber de no intervención en el momento de la formación del grupo sino, el deber de no intervenir durante el desarrollo de las actividades legítimamente efectuadas y el de no imponerle a los miembros de éste, *a posteriori*, consecuencias desfavorables.¹⁵

El Convenio 98 de OIT por su parte, complementa lo dispuesto por el 87, e intenta centrar la atención en las relaciones obrero-patronales. Este Convenio protege a los trabajadores contra actos de discriminación antisindical en el empleo y estipula, en particular, que las organizaciones de trabajadores deben disponer de adecuada protección contra toda injerencia por parte de los empleadores. El Convenio además, promueve el completo desarrollo del procedimiento de negociación colectiva voluntaria, entre otras cosas. México, por las razones que hemos expuesto y sobre las cuales volvemos enseguida, a la fecha no ha ratificado el Convenio 98.

La importancia de estos dos Convenios se encuentra no sólo en su contenido, sino también así en el número de Estados partes de los mismos que, ha hecho que estos se apliquen a un gran número de países y modelos de libertad sindical delimitando los parámetros básicos de regulación. Tal es la relevancia de esta cuestión que algunas legislaciones nacionales como, por ejemplo la española, tipifica como delito la violación a este ámbito de independencia sindical.

V. Democracia sindical

Ahora bien, como lo anunciábamos antes, junto a la autonomía se ubica otro concepto, parte también del derecho de libertad sindical: la democracia sindical, en sus dos dimensiones, tanto interna como externa, es decir, en su estructura y funcionamiento y en su actuar con respecto a los poderes públicos y privados.

Hacia su interior, aparece como la exigencia para el sindicato de organizarse democráticamente. Como mencionábamos al inicio de este trabajo, se ha pensado que la búsqueda y garantía de esta exigencia, desde algún sector, llega a contradecir el principio de autonomía que hemos descrito, al atribuirse los poderes públicos la facultad de intervenir activamente

¹⁵ CortelDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, *supra* nota 7, párrafo 151, inciso I.

en la vida de los sindicatos, a través de la legislación o la actuación judicial, en aras de sancionar dicha exigencia de democracia interna. En extremo, con ésta u otra justificación, múltiples ordenamientos terminan por nulificar la autonomía original absorbiendo al ente colectivo dentro del órgano estatal, consolidando así un modelo de dirigismo sindical totalitario y vertical.

Desde otra perspectiva, la democracia sindical interna viene a ser el fundamento que potencia y permite desarrollar ampliamente al derecho de libertad sindical. Hace auténtico y da legitimidad al interés colectivo que subyace a la conformación del sindicato. La exigencia de democracia interna viene a constituirse en el "coto vedado", a partir del cual opera la autonomía sindical. Como hemos mencionado, sirve así de fundamento y límite al ejercicio de la autonomía del sindicato.

Dentro de los diversos modelos de relaciones laborales encontramos sistemas de regulación de la democracia sindical interna intervencionistas, abstencionistas o mixtos, que se definen así según la relación que guarde el par intervención-autonomía respecto de la exigencia de democracia rectora de la vida endosindical. Relación pues, entre los conceptos de autonomía y exigibilidad democrática que bien puede ser de coordinación o subordinación de uno de ellos al otro y que se traduce en el grado de permeabilidad del sindicato frente a la interferencia estatal en materia de democracia interna.

Siguiendo la argumentación de la profesora Gallardo¹⁶ puede afirmarse pues, que el establecimiento por vía normativa de ciertos mínimos de democracia puede ser congruente con el respeto de la libertad sindical entendida como autonomía siempre que dicha relación no sea de supra-subordinación. La uniformidad organizativa, establecida mediante normas rígidas que se colocan por encima de la facultad de desarrollo de la vida interna sindical a través de los estatutos, colocaría en una relación de supra-subordinación a los principios de autonomía y democracia, sacrificando a aquel en aras de un concepto preconcebido y general de este. En cambio, como apunta nuestra autora, un modelo que afronte la regulación a través de normas amplias y flexibles, que deje en manos del sindicato la posibilidad de detallar los contenidos concretos de democracia, significa a fin de cuentas respetar la especificidad de cada organización, lo cual permite colocar en relación de coordinación a ambos conceptos al establecerse normativamente determinados principios democráticos que son sujetos de ser desarrollados por el sindicato con total independencia en uso de su facultad reguladora.

¹⁶ Gallardo, R., *Democracia Sindical Interna*, *supra* nota 5, pp. 92 y ss.

Esta relación ha sido reconocida por el derecho internacional. El parámetro en los que debe darse fue fijado en particular por el Comité de Libertad Sindical de la OIT en el informe 211. En el mismo, tras analizar el artículo 3o. del Convenio 87 que prevé el derecho de las organizaciones a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir a sus representantes y formular su programa de acción sin la intervención de las autoridades públicas, sostiene de manera genérica que no son contrarias al principio de libertad-autonomía las limitaciones que se circunscriban para asegurar el respeto de las reglas democráticas en el movimiento sindical.

Como bien se ha señalado al respecto, la libertad no equivale a inmunidad, por lo que en principio, el reconocimiento de reglas democráticas impuestas como límite a la misma desde fuera por el propio Estado, no necesariamente entraría en oposición con los principios de autonomía e independencia organizativa. Lo anterior, desde luego, siempre y cuando el propio Estado cumpla con estándares democráticos y como tal esté en posición de reclamar el mismo carácter a las organizaciones que desarrollan un papel relevante en la vida social, económica y política.

Ciertamente, identificar qué elementos son los que definen el carácter democrático de una organización sindical no es tarea sencilla y, ha suscitado a nivel doctrinal opiniones diversas. Mientras que, como señala la profesora Gallardo, algunos autores, como Held,¹⁷ se inclinan a pensar que democracia interna debe ser entendida como participación, es decir, que en sus estatutos el sindicato establezca principios que permitan sistemáticamente intervenir en la toma de decisiones; otros, como Kahn Freund¹⁸ en cambio, bajo una concepción más técnica, la asocia a la existencia de procesos de elección de sus dirigentes, o sea, al procedimiento electoral como instrumento de legitimación de la dirección sindical. Dentro de este grupo, algunos más piensan que no basta con que exista dicho procedimiento para conseguir ser democrático sino que además el mismo debe contemplar la posibilidad de revocar el nombramiento y limitar la posibilidad de reelección de los representantes.¹⁹ Finalmente, desde otra línea de argumentación, algunos autores consideran que un sindicato será democrático solo si dentro de sí mismo, existe oposición entre diversos grupos o corrientes de opinión, pues, afirman, es éste equilibrio el que hace a la organización democrática.²⁰

¹⁷ Held, D., *Modelos de Democracia*, Alianza editorial, Madrid, 1991, p. 33.

¹⁸ Kahn-Freund, *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pp. 361, 380 y ss.

¹⁹ Rul-Lan Baudes, *Poder Sindical y Democracia*, ETEA, Córdoba, 1989, p. 254.

²⁰ Lipset, Trow y Coleman, *La democracia sindical. Política interna del sindicato tipográfico internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pp. 132 y ss.

En México no existen criterios claros que normen esta relación y la intervención estatal, casi siempre a través de la autoridad administrativa laboral, se ha venido dando más con el fin de controlar el quehacer de ciertos sindicatos, que con el ánimo de potenciar la democracia sindical interna, tal y como a continuación veremos.

Ahora bien, como se decía más arriba, esta exigencia de democracia tiene también una dimensión que se proyecta hacia el exterior. Supone encontrar entre los principios del Estado democrático de Derecho el respeto a la autonomía sindical protegiéndolos de la posible intervención de los poderes públicos y privados, en grado tal que la asociación profesional sea capaz de evitar a toda costa el dirigismo estatal o la sumisión total o parcial a dichos poderes. Exigencia democrática que se realiza a través de la autonomía entendida como esfera de protección negativa que da paso directamente a la idea de un pluralismo sindical abierto y que encuentra sustento en la idea que vamos desarrollando de democracia sindical interna.

Al respecto nuestra Ley Federal del Trabajo vigente establece expresamente en el artículo 357 que los trabajadores tienen el derecho a constituir sindicatos sin necesidad de autorización previa por parte de la autoridad, misma que se relaciona con el artículo 359 que prevé el derecho de los sindicatos para redactar sus estatutos y reglamentos, elegir libremente a sus representantes, organizar su administración y actividades y formular su programa de acción, lo cual parece coincidir con el requisito de extraestatalidad al que nos hemos referido antes, base del derecho de autonomía.

Empero, el artículo 365 prevé la obligación de los sindicatos de registrarse ante la autoridad laboral correspondiente entregando copias de la asamblea constitutiva y de los estatutos, la lista de los trabajadores miembros y el acta de asamblea en donde se hubiera elegido a la directiva sindical. Relacionado con esta disposición, destaca el artículo 366 que establece un catálogo cerrado de causas por las que podría negarse el registro y prevé el término que tiene la autoridad para pronunciarse al respecto. El artículo 371 también se relaciona con los dos anteriores. Este prevé el contenido mínimo de los estatutos sindicales, y, entre estas disposiciones se encuentra precisamente, en la fracción IX, la necesidad de especificar los procedimientos para la elección de la directiva sindical; la forma en que debe convocarse a la asamblea y el porcentaje por el cual deben aprobarse las decisiones según lo establece la fracción VIII; la obligación de definir estatutariamente las normas para la administración, adquisición y disposición de bienes así como la fecha en que deben presentarse las cuentas, en las propias fracciones XI y XIII e, incluso, detalla los lineamientos generales para sancionar y/o expulsar a algún miembro de la organización, de acuerdo con el proceso descrito por la fracción VII. Por su parte, el artículo 373 dispone como obligación no dispensable, el que los sindicatos rindan cuentas a la asamblea sobre su patrimonio, al menos cada seis meses.

El artículo 377 de la misma Ley establece la obligación del sindicato de proporcionar informes sobre su actuación a la autoridad laboral; de comunicar el cambio de directiva y de reportar cada tres meses las altas y bajas de sus miembros.

Se ha discutido si estas facultades que otorga la ley a la autoridad y que desde luego inciden en la independencia de la organización, tienen apoyo en el principio de democracia sindical que debe garantizarse como fundamento y límite de la propia autonomía del mismo, según hemos expuesto. Queremos pensar que esa y no otra fue la intención del legislador. Este es tema sin duda difícil de agotar en unas cuantas páginas. No obstante, en la práctica, como adelantábamos, es evidente que estas disposiciones han servido en realidad para que la autoridad registral, controle y someta políticamente al movimiento sindical, más allá de velar por garantizar la vida democrática hacia dentro del ente colectivo y en su relación con los demás actores políticos y sociales.

Apoyados en esta normativa, no solo la autoridad logró conocer a los dirigentes que parecían perseguir intereses diversos o incluso contrarios al "interés nacional", según fuera definido por los gobernantes en turno, y actuar en contra de ellos personalmente sino que, con base en estas disposiciones, la autoridad ha sido capaz de mermar la acción de todas aquellas organizaciones sindicales consideradas opositoras al régimen, reteniendo o retrasando la entrega del registro llamado "toma de nota", sin la cual – pese a no ser constitutiva de derechos sino meramente declarativa, según lo dispuesto por el artículo 357 antes referenciado y demás relativos– el sindicato se encuentra impedido para actuar, es decir, imposibilitado para ejercer los derechos fundamentales que le son propios, principalmente los de negociación y huelga. El catálogo cerrado de causas para justificar la negativa del registro, sobre todo la dispuesta por la fracción III del artículo 366 referido, es el que arbitrariamente ha servido para "legitimar" el control ejercido por la autoridad al que hacemos referencia pues, con base en ella, la autoridad se ha auto-otorgado la facultad para validar los documentos presentados por el sindicato en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 365.

De ahí que sea de vital importancia que la exigencia de democracia interna sea abierta, genérica y flexible y, que su control y verificación provenga de autoridades judiciales, no administrativas, democráticamente instituidas, imparciales e independientes.

En consonancia con lo anterior, el Convenio 87 de la OIT dispone expresamente en su artículo 2o., que las autoridades deben abstenerse de toda intervención que tienda a limitar el derecho de libertad sindical y el artículo 7o., prevé que la adquisición de personalidad jurídica por parte de los sindicatos no pueda estar sujeta a condiciones que limiten el derecho de autonomía referido. El Comité de Libertad Sindical en múltiples resoluciones ha confirmado

este derecho del sindicato salvaguardándolo contra cualquier injerencia que atente o limite su actuación y, como hemos destacado líneas antes, ha definido la forma en la que deben convivir ambos principios, el de autonomía y democracia.

Respecto al derecho de autonomía vale la pena destacar la resolución que se contiene en el informe número 350 del Comité, en el que resuelve tras analizar la queja presentada con el Gobierno Mexicano por la Federación Internacional de Trabajadores de la Industria Metalúrgica (FITIM) y del Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y similares de la República Mexicana, en el párrafo 1408 a), que la autoridad laboral mexicana incurrió en una conducta incompatible con el artículo 3o. del Convenio 87 al destituir al presidente del Comité ejecutivo del sindicato dado que la organización tiene plena libertad para elegir a sus representantes.

Nuestra Corte tradicionalmente apoyó y legalizó las constantes violaciones a la autonomía sindical perpetradas con la actuación oficiosa de la autoridad laboral en sede administrativa, en flagrante violación al Convenio referido y a los criterios emanados del Comité. No obstante, recientes resoluciones sobre casos específicos han venido sorprendiendo por su nuevo carácter mucho más acorde al discurso de los derechos humanos. En ese sentido, cabe citar la reciente resolución del 22 de agosto de este año, número 32/2011 emitida por el Pleno de la Corte y que modifica la jurisprudencia emitida por la Segunda Sala bajo el número 86/2000 pronunciada al resolver la contradicción de tesis 30/2000-SS.²¹

En el criterio jurisprudencial anterior, hoy superado, la Corte determinó entonces que la autoridad laboral podía verificar si el procedimiento de elección o cambio de directiva se encontraba apegado a las reglas estatutarias del propio sindicato o, de manera subsidiaria, a la normativa legal, fundamentalmente a lo dispuesto por los artículos 365 fracción III, 371 y 377 fracción II que hemos referido, señalando que el cotejo es imprescindible para poder otorgar el registro, sobre todo si se toma en consideración la gran importancia de la "toma de nota", ya que la certificación que la autoridad conceda, confiere a quienes se les otorga, no sólo la administración del patrimonio del sindicato, sino la defensa de sus agremiados y la suerte de los intereses sindicales.

La Corte señalaba entonces que dicha irrupción no violaba en modo alguno el derecho de libertad sindical contenido en la Constitución, o sea la autonomía, ya que, si bien justificaba

²¹ Contradicción de Tesis 30/2000-SS. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/920/920612.pdf>> (6 de julio de 2013).

la posibilidad de negar la toma de nota en caso de incumplimiento a la normativa estatutaria o a la ley, en ningún caso ello suponía la invalidación de la elección de la dirigencia al ser esta una cuestión susceptible de ser dirimida ante la autoridad jurisdiccional correspondiente. Dejaba igualmente abierta la puerta para la promoción de un amparo en contra de la resolución que resolvía negar el otorgamiento del registro o toma de nota.

Está claro que este criterio refleja el modo en que habitualmente se comporta la autoridad laboral y, sirvió de apoyo jurídico para ejercer el control administrativo estatal del movimiento sindical que se padece en nuestro país. Más si, como sabemos, se toma en cuenta que el momento y tiempo que transcurre para actuar en materia sindical al borde de una negociación o frente a un posible conflicto de huelga son vitales.

No solo el registro ha sido ilegalmente considerado como constitutivo de personería jurídica sino que, al poder ser negado unilateralmente por la autoridad registral, el sindicato queda imposibilitado para actuar hasta en tanto el juicio de amparo se resuelva, es decir, en la práctica actual, aproximadamente tres meses después. Y si a esto se suma el tiempo, muchas veces excesivo, que la autoridad administrativa se toma para resolver sobre su negativa, más allá del término dispuesto por el segundo párrafo del artículo 366, aunado a las presiones y hasta violencia ejercidas tanto por el empleador y los sindicatos oficialistas, claramente el movimiento encabezado por la referida dirigencia acaba en la práctica totalmente desarticulado.

Al respecto cabe mencionar el informe 2665, párrafo 999 del Comité de Libertad Sindical, en el que tras analizar la queja presentada por la Federación Sindical Mundial contra el Gobierno de México, en el inciso a) señala que lamenta el "retraso excesivo" del proceso judicial que impugna los resultados de las elecciones del Sindicato de Trabajadores al Servicio de los Poderes del Estado y, señala que "espera firmemente" que las autoridades judiciales dicten sentencia sin mayor dilación. Lo anterior, es clara demostración de la realidad a la que nos hemos referido y de la vital importancia que el tiempo en que se resuelve tiene para el movimiento.

Ahora bien, suponiendo, sin necesariamente concederlo, pues ahondar en el tema es también materia de otro estudio en sí mismo, que la verificación y el cumplimiento de requisitos en el proceso de elección tuviera el fin de garantizar la democracia endosindical, está claro que son los tribunales quienes deben determinarlo, no así la propia autoridad administrativa. Pese a haber suscitado gran polémica, podemos afirmar que es comúnmente aceptado, como no necesariamente violatoria de la autonomía sindical, el hecho de que la autoridad judicial sea la que dirima controversias sobre procesos internos de elección o sanción sindical a sus agremiados. Téngase así en consideración el caso del modelo Norteamericano o incluso la reacción al respecto en sistemas de abstención legislativa como son el Italiano o el Alemán

que, vía jurisprudencial o doctrinalmente, han venido aceptando y dando entrada a la actuación jurisdiccional en este tema.

Al contrario del criterio antes sustentado y a tono con esta tendencia normativa, en esta nueva resolución referida, la Corte parece dar un vuelco sustancial sumamente relevante a su criterio, modificando así la anterior jurisprudencia comentada. Cabe destacar que en sus consideraciones la Corte hace especial mención a la reciente reforma Constitucional sobre derechos humanos y funda su determinación no solo en las disposiciones constitucionales base de nuestro trabajo, es decir, el artículo 123 apartado A fracción XVI y apartado B fracción X, sino también, en el propio multicitado Convenio 87 de la OIT.

La Corte señala que la facultad de la autoridad laboral en sede administrativa consiste en confrontar los lineamientos establecidos en los estatutos o, subsidiariamente en la ley, con lo que conste en las actas, lo que significa; y subrayo, que se trata de una "verificación formal", un cotejo entre las etapas o pasos básicos del procedimiento de elección y la mera confirmación de su realización en las actas relativas, para "otorgar certidumbre de lo ahí asentado" y, concluye, afirmando que sin que esto signifique que la autoridad pueda realizar investigaciones de oficio o a petición de parte, de irregularidades de los hechos mencionados ni, y quizá esto sea lo más relevante, "pronunciarse sobre su validez", lo cual en su caso, podrá controvertirse por vía jurisdiccional por quien considere afectados sus derechos.

Es decir, queremos entender que finalmente la Corte ha quitado la potestad a la autoridad administrativa registral de negar la toma de nota unilateralmente, permitiéndole solo verificar el cumplimiento formal del mismo pero obligándola a entregar el registro solicitado aun cuando estime que existen violaciones a los estatutos o a las disposiciones legales referidas pues este tema es, como ya se decía anteriormente, materia a ser resuelta en sede jurisdiccional a instancia de quien estime violados sus derechos. De ser así, uno de los pasos hacia la consolidación de un modelo sindical autónomo que pueda avanzar hacia su democratización ha sido finalmente dado, al amparo de la reforma constitucional en derechos humanos recién aprobada. Con todo lo apuntado está claro que la resolución en comento no es desde luego suficiente pero es al menos ya el primer paso que permita abrir el camino para la transformación sustancial del modelo.

VI. Pluralismo sindical

Ahora bien, el pluralismo sindical, consecuencia de la autonomía y democracia sindical antes referida completa el triángulo propuesto inicialmente. Dicho pluralismo se refiere a la posibilidad de constituir la cantidad de sindicatos como sea necesario con el objeto de lograr la

igualdad y la emancipación anhelada por la clase obrera. Significa que los individuos son libres de crear varios sindicatos para una misma actividad profesional y de elegir entre uno o varios para lograr sus objetivos.

Su contracara, la unidad sindical, en múltiples modelos de relaciones laborales ha sido propuesta como el camino ideal que lleva a la liberación de la clase trabajadora. La identificación de tácticas, estrategias, metas y objetivos permitiría, desde esta perspectiva, la consecución de ese gran objetivo común. Al dispersarse o pluralizarse estas, la lucha por la liberación de los desposeídos se debilita. La competencia entre las diversas agrupaciones anula la posibilidad de cambio.

Sin embargo, la unidad sindical, al menos en México, ha servido para redimir el poder reivindicativo del sindicato individualmente considerado y para someter la fuerza de la negociación, condicionándola a los intereses de la "nación" o "sociedad" concebidos como unión de los poderes públicos y privados tanto económicos como sociales. Se corporativiza y dirige al movimiento desde la cúpula del poder deteniendo su libre actuar. Se obliga al sindicato a establecer compromisos como sector con la patronal y el Estado. Y al corporativizarse se totaliza y alinea con los intereses dominantes de la sociedad capitalista. La concertación social y el concepto de la organización sindical más representativa, tan utilizados en los últimos años, son claros ejemplos de la pérdida de democracia, pluralidad y potencia sindical en tanto igualitaria, durante las últimas décadas.

Por eso, el pluralismo aparece como una manifestación más de la libertad sindical que lejos de suponer un riesgo para los intereses propios de la clase trabajadora, enriquece y deja abierta la posibilidad para la búsqueda de mejores alternativas en la encomienda por lograr mejores niveles de bienestar y vida de la clase trabajadora. La unidad sindical, insistimos, normalmente se ha asociado a una concepción totalitaria de la sociedad, organicista y vertical que concibe a la Nación como un ente sin posibilidad de disidencia hacia su interior y que somete las reivindicaciones progresistas sindicales a las determinaciones del cuerpo en su conjunto.

El pluralismo sindical tiene la capacidad para traducirse jurídicamente en lo que se ha denominado pluralismo normativo producto del "uso alternativo del derecho", como bien señala el profesor Baylos. Partiendo de la idea de la constatación del conflicto social como permanente, abierto y total se reforzará la identificación del derecho producido en el seno del Estado Nación con las estructuras de poder en su conjunto. Subyace en el fondo de la concepción monista de producción normativa a cargo del Estado y la estructura tradicional de las fuentes del derecho asociado a modelos de unidad sindical, la idea de que las normas son producidas

con el fin de mantener las desigualdades preexistentes. En el Estado, desde esta perspectiva, se consideran únicamente representados los intereses económicos, sociales, políticos, etc. de la clase dominante, es decir, del capital. Como ha afirmado el profesor Baylos desde esta óptica "la crítica a la función del Estado es automática, como la negación de su función neutral respecto de la regulación de las relaciones sociales (...) El Estado se concibe como planificador social y capitalista real, lo que hace derivar un proceso de juridificación general, tendencialmente total" que acaba por disolver y relegar a segundo plano los intereses de los trabajadores.²²

Al contrario, en un sistema democrático como el que esta teoría propone a partir del pluralismo sindical, el derecho se origina no sólo en el seno del Estado Nación sino también así en sedes diversas a este, lo cual permite que este sea vivo y adquiera una verdadera dimensión de instrumento liberador. Por eso, desde esta perspectiva, la reivindicación de la autonomía de la clase trabajadora adquiere un lugar especial, como condición sin la cual la búsqueda de mejores condiciones de vida no puede llevarse a cabo.

En este sentido, se parte de la concepción de que la clase trabajadora en uso de la libertad sindical, obligará a la firma de diversos convenios colectivos, tantos, tan disímiles y plurales como sea necesario para conseguir los niveles de igualdad necesarios para potenciar el ejercicio de la libertad. Convenios producto de procesos auténticos de negociación llevados a cabo en la sociedad entre capital y sindicatos de trabajadores sin injerencia externa que constituirán una fuente más de derecho dotada con la suficiente capacidad para impactar y nutrir positiva y sustancialmente al ordenamiento jurídico Estatal. Este impacto en el monismo normativo del Estado, lo abrirá a la pluralidad representada por el interés de cada grupo en concreto.

Los sindicatos libres, instalados en esta permanente oposición con el capital, interpretan crean y dan solución a la conflictividad en uso de su facultad de autotutela, sin sentirse determinados por el marco jurídico regulador; y al realizar su labor dan origen a un ordenamiento sindical totalmente independiente, reflejo del diálogo y la negociación en las relaciones industriales de producción. Dicho ordenamiento irá constituyéndose en un verdadero contrapoder, en una alternativa al dominio hegemónico del capital asentado en el Estado Nación, que paulatinamente será asimilado por la propia normativa estatal, abierta ya a procesos de democratización real.

²² Baylos, A., *Derecho del Trabajo: Modelo para Armar*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 49 y ss.

Como anunciábamos antes, aunque no es el único, quizá el principal argumento en favor de la unidad sindical es el de evitar fracturas que debiliten al asalariado por ser éste el que mejor se acomoda para lograr alguna justificación. En nuestro país, este argumento ha sido utilizado históricamente, de manera recurrente, por diversos representantes sindicales con la finalidad encubierta de mantener al sindicato subordinado al interés nacional integrado por el binomio Estado-capital. Y así, todavía ahora encontramos grandes centrales obreras controladas por la cúpula que definen su plan de acción según lo propuesto por el ejecutivo nacional quien a su vez entrega y recibe a cambio la parte de poder y control social que le corresponde. Desde la sociología del trabajo, resulta interesante analizar la forma en que organizaciones que han nacido como independientes, con el tiempo, sin necesaria o aparentemente estar ligadas al grupo en el poder, al vincularse a algún partido político, han acabado también por corporativizarse traicionando el espíritu democrático igualitario, y en ese sentido disidente, con el que fueron en origen concebidas.

Más allá de esta situación *de facto*, como corolario final valga la pena exponer uno de los problemas a los que se enfrentó y aún se enfrenta el modelo sindical mexicano en torno a estas cuestiones. Como analizamos anteriormente, tanto el artículo 123 Constitucional en ambos apartados, A y B, como los Convenios 87 y 98 de la OIT reconocen la libertad individual de los trabajadores para formar, afiliarse o dejar de formar parte de cualquier sindicato. Pese a ello, en nuestro país durante mucho tiempo se permitió la expedición de leyes para regular las relaciones laborales entre el poder público y sus trabajadores al amparo del apartado B del artículo 123 mencionado, que establecían abiertamente la sindicación única en contravención flagrante a estos ordenamientos. El fundamento para ello lo encontraban al interpretar "integralmente" el texto constitucional, de tal suerte que con base en la fracción V del artículo 116 de la Constitución desprendían la facultad de las legislaturas estatales para expedir leyes que regularan las relaciones de trabajo entre el poder público y sus trabajadores. Además, se afirmaba, si tienen esta facultad los Estados por disposición constitucional y la Constitución no prohíbe la sindicación única, es claro que el derecho constitucional abstracto es susceptible de ser reglamentado localmente.

Es evidente que la facultad legislativa de las legislaturas locales debió ser ejercida dentro del marco dispuesto por el artículo 123 Constitucional y no en contravención al mismo, máxime tratándose de la reglamentación de un derecho fundamental. Durante años los trabajadores fueron obligados así, a formar parte del sindicato avalado por el poder estatal en aras de una estabilidad que favoreciera la instrumentación de políticas favorables al bien común, que a la postre solo arrojaron beneficios para la clase gobernante, que es la que frecuentemente en México ha detentado también el poder económico, en violación al pluralismo característico del derecho de libertad sindical en sede democrática.

Teniendo como antecedentes directos la resolución del amparo en revisión 337/94, relativo a la solicitud del registro sindical del Sindicato del Personal Académico de la Universidad de Guadalajara; el amparo en revisión 338/95 del Sindicato Solidaridad de los Trabajadores de los Poderes del Estado de Oaxaca, ambos resueltos en 1996 y el amparo en revisión 408/98 del Sindicato Nacional de Trabajadores del Servicio de Administración Tributaria en mayo de 1999, la Corte emite la tesis jurisprudencial número 43/1999.

En dicha tesis se recogen los principios fundantes de la dimensión individual del derecho de libertad sindical, a los que se ha hecho referencia a lo largo del presente trabajo, llegando a la conclusión de que el mandamiento de un solo sindicato de trabajadores al servicio del Estado por dependencia gubernativa establecido así por las leyes o estatutos laborales, viola el derecho de libertad sindical prevista por la fracción X del apartado B del artículo 123 Constitucional al restringir injustificadamente el derecho para la defensa de sus propios intereses.

La anterior tesis de jurisprudencia es congruente con el criterio sostenido por el Comité de Libertad Sindical al interpretar el Convenio 87 de la OIT. Baste como ejemplo mencionar el informe número 300, caso 1844, párrafo 244 en el que concluye recomendar, con motivo de la queja presentada por el Sindicato Único de Trabajadores de la Secretaría Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, específicamente en el inciso a) que, tanto en la legislación como en la práctica, el Gobierno adopte las medidas necesarias para que los trabajadores al servicio del Estado puedan constituir libremente organizaciones sindicales independientes y de su propia elección, y afiliarse a las mismas, tanto a nivel de base como de federaciones y fuera de toda estructura sindical existente, pudiendo determinar el número de trabajadores necesarios para constituirlo y la naturaleza del sindicato que desean constituir.

Aunque han pasado más de diez años desde entonces, poco ha cambiado la realidad laboral en nuestro país, debido en mucho al resto de "candados" que nuestra legislación y práctica dispone sobre todo en materia de alternancia sindical; sin embargo, está claro que la resolución que se comenta fue positiva para afianzar el ejercicio de la libertad sindical e iniciar el desmantelamiento del aparato corporativo organicista creado por el partido en el poder hasta entonces. El avance ha sido lento pues, claramente, pese a la alternancia de partido político en el poder, el sistema de control sindical ha convenido a quien hasta hoy lo ha detentado.

Los compromisos por la democracia suscritos previos al 2000 fueron olvidados por el entonces candidato a la Presidencia de la República quien, al llegar al poder abiertamente pactó con el sindicalismo oficial de extracción Priista al que en el discurso tanto combatió y, lo hizo, tanto como lo ha hecho desde su inicio el régimen político actual, no solo para consolidar uno de los más eficaces medios clientelares para allegarse del poder en la historia de nuestro

país, sino, para conseguir permanecer en el mismo. Muestra de ello es la falta generalizada de procesos auténticos de negociación colectiva y diálogo que acaba por mantener la profunda desigualdad social y el empobrecimiento general y permanente, económico y cultural, en el que se encuentran la gran mayoría de los trabajadores.

VII. Conclusión

A manera de conclusión podemos afirmar que los derechos laborales, en su carácter de fundamentales, exigen ser interpretados y expuestos a la luz de los principios que emanan del derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina que lo nutre. Evidentemente, es el derecho de libertad sindical el eje del modelo de regulación laboral en torno al cual giran y cobran mayor o menor eficacia el resto de los derechos contenidos en el "bloque de la laboralidad", facilitando la vigencia del resto de los derechos humanos hacia dentro de la empresa.

Los problemas jurídicos que plantea son complejos al estar implicados y relacionados con cuestiones políticas y económicas relevantes para el Estado en su conjunto y con el grado de consolidación democrática del mismo. Pero también, porque demandan una jerarquización al interior del subsistema de derechos humanos, que nos parece debiera ser orientada por el carácter "social" y democrático de la Constitución, a partir de la realidad que hoy se vive y que caracteriza de hecho al caduco modelo sindical vigente. De ahí que, en nuestra opinión, los conflictos deban ser analizados y resueltos en sede jurisdiccional de manera concreta atendiendo siempre a los factores reales que en cada caso concurren, ponderando su razonabilidad.

Es tarea de los actores sociales, pero también de nuestros tribunales, tener en cuenta todos estos elementos y avanzar en la definición de límites y ámbitos para su mejor desarrollo ya que, sin duda, su vigencia tendrá como resultado una sociedad más participativa, igualitaria y por tanto, de mayor justicia para todos.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis Aislada. 2a. LIX/2001. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN. LOS ARTÍCULOS 395 Y 413 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO QUE AUTORIZAN, RESPECTIVAMENTE, SU INCORPORACIÓN EN LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y EN LOS CONTRATOS-LEY, SON VIOLATORIOS DE LOS ARTÍCULOS 50., 90. Y 123, APARTADO A, FRACCIÓN XVI, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XIII, Mayo de 2001, p. 443. Reg. IUS 189779.
- Contradicción de Tesis 30/2000-SS. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/920/920612.pdf>> (6 de julio de 2013)

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72

Estándares sobre libertades públicas

I. Libertad de expresión

La protección de la libertad de expresión reconoce el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Tiene una dimensión individual y una dimensión social, es decir, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

No es un derecho absoluto ya que se prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Debe demostrarse la estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción; la idoneidad y finalidad de la restricción; la necesidad de la medida utilizada y la estricta proporcionalidad de la medida.

En cuanto a las sanciones privativas de la libertad ha establecido que si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben

formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. No se estima contraria a la CADH cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación.

En relación a los medios de comunicación social, estos juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan. Asimismo, ha considerado que dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo.

Respecto a la libertad de expresión y la función pública se han generado una serie de interpretaciones de este derecho en relación con los funcionarios públicos que resaltan la importancia del control democrático que se ejerce por parte de la opinión pública para el fomento de la transparencia de las actividades estatales y promover la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político sobre cuestiones de interés público aunque subsisten los límites establecidos. La amplitud de tolerancia se pondera en consideración de la importancia democrática que tiene el debate político.

Los límites de la crítica se extienden si ésta se refiere a temas de interés público, funcionarios públicos o a personas que desempeñan un papel importante para las sociedades democráticas una sociedad democrática que están expuestas a un control y vigilancia de sus actividades y manifestaciones serán más amplios que si se refieren a personas que no tengan este papel. Por lo tanto debe de considerarse un sistema dual de protección que distinga entre las personas y sus actividades.

La libertad de expresión tiene ciertos límites cuando se pondera con el derecho a la no discriminación: el discurso de odio está prohibido tajantemente y se establece una la obligación

de los Estados de prohibir en las leyes este discurso y sancionar a las violaciones a esta prohibición. En otros aspectos de la relación entre estos dos derechos se ha determinado que el uso difundido de ciertos términos en ningún caso puede traducirse en un supuesto de exclusión del tamiz de control de constitucionalidad. El lenguaje discriminatorio constituye una categoría de expresiones ofensivas u oprobiosas, impertinentes en un mensaje determinado, y absolutamente vejatorias. Se caracteriza por destacar categorías referidas a grupos sociales mediante elecciones lingüísticas que denotan un rechazo social a ese grupo como el origen étnico o nacional, el género, las discapacidades, la condición social, la religión y las preferencias sexuales y, por tanto, trascienden a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables como individuos dentro de la colectividad. No se refiere a las críticas que se realicen con calificativos o afirmaciones fuertes, pues la libertad de expresión resulta más valiosa ante expresiones que puedan molestar o disgustar pero que tienen permisibilidad constitucional. Las expresiones que no alcanzan esta protección son aquellas que conllevan un menosprecio personal o una vejación injustificada, una inferencia cruel.

El discurso homófono es un límite a la libertad de expresión y consiste en la emisión de una serie de calificativos y valoraciones críticas relativas a la condición homosexual y a su conducta sexual, en un sentido burlesco y ofensivo, de inferioridad o exclusión y no como una opción sexual personal válida dentro de una sociedad democrática, plural e incluyente, sino como una condición de inferioridad o de exclusión, constituyen manifestaciones discriminatorias, toda vez que una categoría como la preferencia sexual, respecto a la cual la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresamente veda cualquier discriminación en torno a la misma, no puede ser válidamente empleada como un aspecto de diferenciación peyorativa. Así, tomando en consideración la protección constitucional expresa a la preferencia sexual de los individuos, es que la misma no puede constituir un dato pertinente para la calificación social de una persona. Por tanto, al tratarse la homosexualidad de una forma de sexualidad tan legítima como la heterosexualidad, puede concluirse que aquellas expresiones homófobas, esto es, que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio. Los discursos del odio son aquellos que incitan a la violencia -física, verbal, psicológica, entre otras- contra los ciudadanos en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos.

La diferencia entre las expresiones en las que se manifieste un rechazo hacia ciertas personas o grupos y los discursos del odio, consiste en que mientras las primeras pueden resultar contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, generando incluso molestia o inconformidad

en torno a su contenido, su finalidad se agota en la simple fijación de una postura, mientras que los segundos se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones de violencia en todas sus manifestaciones. Resulta posible que se presenten escenarios en los cuales determinadas expresiones que en otro contexto podrían conformar un discurso homófobo, pueden ser empleadas en estudios y análisis científicos, u obras literarias o de naturaleza artística.

Los medios de comunicación tienen una responsabilidad especial para evitar la propagación del discurso discriminatorio, pues se trata de entidades cuyas opiniones suelen imponerse en la sociedad, dominando la opinión pública y generando creencias; juegan un papel fundamental en la formación de una cultura pública que propicie la disminución y en la erradicación de discursos discriminatorios.

II. Derecho de petición

Todo gobernado podrá dirigirse a las autoridades con la certeza de que recibirá una respuesta por escrito a la solicitud que formula. En realidad, el derecho de petición no se limita únicamente a la facultad de pedir algo a la autoridad, ya que el derecho público subjetivo que consagra aquel precepto, bien lo podríamos denominar derecho de respuesta o más precisamente 'derecho de recibir respuesta', pues la Constitución otorga la facultad de exigir jurídicamente que la autoridad responda a la petición que se le hace. En términos generales, el derecho de petición se refiere al requerimiento que hace el gobernado para que la autoridad, de modo congruente, atienda y dé contestación por escrito a la solicitud del peticionario.

Los funcionarios y empleados públicos deben respetar el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. La riqueza del derecho de petición se manifiesta al constatar que sus diversas modalidades dan origen a las más variadas formas de relación institucional entre gobernantes y gobernados, y al crear las fórmulas para garantizar a los segundos la respuesta eficiente y expedita de parte de las autoridades del Estado a la formulación de sus requerimientos. El derecho de petición es el sustento de gran parte de las relaciones jurídicas entre gobernantes y gobernados; constituye el mecanismo por el cual los particulares realizan toda clase de trámites frente a las autoridades y ponen en movimiento a los órganos del Estado, sean estos judiciales, administrativos, e incluso, en algunos casos, legislativos.

En cuanto a la protección al acceso a la información, al reconocerse expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones se protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el

acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención Americana. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso y conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. La entrega de información a una persona puede permitir a su vez que la información circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla ya que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.

En cuanto a violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes. Asimismo, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada.

III. Libertad de asociación

Las personas tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Se trata, pues, del derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad.

De la libertad de asociación se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita. Además, dicha libertad, sólo puede estar sujeta a restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, y que se establezcan en interés de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral pública o de

los derechos o libertades de los demás. Asimismo, consideró que en materia laboral, la libertad de asociación comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse.

El derecho de asociación comprende también el derecho de toda persona a formar y participar libremente en organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales orientados a la vigilancia, denuncia y promoción de los derechos humanos. Dada la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humanos en las sociedades democráticas, el libre y pleno ejercicio de este derecho impone a los Estados el deber de crear condiciones legales y fácticas en las cuales puedan desarrollar libremente su función.

La libertad de asociación política garantiza la formación de asociaciones de diversas tendencias ideológicas, que fortalecen la vida democrática del país. Esta libertad permite que cualquier ciudadano pueda ser parte de esas organizaciones, o bien que pueda crear su propia organización o asociación.

IV. Libertad de circulación y tránsito

El derecho de circulación y de residencia, establecido en el artículo 22.1 de la CADH, es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. Dicho artículo contempla, *inter alia*, lo siguiente: a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en él y escoger su lugar de residencia, y b) el derecho de éstos de ingresar, permanecer y salir del territorio del Estado sin interferencia ilegal. Así, el disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo.

En cuanto a las personas en situación irregular, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.

Los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones potenciales

o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos. Respecto a las consecuencias de dicha situación de vulnerabilidad, es de notar que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, inter alia, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia.

Los Estados pueden iniciar acciones contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal y establecer que los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia. Lo anterior es aún más relevante, si se tiene en cuenta que en el ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante.

V. Libertad de profesar convicciones, fundamentales, libertad religiosa y libertad de culto

La libertad religiosa es la libertad de sostener y cultivar las creencias religiosas que cada uno considere, libertad que también incluye la de cambiar de creencias religiosas. El precepto encierra, además, tanto una referencia a la dimensión interna de la libertad religiosa como a su dimensión externa. La faceta interna de la libertad religiosa se relaciona íntimamente con la libertad ideológica y, aunque es difícil de definir de un modo que sea general y a la vez útil, atiende a la capacidad de los individuos para desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino. Ello no significa que nuestro texto constitucional proteja sólo el desarrollo de ideas, actitudes y planes de vida religiosos, en contraposición a ideas y actitudes ateas o agnósticas; así como los derechos de reunión, asociación o expresión protegen tanto la posibilidad de reunirse, fundar y pertenecer a asociaciones y expresarse como la opción de los que prefieren no hacerlo, la Constitución protege la opción de no desarrollar los contenidos del derecho a la libertad religiosa, lo cual por otro lado viene asegurado por la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1o.

En esta vertiente interna, la libertad religiosa es de algún modo ilimitada, puesto que el Estado no tiene medios directos para cambiar, imponer o eliminar lo que el individuo desarrolla en su más irreductible ámbito de intimidad: su pensamiento. Sin embargo, existen

medios por los cuales el Estado y los particulares moldean de hecho las creencias de las personas y, en los casos en los que, por el tipo de fines perseguidos o por los medios usados el impacto sobre esta dimensión sea empíricamente ostensible y sobrepase los niveles ordinarios, no puede descartarse que la dimensión interna cobre relevancia para el control de constitucionalidad de normas y actos.

Respecto a la dimensión o proyección externa de la libertad religiosa, es múltiple y se entrelaza de modo estrecho, en muchas ocasiones, con el ejercicio de otros derechos individuales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión o la libertad de enseñanza. Una proyección típica y específica, pero en modo alguno única, que la Constitución menciona expresamente es la libertad de culto, que se refiere a la libertad para practicar las ceremonias, ritos y reuniones que se asocian con el cultivo de determinadas creencias religiosas.

El derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. 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.

VI. Derechos político-electorales

El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.

La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte, y constituye un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. Los derechos políticos protegidos en la CADH, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

En cuando el ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, éstos se encuentran íntimamente ligados entre sí, ya que es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.

Pueden establecerse estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en que cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.

No existe disposición en la CADH que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado.

Principales referentes jurisprudenciales

- Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
- Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.
- Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de julio de 2009. Serie C No. 201.
- Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

- Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.
- SCJN. Amparo Directo 28/2010 AMPARO DIRECTO 28/2010 Ministro PONENTE: ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA. Secretario: JAVIER MIJANGOS Y GONZÁLEZ. Primera Sala. SCJN México. 23 de noviembre 2011.
- SCJN. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 6/2004 Y SU ACUMULADA 9/2004. PONENTE MINISTRO: JUAN DÍAZ ROMERO. SECRETARIOS: PEDRO ALBERTO NAVA MALAGÓN LAURA GARCÍA VELASCO. México. 16 de marzo de 2004.
- Tesis 1a. LX/2007. LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Febrero de 2007, p. 654. Registro IUS 173 253.
- Tesis: 1a. CLXXXVIII/2013 (10a.) LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL USO DIFUNDIDO DE EXPRESIONES HABITUALES DE UNA SOCIEDAD NO LAS EXCLUYE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 550. Registro No. 2 003 630.
- Tesis: 1a. CXLVI/2013 (10a.) LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES ABSOLUTAMENTE VEJATORIAS SE ACTUALIZAN NO SÓLO MEDIANTE REFERENCIAS A PERSONAS EN CONCRETO, SINO INCLUSO AL HACER INFERENCIAS SOBRE COLECTIVIDADES O GRUPOS RECONOCIBLES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, México; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 556. Registro No. 2 003 639.
- Tesis: 1a. CXLVII/2013 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL LENGUAJE DISCRIMINATORIO SE CARACTERIZA POR DESTACAR CATEGORÍAS DE LAS SEÑALADAS EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, MEDIANTE ELECCIONES LINGÜÍSTICAS QUE DENOTAN UN RECHAZO SOCIAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, México, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 549. Registro No. 2 003 629.

- Tesis: 1a. CXLIV/2013 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES OFENSIVAS U OPROBIOSAS SON AQUELLAS QUE CONLLEVAN UN MENOSPRECIO PERSONAL O UNA VEJACIÓN INJUSTIFICADA. 10a. Época, 1a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 557. Registro No. 2 003 641.
- Tesis 1a. CXLVIII/2013 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL DISCURSO HOMÓFobo CONSTITUYE UNA CATEGORÍA DE LENGUAJE DISCRIMINATORIO Y, EN OCASIONES, DE DISCURSOS DEL ODIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 547. Registro No. 2 003 626.
- Tesis 1a. CL/2013 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ACTUALIZACIÓN, CARACTERÍSTICAS Y ALCANCES DE LOS DISCURSOS DEL ODIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, México, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 545. Registro No. 2 003 623.
- Tesis 1a. CXLIX/2013. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL DISCURSO HOMÓFobo NO SE ACTUALIZA CUANDO LAS EXPRESIONES SE UTILIZAN PARA FINES CIENTÍFICOS, LITERARIOS O ARTÍSTICOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 548. Registro No. 2 003 627.
- Tesis 1a. CLXIII/2013 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN JUEGAN UN PAPEL FUNDAMENTAL PARA LA DISMINUCIÓN Y ERRADICACIÓN DEL LENGUAJE DISCRIMINATORIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 558. Registro No. 2 003 642.

La libertad de expresión y sus límites

Francisca POU GIMÉNEZ*

* Profesora asociada de Derecho Constitucional, ITAM. Agradezco a Eugenio Velasco Ibarra Argüelles su magnífica asistencia en la elaboración de este artículo. La sección II y algunas partes de la sección III se apoyan en una versión previa (Pou Giménez, Francisca, "Libertad de pensamiento y expresión: dimensiones y límites. Censura previa e incriminación de ideas" en *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los derechos humanos. Recopilación de ensayos*. México, SCJN / OACNUDH, 2011), pero el presente trabajo analiza casos no abordados en esa ocasión, cambia parcialmente el enfoque y adiciona comentarios al estudio de cada caso.

SUMARIO: I. *Fuentes de construcción del contenido del derecho.* II. *Los estándares interamericanos.* III. *Jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* IV. *Conclusión.*

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Declaración de Principios para la Libertad de Expresión.

I. Fuentes de construcción del contenido del derecho

Las principales *fuentes textuales* de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental o humano en México son los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución"), 19 y 20 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana").¹ Para adentrarnos en el análisis jurídico de esta libertad, es conveniente referir brevemente las

¹ Hablamos de fuentes principales porque existen otros tratados de derechos humanos que pueden influir en el ámbito de la libertad de expresión, porque además, como veremos, existen fuentes secundarias o complementarias de fuente internacional (Declaraciones, observaciones generales de los Comités, jurisprudencia...) y porque dentro de las fuentes primarias de fuente interna habría que determinar el papel que pueden jugar las previsiones de las constituciones locales. De las 31 constituciones estatales mexicanas, 14 protegen de alguna manera la libertad de expresión. El impacto del federalismo y del constitucionalismo estatal en el ámbito de los derechos fundamentales en México es un tema infra-teorizado, que tampoco ha sido suficientemente explorado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pueden consultarse, por ejemplo: Gámiz Parral, Máximo, *Derecho constitucional y administrativo de las entidades federativas*, México, IIJ-UNAM, 2003; García Ricci, Diego, "La soberanía estatal, la Constitución local y la justicia constitucional en los estados de la República mexicana", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 5, pp. 109-138; González Blanco, Carlos, "Protección constitucional local", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Vega Hernández, Rodolfo (coords.), *Justicia constitucional local*, México, Fundap, 2003; y Martí Capitanachi, Luz del Carmen, "Las Constituciones locales en el sistema federal ¿son verdaderas Constituciones?", Serna De La Garza, José María (coord.) *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ- UNAM, 2002, pp. 645-661, pero la cuestión debe ser íntegramente reconsiderada a la luz de los contenidos del artículo 1o. de la CPEUM tras la reforma de junio del 2011.

semejanzas y diferencias que guardan estos textos y decir algo acerca de su modo de interacción dentro del bloque de normas de rango constitucional que alberga los grandes principios normativos desde los cuales debe ser construido y aplicado el resto del ordenamiento jurídico.²

El primer párrafo del artículo 6 de la CPEUM dispone que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, con excepción de cuando ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; que el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley y que el derecho a la información –cuyo pleno ejercicio la Federación, los Estados y el Distrito Federal deben garantizar conforme a las bases establecidas en los párrafos siguientes—³ será garantizado por el Estado. El artículo 7, por su parte, declara que la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia es inviolable y que ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. El artículo añade que en ningún caso se puede secuestrar la imprenta como instrumento del delito y enfatiza que:

las leyes orgánicas deben incluir las disposiciones necesarias para evitar que, so pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

² La reforma de junio de 2011 incorporó al artículo 1o. de la CPEUM la previsión según la cual quedan protegidos los derechos humanos en ella contenidos y los previstos en los tratados internacionales de que México sea parte. Para referir esta conjunción de fuentes del derecho se está empezando a usar en México la noción de "bloque de la constitucionalidad". Sobre los significados de esta noción en el derecho comparado, véase por ejemplo: Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994; Favoreu, Louis, "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, núm. 5, enero-marzo, pp. 45 y ss.; Bon, Pierre, "Francia", Eliseo Aja (ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 137 y ss.; Uprimny Yepes, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, 1997. Disponible en: <<http://www.dejusticia.org>> (19 de junio de 2013); Estrada Vélez, Sergio Iván, *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, Medellín, Universidad de Medellín, 2006; Gutiérrez Beltrán, Andrés Mauricio, *El bloque de constitucionalidad, conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

³ El derecho a la información en sus facetas específicas no será abordado en este capítulo. En un sentido, el derecho a informarse está presupuesto en el derecho a formar las propias opiniones y a difundir tanto opiniones como hechos; en esta dimensión su relación con la libre expresión es clara y será naturalmente cubierto por nuestro análisis. Hay sin embargo una vertiente del derecho a la información que es más abiertamente prestacional, en tanto garantiza a los ciudadanos que tendrán a su disposición información, dentro de ciertos estándares de calidad y cantidad. Por ello se dice que es un derecho de doble vía, tanto a informarse como a ser informado, lo cual pone en cabeza del Estado una serie de obligaciones: regular la conducta de los poderes privados con el objetivo de que no "desinformen", regular y hasta subvencionar los medios de comunicación para garantizar la existencia de información plural y suficiente, etcétera. El Estado tiene también obligaciones específicas respecto de la información que está en sus manos (información pública gubernamental), algunas de las cuales están explícitas ahora en los párrafos segundo y siguientes del artículo 6 constitucional.

Algunas de las diferencias entre los dos preceptos parecen claras: el artículo 6 se refiere sólo a las "ideas" mientras que el 7 parece tener una vocación más amplia al referirse a la publicación de escritos sobre "cualquier materia"; el artículo 6, sin embargo, cubre la manifestación de ideas por cualquier medio expresivo mientras que el 7 se refiere a los medios escritos; el artículo 6 dirige prohibiciones a las autoridades judiciales y administrativas mientras que el 7 abarca más al referir lo que no puede hacer "ninguna ley ni autoridad" (en general); el artículo 6 se refiere al derecho de réplica y el artículo 7 no. Algunas de las semejanzas también son evidentes, en particular la referencia en ambos casos a una serie de conceptos generales que se identifican como base sustentante de posibles límites al derecho: derechos de tercero, provocación de un delito, perturbación del orden público, vida privada, moral, paz pública. En general, el artículo 7 puede tomarse como una proyección específica de la formulación general del artículo 6, que viene a subrayar una de sus instanciaciones históricamente centrales: la libertad de expresión por medio impreso –la libertad de imprenta–;⁴ su formulación terminológica conversa con realidades que el ejercicio de la libertad de imprenta hacía relevantes en un momento histórico ya pasado, pero no por ello deja de transmitir exitosamente un énfasis que debe seguir considerándose central para la comprensión del derecho: el carácter absolutamente excepcional que deben tener las restricciones al derecho a expresarse y –como atestigua el esfuerzo ejemplificativo desarrollado en el segundo párrafo del artículo– la proscripción de tipos de acción gubernamental orientadas a entorpecer su ejercicio por vías indirectas.

Afortunadamente no es necesario embarcarse en una operación interpretativa compleja encaminada a explorar la posible relevancia práctica de las anteriores diferencias y semejanzas porque las fuentes textuales de la libertad de expresión en el derecho internacional de los derechos humanos son mucho más tersas y abarcativas. Ello permite tomarlas como referencia

⁴ La libertad de imprenta tiene una presencia muy distintiva en el constitucionalismo histórico, lo cual puede explicar su permanencia –fundamentalmente redundante, dado el tenor general del artículo 6o. y las previsiones de los tratados– en el texto constitucional actual. Las constituciones liberales del siglo XIX fueron escritas con la idea de que su contenido propio era establecer la organización del Estado, no listar derechos, aunque estos fueran "previos" y definieran el sentido básico de la empresa constitucional desde la base filosófica contractualista. Por decirlo en términos contemporáneos, esas constituciones tenían "partes orgánicas" extensísimas y "partes dogmáticas" exiguas. Con todo, la libertad de imprenta es una de las previsiones invariablemente incluidas en las segundas, desde los textos más antiguos. Así, la Constitución de Cádiz contenía pocas (aunque innovadoras e importantes) referencias directas a los derechos, y entre ellas está la libertad de imprenta: "Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior previa a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes" (art. 371). La Constitución de Apatzingán, con una parte dogmática algo más extensa, la consagraba en el artículo 40: "por consiguiente, la libertad de hablar, de discutir y de publicar sus opiniones por medio de la imprenta, no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que en sus producciones ataque el dogma, turbe la tranquilidad pública u ofenda el honor de los ciudadanos". La Constitución de 1824, íntegramente centrada en la organización de los poderes del Estado, incluía al listar en su artículo 50 las facultades exclusivas del Congreso la de "3. Proteger y arreglar la libertad política de imprenta, de modo que jamás se pueda suspender su ejercicio, y mucho menos abolirse en ninguno de los estados ni territorios de la federación".

básica en el contexto de una Constitución que les confiere su misma fuerza normativa y que explícitamente dispone que la construcción de los derechos debe tratar de alcanzar la versión más robusta posible de ellos.⁵ Una lectura conjunta, *pro-persona*, del texto constitucional y del PIDCP⁶ y la CADH⁷ nos permite agrupar sus contenidos en unos pocos rubros, que resumen disposiciones total o parcialmente superpuestas:

- a) Protección *muy amplia* (contenido y forma): se declara protegida la libertad de expresión como derecho que incluye la más amplia libertad de pensar y de transmitir todo tipo de ideas (mensajes expresivos, opiniones, juicios de valor) e informaciones (sobre ideas o sobre hechos) por cualquier medio que lo permita. (19 PIDCP, 13 CADH, 6 CPEUM).
- b) Dos reglas específicas sobre *contenidos no protegidos*: no puede en ningún caso considerarse protegida la propaganda en favor de la guerra, la apología del odio nacional,

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, reforma publicada el 10 de junio de 2011, art. 1, párr. segundo.

⁶ El artículo 19 del PIDCP dispone lo siguiente: "1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". El artículo 20, por su parte, dispone lo siguiente: "1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley". ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁷ Artículo 13 de la CADH (Libertad de Pensamiento y Expresión) dispone: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". El artículo 14 (Derecho de Rectificación o Respuesta) establece: "1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial". OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (20 PIDCP) o incitación a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional" (13 CADH).

- c) Protección *muy enérgica*: se destaca el carácter de excepción que deben tener los límites a esta libertad (6 y 7 CPEUM), la obligación de que estén fijados por una ley (19 PIDCP y 13 CADH) y que guarden una relación de "necesidad" (en contraste con estándares más laxos, como la conveniencia, o la relación racional) con los objetivos que podrían invocarse como bases para la limitación del derecho. Se subraya además que no pueden establecerse límites por medios indirectos (13 CADH y 7 CPEUM).
- d) *Lista cerrada* de motivos que pueden invocarse para establecer *limitaciones al derecho*: respeto a los derechos de los demás (con mención especial a la reputación y a la vida privada), seguridad nacional, orden público o salud o moral pública (19 PIDCP, 13 CADH, 6 y 7 CPEUM).
- e) Regla específica sobre *tipos de regulación del derecho no admisibles*: la libertad de expresión no puede ser objeto de controles previos; la infracción de límites legítimos a la misma sólo puede generar responsabilidades ulteriores, esto es, posteriores al acto de expresión (7 CPEUM y 13 CADH). La proscripción de la censura previa no está en el PIDCP pero sí en la CPEUM (para el caso de la libertad de imprenta) y en la CADH (exceptuado el acceso a los espectáculos públicos, que pueden ser sometidos a control previo para fines de protección moral de la infancia y la adolescencia) y, al ser una determinación más protectora del derecho, debe ser la que cuente desde una perspectiva *pro-persona*.
- f) Obligación de incluir en la regulación estatal relativa a la libre expresión el *derecho de réplica o rectificación* (6 CPEUM y 14 CADH). El derecho de réplica es el derecho de las personas que se sienten afectadas por la publicación en un medio de comunicación de una información que consideran incorrecta a solicitar su corrección en ese mismo medio. Puede interpretarse como un mecanismo que facilita la armonización del ejercicio del derecho a la libre expresión con otros derechos y bienes y como el medio menos invasivo para corregir eventuales extralimitaciones en su ejercicio.⁸

⁸ Aunque se han presentado varias iniciativas en las cámaras, en México todavía no hay ley reguladora del derecho de réplica, ni a nivel federal ni a nivel estatal o del Distrito Federal.

No parece haber complejidades graves, entonces, en el juego intra-constitucional de normas cuando de la consagración nuclear de la libertad de expresión se trata: los significados son fundamentalmente coincidentes y claros. Ciudadanos y operadores jurídicos tienen que saber, sin embargo, que hay otros contenidos en la Constitución mexicana y en los tratados que será necesario considerar junto a los anteriores cuando nos interroguemos por la sustancia y los contornos de la libertad de expresión en los casos concretos. Por dar algunos ejemplos, las disposiciones constitucionales sobre inviolabilidad parlamentaria (61 CPEUM), financiación de los partidos políticos y control de las campañas (41 CPEUM), los "derechos [fundamentales] de los demás" a que los artículos citados en las páginas anteriores hacen referencia, las disposiciones sobre la actividad política de las personas extranjeras (33 CPEUM), los actos de culto público celebrados fuera de los templos (24 CPEUM) o las restricciones a los ministros de culto (130 CPEUM), entre otras, pueden jugar un papel relevante dentro del abanico de normas que harán parte de la premisa normativa relevante en muchos casos concretos.

Además, existen fuentes textuales secundarias cuyo contenido debe ser cuidadosamente revisado: la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000 y la Observación General No. 34 adoptada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 2011 (que reemplazó la Observación General No. 10 adoptada en 1983), con criterios interpretativos importantes sobre el contenido del artículo 19 del PIDCP.

La revisión de las bases textuales de un derecho fundamental –aunque sea imprescindible y deba presidir toda operación orientada a explorar su significación e implicaciones– no informa por sí misma, sin embargo, de su "vida" real o esperada. Como se ha dicho, en ninguna área del derecho constitucional es la aproximación estrechamente "positivista"-literalista más estéril que en la de los derechos fundamentales.⁹ "Los derechos fundamentales", destaca en la misma línea Luis María Díez-Picazo "son una rama del ordenamiento de elaboración esencialmente jurisprudencial";¹⁰ los textos son meros puntos de partida y son las *fuentes jurisprudenciales* las que proporcionan "el cuadro normativo acabado".¹¹ Como advierte este autor, sin embargo, la identificación de normas jurisprudenciales relevantes exige la revisión de una habitualmente ingente cantidad de sentencias y obliga al intérprete a intentar "navegar cuidadosamente por un estrecho canal: entre la Escila de sucumbir a las generalizaciones excesivas y el Caribdis de perderse en multitud de detalles anecdóticos".¹²

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2a. edición, Madrid, Trotta, 1997, p. 76.

¹⁰ Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 25.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

Esta fundada advertencia explica el enfoque que preside el resto de este estudio. La necesidad de destacar grandes líneas por encima del mar del casuismo será atendida al tiempo que se hace la cobertura de uno de los dos grandes cuerpos jurisprudenciales relevantes: la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH). Ciudadanos y juristas necesitan acercarse a los casos que involucren libertad de expresión con la ayuda de un conjunto de estándares generales que dibujen una imagen general del derecho, y es especialmente adecuado destilarlos sobre la base del cuerpo decisorio interamericano porque –como veremos– los propios órganos del sistema han hecho ya una labor muy valiosa en ese plano y porque estos estándares recogen un mínimo obligatorio al cual todos los Estados parte de la Convención, en términos de su artículo 2, deben adecuar su ordenamiento interno.¹³

Pero es necesario suplementar el acercamiento a la libertad de expresión basado en la identificación de estándares abstractos. El alcance de las reglas aplicables a un caso debe derivar de un examen de tales formulaciones a la luz de los casos de que derivaron y de los nuevos que se van enfrentando. Los derechos –normas con estructura de "principio"– son mandatos de optimización que marcan cursos de acción *prima facie*, y la solución normativa final en un caso exigirá optimizar las posibilidades fácticas y normativas existentes, marcadas en parte por la necesidad de atender principios que juegan en sentido opuesto.¹⁴ En México, la transmisión de criterios jurisprudenciales sobre la base de "tesis" y la persistencia de una cultura jurídica desatenta a los hechos no facilita el avance hacia una práctica constitucional consecuente con esa manera de operar del "derecho de los derechos" y más satisfactoria en términos de su garantía.¹⁵ Pero los jueces tienen que saber que la emisión de una decisión correcta en materia de libertad de expresión no pasa por citar diez casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") o por invocar abstractamente el "test tripartito", sino por entender que comprometerse con su garantía –por citar ejemplos vistos en el SIDH– impide condenar por calumnia al autor de un libro que critica la actuación de las autoridades en la investigación de varios homicidios (*Eduardo Kimel*) o llamar difamador a un candidato electoral por haber cuestionado la idoneidad de su contrincante

¹³ Aunque como hemos señalado, las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos son más que las que emanan de la Corte y la Comisión interamericanas, estas últimas son especialmente relevantes porque se insertan en un sistema institucionalmente más exigente o intenso, en comparación con el sistema general, en cuyo contexto además la libertad de expresión tiene una protección comparativamente reforzada, lo cual la convierte en la referencia primera desde una perspectiva *pro-persona* que privilegie las normas que otorgan mayor cobertura.

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad" en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

¹⁵ Tomo la expresión entrecomillada del título del libro de Bernal Pulido, Carlos, *El derecho...*, *op. cit.*

(Ricardo Canese), o que obliga a las autoridades a omitir pronunciamientos que puedan colocar a medios y periodistas en condiciones de vulnerabilidad real y a protegerlos de situaciones de riesgo provocadas por particulares (Perozo).¹⁶ La emisión de una decisión bien justificada en materia de libertad de expresión pasa, en todos los casos, por evaluar cuidadosamente los hechos y pensar qué implicaciones tiene proyectar sobre ellos uno u otro estándar. Para ello es imprescindible enfocar detalles e interiorizar ejemplos y en el contexto de este trabajo sugeriremos el tipo de ejercicio que va implicado en ello describiendo con algún detalle siete casos de referencia resueltos en los pasados años por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN). Todos ellos abordan facetas centrales del derecho que nos ocupa y son poderosamente informativos respecto de sus dimensiones, contenidos y límites.

Cuatro rápidas *observaciones* finales resultan necesarias. La primera es que abordar los criterios de la justicia constitucional mexicana sobre la libertad de expresión exigiría abordar, claro está, además de los de la SCJN, los emitidos por jueces de distrito, tribunales unitarios y colegiados, tribunales electorales (estatales, federales o del Distrito Federal) y tribunales del fuero común —quienes, tras la transformación del modelo de justicia constitucional en los términos especificados por la SCJN en el *Varios 912/2010* se incorporan al cuerpo decisorio relevante—. ¹⁷ En una estructura judicial altamente jerárquica, sin embargo, en cuyo contexto la SCJN emite criterios que inmediatamente determinan los contornos del cuerpo jurídico vinculante, analizar con cuidado sus sentencias es más importante que hacer un inventario exhaustivo de lo que la totalidad de los jueces de constitucionalidad han dicho —más si, como he destacado antes al referirme al juego de los principios en un Estado constitucional, se entiende bien el tipo de orientación (nunca predeterminación) que la resolución de casos pasados ofrece para la resolución de los futuros—.

La segunda es que hay sentencias de la SCJN que, teniendo que ver con libre expresión, quedarán fuera, en particular las referidas a normas electorales —a los que habría que añadir

¹⁶ En relación con este punto vale la pena recordar que, como han documentado con profundidad los Relatores Especiales en la materia (tanto de la ONU como de la CIDH), la situación de los periodistas en México es una de las más graves del mundo. Véase CIDH. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México 2010* de 7 de marzo de 2011. OEA/Ser.L/V/II Doc. 5. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/ShowDocument.asp?DocumentID=229>> (19 de junio de 2013). Esta situación ha impulsado en el Congreso mexicano la discusión de reformas al artículo 73 CPEUM para federalizar la persecución de delitos que se cometen contra ellos.

¹⁷ Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183. Para una magnífica descripción del cambio de modelo, tanto en términos de control de convencionalidad como de constitucionalidad, véase Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ- UNAM, 2011.

los muchos casos de libertad de expresión que en México resuelve la justicia electoral—,¹⁸ los relativos a infraestructuras de comunicación¹⁹ y algunos pocos relacionados con temas similares a los abordados en las resoluciones que sí comentaremos detenidamente.²⁰

La tercera es que existe un abanico amplio de cuestiones que hacen parte ordinaria del litigio contemporáneo en materia de libre expresión y que no han sido objeto todavía de una judicialización significativa en México. Son innumerables las dimensiones del derecho y los casos paradigmáticos de conflictos cuya existencia conocemos por la experiencia comparada, en estrecha conexión con un cuerpo de reflexión académica (histórica y contemporánea) casi inabarcable —en este punto casi podríamos hablar de *fuentes doctrinales* del derecho—. ²¹

¹⁸ En la medida que el diseño, administración y uso del sistema electoral determinan las condiciones de ejercicio de los derechos políticos, la libertad de expresión incluida, es siempre relevante examinar las decisiones en ese ámbito desde la perspectiva de la segunda. Lo distintivo de México es la extensión y densidad de lo electoral, administrado por una red extensísima de organismos (IFE y sus homólogos en los Estados y el D.F.) y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (y sus salas y los tribunales homólogos de los Estados y del D.F.), que emiten resoluciones todo el tiempo, no sólo cuando hay elecciones. Desde hace un tiempo, además, el artículo 41 CPEUM establece en su apartado C que "en la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas" (a parte de una prohibición de emisión de propaganda gubernamental durante las campañas), añadiendo el apartado D que su contravención será sancionada por el IFE mediante procesos expeditos que pueden incluir la cancelación de las transmisiones. Claramente las decisiones de las instituciones electorales en aplicación de ellas son importantes decisiones sobre la libertad de expresión. En referencia a ello, véase, por ejemplo, Córdova, Lorenzo y Salazar, Pedro (coords.), *La democracia sin garantes. Las autoridades vs. la reforma electoral*. México, IJ-UNAM, 2009.

¹⁹ Con seguridad la más conocida es la Ejecutoria: P/J. 46/2007 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006. SENADORES INTEGRANTES DE LA QUINCUGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, p. 1623. Reg. IUS. 20382 (un análisis de ella en Zambrana Castañeda, Andrea, "Libertad de pensamiento y expresión: monopolios de medios de comunicación (Análisis de la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006)" *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos. Recopilación de Ensayos*, México, SCJN-OACNUDH, 2011, pp. 385-403).

²⁰ Por ejemplo, el Amparo Directo 1/2010. Sentencia definitiva 8 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=115002>> (19 de junio de 2013); Amparo Directo en Revisión 1057/2010. Sentencia Definitiva 10 de agosto de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117945>> (19 de junio de 2013); Amparo Directo en Revisión 17/2011. Sentencia Definitiva 18 de mayo de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123732>> (19 de junio de 2013).

²¹ Destacar algunas referencias bibliográficas entre las decenas y decenas que deberían anotarse en un campo como el que nos ocupa será por necesidad un ejercicio simplista, más si no distingue por área geográfica, momento histórico y temática específica. Con todos estos descargos, recomendamos consultar: Alexander, Larry, *Is There a Right of Freedom of Expression? [Existe un derecho a la libertad de expresión?]*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005; Barendt, Eric, *Freedom of Speech [Libertad de Expresión]*, Nueva York, 2a. edición, Oxford University Press, 2005; Bollinger, Lee C. y Stone, Geoffrey R., *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era [Eterno vigilante: Libertad de Expresión en la era moderna]*. Chicago, Chicago University Press, 2002; Botero, Catalina, et. al., *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. Bogotá, Legis, 2006; Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution. [Ley de Libertades. La lectura moral de la Constitución Americana]*. Cambridge, Harvard University Press, 1997; Eberle, Edward J., *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States [Dignidad y Libertad: Visiones constitucionales en Alemania y los Estados Unidos de América]*. Westport, Praeger, 2002; Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997; Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999; Fiss, Owen, *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010; Lichtenberg, Judith, "Foundations and Limits of Freedom of the Press" [Fundación y límites de la libertad de expresión], Lichtenberg, Judith (ed.) *Democracy in the Mass Media Democracia y Medios de Comunicación*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; Meiklejohn, Alexander, *Free Speech and Its Relation to Self-Government [Libertad de Expresión y su relación con el autogobierno]*,

La exploración del impacto de la libre expresión en la administración de justicia (acceso a información de sumario, relación entre los "juicios paralelos" en la prensa y la presunción de inocencia), el ejercicio de la libertad de expresión frente a empleadores privados (escuelas confesionales, estructuras gubernamentales), la libertad de expresión en internet, las relaciones entre libre expresión y propiedad intelectual, el alcance de las garantías profesionales de los periodistas (reserva de fuentes, cláusula de conciencia), el impacto expresivo de la infiltración masiva del dinero en las campañas políticas, el estatus de los discursos "negacionistas" o de los discursos de odio; la relación entre libre expresión y libertad artística, la investigación científica o la publicidad comercial, la relación entre la libre expresión y pluralidad lingüística o el régimen de los secretos oficiales, entre muchos otros –y por no hablar de la dimensión metodológica de la justicia constitucional en esta materia, que contrasta modos de adjudicación "definicionales" con los basados en el principio de proporcionalidad²² son temas no abordados por las decisiones que serán exploradas en este trabajo.

La cuarta es, finalmente, que no hay que ser acrílicos frente a las fuentes jurisprudenciales que veremos a continuación. Con todo y la importancia de lo dicho por los máximos jueces de constitucionalidad y convencionalidad, en una democracia constitucional son sólo un participante en una práctica institucional y ciudadana más amplia. Pensemos, por ejemplo, en la inmensa influencia que la reconstrucción de las bases filosóficas de justificación de la libertad de expresión ha tenido en su operatividad práctica –su relación con la idea de autogobierno colectivo, con las fuentes de la identidad personal, etcétera–; la exploración de sus implicaciones cotidianas, fuente constante de renovación en la práctica constitucional, debe ser el resultado de la participación de muchos actores.

II. Los estándares interamericanos

La Corte Interamericana ha emitido más de quince sentencias de referencia en materia de libertad de expresión. Las más relevantes desde una perspectiva interesada en conocer las

Nueva York, Harper Brothers, 1948; MacKinnon, Catharine A., *Only Words* [Solo palabras], London, Harper Collins, 1995; Mill, John Stuart, "Of the Liberty of Thought and Discussion" [De la libertad de pensamiento y discusión], *On Liberty and Other Essays* [Sobre la libertad y otros ensayos]. Oxford, Oxford University Press, 1991; Moon, Richard, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression* [La protección constitucional de la libertad de expresión], Toronto, Toronto University Press, 2002; Pech, Laurent, *La Liberté d'Expression et sa Limitation* [La libertad de expresión y sus limitaciones], Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de Clermont-Ferrand, 2003; Post, Robert C., "The Constitutional Status of Commercial Speech" [El estatus constitucional de la publicidad], *The University of California Law Review*, California, núm. 48, págs. 1 y ss.; Salvador Coderch, Pablo, *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1993; Schauer, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* [Libertad de Expresión: Una Pregunta Filosófica], Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

²² Véanse, por ejemplo, subrayando este punto, este tema: Errera, Roger, "Freedom of speech in Europe" [Libertad de Expresión en Europa], Nolte, George (ed.), *European and US Constitutionalism* [Constitucionalismo Europeo y Nortamericano], Nueva York, Cambridge University Press, 2005; Schauer, Frederick, "Freedom of expression in Europe and the US: a case study in comparative constitutional architecture" [Libertad de Expresión en Europa y Estados Unidos de América: Un caso de estudio en la arquitectura constitucional], Nolte, George (ed.), *European and US Constitutionalism* [Constitucionalismo Europeo y Nortamericano]. Nueva York, Cambridge University Press, 2005.

implicaciones básicas de comprometerse con la difusión desinhibida de conocimiento y pensamiento son, quizá, las dictadas en los casos *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, *Eduardo Kimel Vs. Argentina*, *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, *Olmedo Bustos y otros Vs. Chile* ("La última Tentación de Cristo"), *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, *Tristán Donoso Vs. Panamá*, *Palamara Iribarne Vs. Chile*, *Perozo y otros Vs. Venezuela*, *Ríos y otros Vs. Venezuela*, *Usón Ramírez Vs. Venezuela* y, recientemente, *Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*.²³ A ellas hay que añadir, sin duda, la Opinión Consultiva OC-5/85 (*La colegiación obligatoria de periodistas*)²⁴ y el Capítulo V del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) del año 1994 (Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos).

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en adelante RELE), en el contexto institucional de la CIDH, ha elaborado una compilación de estándares, exhaustiva, clara y bien estructurada que sintetiza los criterios y contenidos de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en la materia y, cuando es pertinente, los emanados de los informes de la CIDH.²⁵ Damos cuenta a continuación de sus principales puntos de enfoque.

La RELE ha destacado, en primer lugar, la frecuencia con que los órganos del sistema interamericano han subrayado la centralidad que tiene la libertad de expresión en el continente, al cumplir este derecho una valiosísima *triple función*: a) en primer lugar, es un medio básico de autodefinition, imprescindible para poder construir, con los demás, el modelo de vida que uno quiere seguir y el modelo de sociedad en la que uno quiere vivir; b) en segundo lugar, guarda una relación estructural con el funcionamiento del sistema democrático, en

²³ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151; Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193; Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194; Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195; Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

²⁴ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

²⁵ La compilación está en el Capítulo III de los Informes del 2008 y del 2009. En lo que sigue los sintetizo en la versión que aparece en el Informe del 2009. En el año 2010, la Relatoría publicó la obra *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión* como un compendio sistematizado y actualizado de la jurisprudencia interamericana sobre el contenido y los alcances de este derecho, tal y como apareció en los informes antes mencionados.

tanto una ciudadanía libre e informada es imprescindible para deliberar y votar sobre los asuntos que nos conciernen a todos, y su garantía reforzada es necesaria para que exista un control efectivo de la gestión pública y la conducta de los funcionarios; finalmente c) es un ingrediente necesario para el adecuado ejercicio de otros derechos fundamentales (participación, libertad religiosa, educación, igualdad en el goce de derechos básicos, etcétera).²⁶

La jurisprudencia interamericana ha perfilado también las características básicas de este derecho en lo que atañe a su titularidad, tipos de discursos protegidos o especialmente protegidos, deberes y responsabilidades y, sobre todo, ha desarrollado una sólida teoría acerca de las estrictas condiciones que los límites al derecho deben satisfacer para resultar compatibles con la CADH. Todo ello se ha ido desarrollando y concretando al hilo de la resolución de casos protagonizados por Estados que habían incurrido en cursos de acción limitadores (por vía directa o indirecta) del derecho, o los habían tolerado.

Respecto a la *titularidad* del derecho, los órganos del sistema han subrayado que se trata de un derecho que tienen todas las personas –y no sólo, por ejemplo, un determinado grupo profesional– y que además ampara tanto al sujeto activo de la comunicación como al pasivo, puesto que incluye tanto la posibilidad de comunicar las ideas y datos como el derecho a recibir y conocer las ideas e informaciones que transmitan los demás. Es por ello que se hace hincapié en la doble dimensión –individual y colectiva– de la libertad de expresión, en tanto se trata de una libertad cuyas instancias de ejercicio tienen siempre una dimensión y una repercusión simultáneamente individual y colectiva.²⁷ Los operadores jurídicos tienen que saber que esto es esencial: al resolver un caso hay que tomar en consideración que lo que se determine en él tiene una repercusión en las condiciones de disfrute colectivo de esta libertad especialmente fuerte e inmediata.

En cuanto al tipo de expresión que cae definicionalmente dentro del ámbito protegido, y de conformidad con las amplias previsiones del artículo 13 de la CADH respecto de las *formas de expresión*, la jurisprudencia del sistema clarifica que se trata de expresión por cualquier medio posible de difusión. Las sentencias de la Corte IDH y los informes de la CIDH han tenido oportunidad de referirse específicamente al derecho a hablar y a hacerlo en la lengua que uno elija; el derecho a escribir; el derecho a difundir lo que uno piensa o escribe –lo cual obliga al Estado a garantizar esa posibilidad evitando la prohibición o regulación desmedida de los medios de difusión que los particulares pueden tener a bien escoger–; el derecho a la

²⁶ CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo III*. 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser. L./V/II/Doc. 51, párrs. 6-10.

²⁷ *Ibid.*, párrs. 11-17.

expresión artística y simbólica y el derecho a acceder a la misma; el derecho a buscar y recibir información, en particular la que está en poder del Estado; el derecho a acceder a las informaciones sobre uno mismo contenida en bases de datos públicas o privadas y el derecho a poseer información, transportarla y distribuirla.²⁸

Si la protección por razones de forma expresiva es amplia, también lo es cuando tomamos en consideración el *contenido expresivo*. Sobre la base de que, en principio, todo tipo de discurso goza de protección –incluido el que es chocante, ofensivo o perturbador– la jurisprudencia ha enfatizado que existen tipos de expresión merecedores de una *protección especial o reforzada* –a raíz de eso a veces se habla de la existencia de un "sistema dual" de protección–. El primero es el discurso político y sobre cuestiones de interés público y el segundo es el discurso referido a funcionarios en ejercicio de sus funciones, candidatos a puestos públicos y en general, al Estado o sus instituciones. Es claro que la necesidad de calificar de especialmente protegida la difusión de informaciones y pensamientos relacionados con estos temas guarda una conexión directa con la segunda de las funciones del derecho antes identificada: la función estructural de la libertad de expresión en un sistema democrático –su carácter de ingrediente imprescindible para el mantenimiento de una ciudadanía informada capaz de deliberar activa y abiertamente sobre los asuntos de interés público, en el contexto de sociedades donde existan los medios para evaluar y controlar el desempeño de los gobernantes–.²⁹ Al resolver casos en los que las autoridades señalaban la existencia de derechos o intereses estatales supuestamente justificadores de la restricción o eliminación de conductas críticas con el Estado o estimadas invasivas por parte de otros ciudadanos, la Corte IDH y la CIDH han insistido en lo esencial de garantizar la circulación desinhibida de mensajes sobre cuestiones políticas y de interés público, y el modo en que la dimensión o funcionalidad colectiva de la libertad de expresión tiene que pesar en la evaluación de los conflictos de derechos entre las partes.³⁰

El tercer tipo de discurso especialmente protegido es el relacionado con la expresión de aspectos que las personas asocian con su identidad y con la dignidad personal, lo cual hace objeto de especial consideración, por ejemplo, el derecho de los miembros de una etnia a expresarse en su lengua propia, el discurso relacionado con la libertad de conciencia y religión, la identidad de género y la orientación sexual de las personas.³¹ Sobra decir que la protección del discurso relacionado con la expresión de la identidad cultural y lingüística es especial-

²⁸ *Ibid.*, párrs. 20-30.

²⁹ *Ibid.*, párrs. 31-53.

³⁰ Como destaca la RELE, en todos los casos en los que la Corte IDH ha examinado conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor o reputación de las personas que ocupan cargos públicos ha encontrado a la primera digna de prevalecer (*ibid.*, párr. 119).

³¹ *Ibid.*, párrs. 54-57.

mente relevante en un país cuya constitución contiene previsiones como las incorporadas al artículo 2 CPEUM.

En contraste –tal y como destaca la compilación de la RELE sobre la base de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 13 de la CADH y en otros convenios regionales e internacionales de derechos humanos– deben dejarse *fuera del ámbito de protección* del derecho la propaganda de guerra o la apología del odio que constituya una incitación a la violencia, la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil.³²

Especialmente importante es describir los trazos básicos de la teoría de los *límites* a la libertad de expresión en el contexto del SIDH. Resumidamente, la jurisprudencia del SIDH condiciona la legitimidad de las limitaciones al cumplimiento de un *test tripartito* enmarcado en una regla general. La regla general, extraída de los artículos 13 y 30 de la CADH, estipula que cualquier restricción a la libertad de expresión debe incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática, esto es, debe juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas.³³ Esta exigencia general se traduce en la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la lupa de un *test* –derivado de las previsiones del artículo 13.2 CADH– integrado por los siguientes tres requisitos:³⁴

- a) Las limitaciones deben constar en *normas de rango legal, redactadas de manera clara y precisa*.

Ello implica que la ley debe establecer de forma diáfana y precisa por qué motivos las personas pueden eventualmente incurrir en responsabilidad por la expresión de opiniones o hechos, de modo que la gente tenga plena seguridad jurídica al respecto. Las normas vagas o ambiguas disuaden por un lado a las personas, que pueden tener miedo a ser sancionadas, y otorgan, por el otro, facultades discrecionales a las autoridades demasiado amplias. Cuando las normas involucradas son penales, la Corte IDH ha señalado que deben cumplirse del modo más estricto posible las exigencias del principio de legalidad penal y ha declarado, por ejemplo, la incompatibilidad con la CADH de un delito de injurias que no especificaba los elementos que constituían la conducta típica, ni si era relevante que el sujeto imputara hechos atentatorios del honor o si bastaba una opinión ofensiva o menospreciante, o si era necesario que existiera un dolo específico, todo lo cual creaba demasiadas dudas y abría irrazonablemente el campo de arbitrio de la autoridad.³⁵

³² *Ibid.*, párrs. 58-61.

³³ *Ibid.*, párr. 67.

³⁴ *Ibid.*, párrs. 63-90.

³⁵ *Ibid.*, párrs. 73-74.

- b) Las limitaciones deben estar orientadas a alcanzar *objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

De conformidad con el artículo 13.2 de la CADH estos objetivos son "el respeto a los derechos o la reputación de los demás" y la "protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Sin embargo, la Corte IDH ha enfatizado que los Estados no pueden interpretar de cualquier modo estas expresiones y ha dado lineamientos al respecto. La Corte Interamericana ha dicho, por ejemplo, que la noción de "orden público" debe ser interpretada de una forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el pluralismo y la necesidad de preservar el objeto y fin del tratado. Además, la apelación al orden público no puede dar cobertura a conjeturas: los supuestos ataques al mismo deben relacionarse con causas reales y verificables, que representen una amenaza cierta de perturbación grave de la dinámica democrática. En lo que atañe a la causal relacionada con "los derechos de los demás", la Corte Interamericana ha exigido que los derechos a que se apela estén claramente lesionados o amenazados (extremo que debe ser probado por quien desea limitarlos) y que se apliquen con pulcritud los criterios de armonización contenidos en el test tripartito que estamos describiendo, con particular atención a los requisitos de necesidad y proporcionalidad a que nos referiremos de inmediato.³⁶

- c) Las limitaciones deben ser *idóneas y necesarias* en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se persiguen y *estrictamente proporcionadas* a la finalidad buscada.

La necesidad de que sean *idóneas* exige el uso de medidas efectivamente conducentes al objetivo imperioso que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión y el requisito de que sean *necesarias* exige revisar que no existan medios menos restrictivos que permitan alcanzarlo (no es suficiente que una medida sea útil, razonable o oportuna). Finalmente, la *estricta proporcionalidad* de las medidas limitadoras exige evaluar si el sacrificio de la libertad de expresión que conlleva una medida es desmedido cuando se ponderan las ventajas que se obtienen mediante ella.³⁷ Se trata de la conocida necesidad de evaluar los grados de afectación a los distintos derechos, su posición normativa abstracta y la ponderación en el caso de sus respectivas exigencias normativas.

La jurisprudencia de la Corte IDH provee muchas guías concretas acerca de la posición respectiva de ciertos derechos y acerca de medios más y menos restrictivos de limitación de la

³⁶ *Ibid.*, párrs. 77-83.

³⁷ *Ibid.*, párrs. 85-90.

libre expresión. Así, y en congruencia con su postura acerca de los discursos especialmente protegidos, ha destacado que el derecho a la reputación de los funcionarios públicos raramente tiene el peso suficiente para justificar restricciones al derecho del artículo 13 de la CADH porque se trata de personas que asumieron voluntariamente una posición que lleva implícita la recepción de críticas, y porque esa posición les provee, ordinariamente, los medios necesarios para reaccionar y dar explicaciones sobre hechos que los involucren.³⁸ Esta atribución de un umbral *prima facie* menor de protección de la reputación no depende, ha apuntado la Corte Interamericana, de la calidad del sujeto sino del interés público de las actividades que realiza y la necesidad de asegurar un debate desinhibido sobre los asuntos públicos.³⁹ También ha destacado que otorgar una protección "automática" al Estado o sus instituciones vulnera el artículo 13 de la CADH.⁴⁰

Además, la Corte IDH ha apuntado que la vía menos restrictiva en todos los casos es acudir al *derecho de rectificación* (también llamado derecho de respuesta o de réplica) previsto en el artículo 14 de la CADH. Sólo si la misma es insuficiente y se acredita la existencia de un daño grave derivado de cursos de acción con intención de dañar o grave desprecio por la verdad puede decretarse *responsabilidad civil*. Esta última, en cualquier caso, no puede acarrear sanciones de tal proporción que sean inhibitorias; las sanciones deben tener una finalidad reparadora –no sancionadora– y deben reposar en un correcto entendimiento de temas como el tratamiento de la veracidad informativa, la necesidad de que la expresión cuestionada supere el estándar de la "real malicia" (intención de hacer daño o evidente desprecio por la verdad), el adecuado reparto de las cargas de la prueba en los procesos, etcétera.⁴¹ La posición respecto de los mecanismos de exigencia de *responsabilidad penal* es, esperablemente, muy restrictiva. La Corte IDH no la ha descartado *in toto* –esto es, no ha declarado contraria a la CADH la adopción de cualquier tipo de medida penal– pero en todos los casos abordados la ha declarado un mecanismo incapaz de superar el test tripartito.⁴² En cuanto a la CIDH y por lo que concierne, en específico, al discurso sobre funcionarios públicos o asuntos de interés público, su posición es taxativa: la utilización de mecanismos penales vulnera en sí misma el artículo 13 CADH.⁴³

³⁸ *Ibid.*, párrs. 103-106.

³⁹ *Ibid.*, 106.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 107.

⁴¹ *Ibid.*, párrs. 80, 110-111.

⁴² *Ibid.*, párrs. 112-114, 117 y ss.

⁴³ *Ibid.*, párr. 115 y 135 y ss. Además, véase: CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994. Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 17 febrero 1995. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev.

La jurisprudencia interamericana ha señalado que *otros tipos de limitación incumplen, categorialmente, las condiciones del test tripartito*, y por lo tanto son contrarias al artículo 13 CADH. Así, se ha destacado que las limitaciones no pueden constituir censura previa, ni ser discriminatorias o tener efectos discriminatorios, ni venir impuestas por medios indirectos, y deben tener carácter excepcional.⁴⁴

La prohibición de *censura previa* es una regla de esencial relevancia para entender a cabalidad la lógica normativa que debe presidir la evaluación de las normas o actuaciones que inciden sobre la libertad de expresión. Salvo por la angosta excepción prevista en el artículo 13.4 CADH (control del acceso a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia) las medidas de control sobre esta libertad deben venir siempre en forma de exigencia de responsabilidades *posteriores* a quien la haya ejercido de un modo abusivo. En ningún caso puede haber controles previos o preventivos (por vía directa o indirecta) sobre la difusión de opiniones e informaciones.

La obligación de desterrar las *restricciones indirectas* a la libertad de expresión es también especialmente relevante. Los documentos del SIDH en la materia aluden expresamente a una fuente "clásica" de restricciones indirectas: la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad o créditos oficiales, la regulación de las prebendas arancelarias y el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión.⁴⁵ La Corte Interamericana ha dejado sentado, por su parte, que la responsabilidad del Estado por restricciones indirectas puede traer causa de actos de personas particulares cuando el Estado no cumple con sus deberes de *protección y garantía*, esto es, cuando ante riesgos previsibles o inmediatos no entra en acción, aun si los funcionarios que generan o toleran las prácticas restrictivas no derivan ventajas personales de su curso de acción.⁴⁶ Especial importancia tiene que el Estado, ante la existencia de comportamientos que ponen el riesgo el ejercicio del periodismo, tome las acciones necesarias para atajarlos y bloquear así las restricciones directas o indirectas que pueden inhibir o imposibilitar el ejercicio profesional de estos cruciales agentes de formación de información y opinión.⁴⁷

La jurisprudencia interamericana da textura, profundidad y concreción a todos los elementos de la "teoría de los límites" que ha quedado aquí apuntada de forma esquemática. Es preciso subrayar, sin embargo, que por el momento los criterios más detallados provienen preponderantemente de casos en los que la libertad de expresión venía analíticamente contrapuesta

⁴⁴ *Ibid.*, párrs. 91-99.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 97. Véase el Principio 13 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 98.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 179.

al derecho al *honor o protección de la reputación* (de los funcionarios públicos, candidatos, militares, etcétera). La Corte IDH apenas ha comenzado a desarrollar criterios sobre conflictos entre expresión e intimidad o propia imagen, a partir del caso *Fonvecchia y D'Amico Vs. Argentina*—a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha hecho exploraciones en un campo más amplio—.⁴⁸ La trepidante dinámica del SIDH, en cualquier caso, hace prever que el abanico de derechos e intereses estatales que serán analizados a la luz o en contraposición al derecho a la libertad de expresión aumentará muy pronto.

III. Jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La libertad de expresión tiene un lugar distintivo en el ámbito de la todavía escasa jurisprudencia de la SCJN en materia de derechos fundamentales. En su contexto hemos pasado en pocos años de resoluciones ambiguas o directamente cuestionables, a resoluciones que se hacen eco de los estándares del SIDH y de las bases consensuadas del constitucionalismo,⁴⁹ ofreciendo interesantes ejemplos del tipo de cuestiones que debe abordar el desarrollo de una práctica constitucional comprometida con su protección.

Los criterios vertidos en las sentencias que veremos orientan certeramente, por ejemplo, acerca de la aplicación del estándar de la prohibición de censura previa y la prohibición de restricciones indirectas (el caso del repartidor de octavillas y el de las esquelas) o acerca de cómo deben abordarse casos que conciernen a personas públicas o involucradas en asuntos de interés público, en varias de las modalidades en las que esta condición puede darse (políticos y funcionarios o exfuncionarios públicos, exprimera dama, periódicos y revistas de amplia circulación, etcétera). Todos los casos menos los dos primeros comparten una semejanza estructural: son amparos que derivan de juicios de responsabilidad civil extracontractual en los que se debate si la emisión y divulgación de ciertas informaciones u opiniones vulnera los derechos a la reputación (honor) o a la intimidad de otras personas, de modo tal que amerite la concesión de una indemnización.⁵⁰ Son casos que se deciden bajo las previsiones genéricas

⁴⁸ Para un análisis comparativo del estado de la cuestión en el sistema europeo y en el interamericano, véase, por ejemplo, Jiménez Ulloa, Adriana Consuelo, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁴⁹ La evolución no es solamente sustantiva —relativa al entendimiento del alcance del derecho— sino metodológica, en tanto muestra que la Corte va adentrándose en un universo de maneras de aplicar las normas constitucionales completamente que hace sólo diez años no usaba, haciéndose cargo de que el ordenamiento incluye normas de estructura y funcionalidad jurídica principal y de normas de fuente interna y de fuente internacional.

⁵⁰ No hay casos todavía sobre derecho a la imagen, pero el derecho está involucrado en algunos casos pendientes de resolución. La Primera Sala de la Corte ejerció la facultad de atraer el conocimiento de dos amparos Facultad de Atracción 107/2010. Decisión del 24 de noviembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=120055>> (19 de junio de 2013) y Facultad de Atracción 108/2010.

de los códigos civiles sobre responsabilidad por daños (quien incurra en un hecho ilícito que cause un daño debe indemnizarlo) o bajo "leyes de imprenta" muy antiguas cuyas previsiones, habiendo sido dictadas como normas penales, son ahora usadas en juicios de naturaleza civil para establecer si ciertos hechos pueden considerarse un "acto ilícito" ligado causalmente con un daño alegado, material o inmaterial ("moral").

Las sentencias muestran la necesidad de considerar simultáneamente dos ejes de análisis: en el plano del *contenido* de lo expresado o informado, debe analizarse si el discurso es merecedor de protección reforzada u ordinaria –las sentencias se hacen eco del estándar de protección "dual" interamericano según el cual ciertos contenidos expresivos merecen de entrada una protección mayor–;⁵¹ en el plano de los *sujetos*, debe ponderarse la simetría o asimetría de las partes: no es lo mismo que se enfrente un particular con un poder público o con un medio de comunicación, dos medios de comunicación entre sí, dos o más personajes públicos entre sí, personajes públicos con medios de comunicación, etcétera. La posición funcional o institucional de los sujetos influye en su capacidad de difundir ideas y reaccionar a las difundidas por los demás y ello tiene relevancia en el análisis constitucional.

Pero las sentencias de la SCJN orientan sobre algo más, porque examinan la compatibilidad con la libertad de expresión del marco de normas de rango legal que debe usarse para la resolución ordinaria de casos que la involucran y en varios casos (en el caso *Acámbaro*, en particular, donde se declara inaplicable por inconstitucional una ley de imprenta)⁵² se declaran incompatibles con la Constitución. Con el tiempo esto debería ser algo verdaderamente excepcional. A medida que se deroguen o se dejen de aplicar las leyes de imprenta y los delitos de injurias, difamación y calumnias sean derogados o reformados,⁵³ los tribunales deberían

Decisión del 24 de noviembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntolD=120058>> (19 de junio de 2013) que corresponden a los Amparo Directo 3/2011. Sentencia definitiva 30 de enero de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntolD=124353>> (19 de junio de 2013) y Amparo Directo 4/2011. Sentencia definitiva 30 de enero de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntolD=124458>> (19 de junio de 2013). Estos amparos derivan de un juicio ordinario civil en el que se reclama de una escritora y una casa editorial una indemnización del daño que habría ocasionado la publicación de fotografías de la actora en el juicio natural en un libro. Presumiblemente los asuntos permitirán a la Corte pronunciarse sobre el alcance de la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad y analizar la constitucionalidad de varios artículos de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

⁵¹ En el ámbito comparado también se habla a menudo de tipos de expresión con un valor *prima facie* disminuido. El discurso comercial, por ejemplo (la contratación y difusión de publicidad), a veces se deja fuera del ámbito de la libre expresión, pero más frecuentemente queda incluido pero con un potencial de resistencia menor frente a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

⁵² En el caso *bandera*, faltó un voto para hacer lo propio con el delito de injurias a los símbolos patrios.

⁵³ Los delitos de injurias, difamación y calumnias fueron derogados del Código Penal Federal en abril de 2007. Subsisten en los códigos penales de 14 entidades federativas (en algunos casos reformados): Baja California, Baja California Sur, Campeche, Colima, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Nayarit, Nuevo León, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

poder dejar de ocuparse de cuestiones de "marco" para concentrarse en realizar o revisar los ejercicios de adjudicación realizados en su contexto. El marco legal ordinario serán leyes específicas como la emitida en el Distrito Federal⁵⁴ (en la medida que se concluya que ellas, en tanto marco, no son constitucionalmente reprochables) o las cláusulas generales sobre responsabilidad civil por daños. No es sobrero recordar cómo debe abordarse la aplicación simultánea de ley y Constitución en estos últimos casos: la determinación de si en un caso existe o no el "acto ilícito" al que la ley se refiere debe ser el resultado de una ponderación constitucional previa de derechos. Cuando el examen de los hechos del caso a la luz de los derechos fundamentales afectados no arroje una extralimitación, no existirá hecho o acto "ilícito" y no habrá lugar a abordar las siguientes etapas del análisis legal propio del derecho de daños.

1. El caso bandera: normas penales que amordazan la expresión

En el año 2005 la SCJN emitió una sentencia cuyo fallo y confección argumental deben ser profundamente lamentados pero que suscitó en su seno una discusión que encierra la clave de la evolución jurisprudencial posterior –con el tiempo las posiciones minoritarias, apegadas a los estándares interamericanos, se han convertido en mayoritarias–⁵⁵ y su análisis es muy útil para contrastar la resolución de un mismo caso en sentido compatible con la libre expresión y en un sentido que no lo es.

Los hechos son bien conocidos: la publicación en una revista de Campeche de un poema con referencias a la bandera mexicana derivó en el dictado auto de sujeción a proceso según el cual el autor era presunto responsable del delito de "ultraje a las insignias nacionales" previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal (en adelante CPF).⁵⁶ El afectado interpuso un amparo tanto por violación a la libertad de expresión como a las garantías del proceso penal y la prohibición de penas infamantes, inusitadas o trascendentales. Tras un sobreseimiento de juicio en primera instancia, levantado en revisión por el Tribunal Colegiado, la SCJN estuvo en aptitud de evaluar la compatibilidad del artículo citado con la Constitución.

Por tres votos contra dos, la Primera Sala determinó que el artículo no vulneraba la libertad de expresión ni contenía una norma excesivamente vaga. La Primera Sala sostuvo que el bien

⁵⁴ *Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal*, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 19 de mayo 2006.

⁵⁵ Amparo en Revisión 2676/2003. Sentencia definitiva 5 de octubre de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=62928>> (19 de junio de 2013).

⁵⁶ El artículo dispone: "[a] que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicarán de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez".

jurídico tutelado por la norma penal era la "dignidad de la Nación", apuntó que gozaba de fundamento constitucional y que debía tomarse como un límite automático a la libertad de expresión porque dos normas de igual rango se exceptuaban entre sí⁵⁷ y porque le parecía claro que los artículos 6 y 7 de la Constitución acotaban la libertad de expresión, demostrando la voluntad del constituyente de establecer "una regulación jurídica que impida al Estado imponer sanciones por el sólo hecho de expresar ideas, pero también hacer jurídicamente responsable a quien emite su opinión si de ello derivan consecuencias antijurídicas, como los ataques a la moral, a los derechos de tercero, la provocación de un delito o la perturbación del orden público".⁵⁸ Reconociendo que en otros sistemas jurídicos artículos como el examinado habían sido declarados inconstitucionales, la SCJN sostuvo que ello obedecía a que las constituciones respectivas, a diferencia de la mexicana, no contenían un mandato expreso de salvaguardar los emblemas frente a acciones ultrajantes,⁵⁹ incluso con normas del orden penal –según, tras poner en relación varios preceptos,⁶⁰ la SCJN hallaba en la Constitución–.⁶¹ La Primera Sala tampoco detectó problemas de vaguedad para determinar el significado de "ultraje" y estimó que no era posible examinar cuestiones de proporcionalidad de la pena porque el poeta se había amparado contra un auto de sujeción a proceso, no contra una sentencia definitiva.⁶²

Los ministros Cossío Díaz y Silva Meza suscribieron un enfático voto particular que acogía la teoría estándar sobre la libertad de expresión, destacaba su funcionalidad múltiple y su particular conexión con la dinámica democrática, citaba normas interamericanas y recordaba la especial protección que merecen los discursos que inciden en la esfera política. El voto también destacaba el impulso *pro-libertate* en la redacción de los artículos 6 y 7, y daba lineamientos acerca de cómo interpretar nociones como "ataque a la moral", "ataque a los derechos de tercero", "provocación de algún delito" y "perturbación del orden público" para evitar que su aplicación o su regulación legislativa acabara por negar el derecho involucrado.⁶³ Los disidentes estimaban que el artículo 191 CPF no era una concreción legítima de límites a la libre expresión: "una norma penal cuyo indeterminado alcance incide y limita el *significado político* de la bandera [...] va mucho más allá de cualquier entendimiento razonable de lo que pueda entenderse cubierto por la necesidad de preservar la moral pública".⁶⁴ Los disidentes desvirtuaban

⁵⁷ Amparo en revisión 2676/2006... *supra* nota 55, p. 95 de la sentencia.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 97.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 127.

⁶⁰ Artículos 3, 73, fracción XXIX-B y 130, párrafo segundo, inciso e) de la CPEUM.

⁶¹ Amparo en revisión 2676/2006..., *supra* nota 55, pp. 125-126 de la sentencia.

⁶² *Ibid.*, p. 128.

⁶³ *Ibid.*, Voto de minoría de los ministros Cossío Díaz y Silva Meza, pp. 4-5.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 9.

la construcción argumental con la cual la mayoría había calificado a la bandera como un bien constitucionalmente protegido y, reconociendo que el Estado puede reconocer su papel simbólico o cohesivo,⁶⁵ sostenían que el derecho penal no podía estar entre los medios usados a tal efecto si quería preservarse la libertad individual, y menos mediante normas expuestas en términos vagos que además contemplaban sanciones excesivas; una norma que no indicaba con claridad cuándo un comportamiento podía ser incluido por las autoridades bajo la amplia noción de "ultraje" a la bandera nacional condenaba a los ciudadanos a la autocensura".⁶⁶

El "caso bandera" es tanto un caso de libre expresión artística como un caso de discurso político o relacionado con temas de interés público. Como destaqué en otra ocasión,⁶⁷ se trataba de un caso fácil, pues involucraba expresión lingüística (no conducta expresiva no lingüística, como en los casos de quema de banderas, cruces o cartillas militares), porque la norma examinada tenía un impacto central sobre la expresión (no periférico); porque se trataba de una regulación de contenido (no de forma, modo y circunstancias) y porque el mensaje tenía una dimensión política indudable (en contraposición a contenidos estructuralmente menos centrales). El mensaje tenía además un destinatario no individualizado, lo cual excluía tener que entrar en juicios ponderativos con los derechos de la personalidad y se vehiculaba por un conducto sumamente clásico —el medio impreso— lo cual excluía las cuestiones que pueden derivar del uso de determinados soportes expresivos.⁶⁸ Y por encima de todo, la norma examinada era una norma penal muy vaga que imponía una pena dentro de márgenes que daban alta discrecionalidad al juez y muy elevada en su extremo (cuatro años de prisión).

La decisión es, entonces, indudablemente criticable. A una instancia de discurso especialmente protegido la SCJN contrapuso la "dignidad de la nación" y, aunque no le dio protección automática —lo cual, como hemos visto, ha sido declarado vedado por la Corte IDH—⁶⁹ una vez hallado un engarce constitucional no intentó una armonización de previsiones sino que la convirtió en una "excepción" terminante a la libertad de expresión. El artículo examinado no superaba el test tripartito interamericano (que se proyecta con especial intensidad sobre las normas de naturaleza penal) porque no constituía una cobertura legal "clara y precisa", porque hay muchos motivos para dudar que proteger la bandera contra las críticas sea un "objetivo imperioso en una sociedad democrática" y porque no satisfacía la relación de

⁶⁵ *Ibid.*, 10-11 o 13.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁷ Pou Giménez, Francisca, "El precio de disentir. El debate interno en la Corte", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm 24, pp. 187-198.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 187-188.

⁶⁹ *Vid. supra.*

adecuación, necesidad y proporcionalidad entre medios y fines: sus objetivos podían alcanzarse por medios menos gravosos y sus desproporcionales previsiones tenían –aun antes de ser aplicadas a casos concretos– un peligroso "efecto mordaza".

2. El repartidor de octavillas: riesgos de sobre-inclusión y restricciones indirectas

El que llamo "caso del repartidor de octavillas" tiene que ver con la libre expresión del pensamiento y las creencias religiosas y es especialmente interesante para entender a qué obliga la prohibición de censura previa y para estar alerta a actos de autoridad que, quizá sin una intención explícita, son por sus efectos una fuente de restricciones indirectas.⁷⁰

El solicitante del amparo era un señor que había sido multado por repartir en la calle octavillas que anunciaban un concierto y unos cuadernillos con extractos del Evangelio. El fundamento de la sanción era un bando municipal que imponía una multa de 1 a 50 días de salario mínimo a quien "sin permiso, pegue, cuelgue, distribuya o pinte propaganda de carácter comercial o de cualquier otro tipo en edificios públicos, portales, postes de alumbrado público, de la Comisión Federal de Electricidad, de la Compañía de Luz y Fuerza, de teléfonos, de semáforos; pisos, banquetas, guarniciones, camellones, puentes peatonales, pasos a desnivel, parques, jardines y demás bienes del dominio público federal, estatal o municipal".⁷¹ El asunto exigía entonces analizar si una norma municipal que exige solicitar permiso previo a las autoridades municipales para difundir o repartir documentos en la vía pública vulneraba la libertad de expresión y/o la libertad religiosa. Por unanimidad de votos, la Primera Sala estimó que sí.

El razonamiento sobre libertad de expresión arranca con consideraciones análogas a la de la minoría en el caso *bandera* y en ellas resulta, por tanto, claramente trazable el entendimiento general de la libertad desarrollado en la jurisprudencia del SIDH –la sentencia transcribe un fragmento de *Olmedo Bustos*–. La Primera Sala enfatiza especialmente que la libertad de expresión no protege solamente el acto "estático" de expresar o comunicar lo que uno quiere, sino también la actividad dinámica consistente en *divulgarlo* por cualquier medio, y señala que garantizar esta libertad exige del Estado tanto obligaciones positivas como negativas, una de las cuales, por su importancia, es plasmada explícitamente por los textos fundamentales: la prohibición de censura, que impide someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad.

⁷⁰ Amparo en Revisión 1595/2006. Sentencia definitiva 29 de noviembre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233>> (19 de junio de 2013).

⁷¹ Fracción X del artículo 123 del Bando municipal de la ciudad de Toluca de 30 de enero de 2006.

A la luz de lo anterior, la Sala concluyó que, aunque el bando podía asociarse con la persecución de fines constitucionalmente válidos (velar por el buen uso, limpieza y adecuada preservación de los bienes de dominio público) e incluía medidas admisibles desde esa perspectiva, también incluía otras que no lo eran, erigiéndose en una previsión sobre-incluyente que imponía condiciones injustificadas a la expresión y difusión de escritos y obstaculizaba el ejercicio de la libertad religiosa.⁷² Mientras que pegar o colgar documentos o pintar sobre bienes del dominio público implica su posible desgaste o envejecimiento y limita la posibilidad de que otros ciudadanos puedan hacer uso de ellos (lo cual justifica una acción coordinadora y eventualmente proscriptora o sancionadora del Estado), la muy distinta actividad de circular por la calle repartiendo papeles –cubierta por la norma al referirse a quien "*distribuya*" propaganda "comercial o de cualquier otro tipo"– no implica un desgaste de superficie pública alguna y es, en circunstancias ordinarias, del todo compatible con que todos los demás ciudadanos hagan lo mismo. La SCJN concluyó que era una instancia central de difusión de ideas, en este caso religiosas, y que condicionarla a la obtención de un permiso de las autoridades municipales, que estas podrán graciosamente conceder o negar, se erigía en un mecanismo de censura incompatible con el texto fundamental.⁷³

La SCJN destaca que la existencia de la regla específica que prohíbe la censura hace innecesario someter la norma municipal a un análisis de adecuación y proporcionalidad medios-fines (pues la regla viene a indicar que, se haga como se haga la ponderación, el establecimiento de controles previos sobre los mensajes caerá siempre fuera de la zona de razonabilidad) pero sí se refiere al primer paso del test tripartito, que exige una cobertura legal clara y precisa para las medidas de limitación. Aunque, dice la SCJN, la contravención a la prohibición de censura no variaría si las norma tuviera rango legal, hay que destacar que el reglamento no tiene una genealogía legal clara⁷⁴ y que "la ausencia de criterios que guíen y fijen límites a la autoridad administrativa respecto de las razones por las cuales debe conceder o negar el permiso [...] deja el ejercicio de los derechos fundamentales a la ventura de la decisión que tengan a bien tomar las autoridades municipales".⁷⁵

La sentencia, en conclusión, constituye un ejercicio de jurisdicción constitucional que, sin que en el plano explícito repose *in extenso* en el aparato doctrinal del SIDH, tampoco es ajeno a él y resulta del todo armónico con sus estándares.

⁷² Amparo en revisión 1595/2006..., *supra* nota 70, p. 16.

⁷³ *Ibid.*, pp. 33-34.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 34-35.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 17.

3. Acámbaro y otros casos de leyes sobre delitos de imprenta: la protección de la crítica a los funcionarios públicos

En el 2009, la SCJN emitió una sentencia en la cual, con explícita aplicación de estándares del SIDH en estrecha conjunción con la Constitución, amparó al director de un periódico que había sido condenado a indemnizar a un expresidente municipal por la publicación de una entrevista a un antiguo empleado con informaciones que al exfuncionario le parecían injuriosas.⁷⁶ La SCJN declara, además, inconstitucionales varias previsiones de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato. Como hemos adelantado, esta sentencia es muy importante tanto por la orientación certera, en el plano sustantivo, respecto del tratamiento de un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor de los políticos o expolíticos como por sus pronunciamientos acerca de la inconstitucionalidad de la ley de imprenta aplicada para la resolución del caso.

En una y otra vertiente, *Acámbaro* borra la huella opaca dejada en varias sentencias anteriores. En octubre de 2006, un mes antes de que la SCJN decidiera el caso *repartidor de octavillas*, la Primera Sala había emitido por ejemplo una sentencia que sostuvo que los artículos 1 y 6 de la Ley (federal) sobre Delitos de Imprenta eran constitucionales porque se limitaban a desarrollar el concepto de "vida privada", sin rebasar los artículos 6 y 7 de la CPEUM.⁷⁷ Y en noviembre de 2008, la Primera Sala de la SCJN decidió de modo esquivo un amparo en el que, de nuevo, debía resolverse un conflicto entre honor y libertad de expresión.⁷⁸ En el caso *Acámbaro*,

⁷⁶ Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva 17 de junio de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404>> (19 de junio de 2013).

⁷⁷ Amparo Directo en Revisión 1580/2003. Sentencia definitiva 4 de octubre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61305>> (19 de junio de 2013). Después de declarar inoperantes la mayoría de planteamientos (incluido aquél en que el quejoso alegaba que la Ley de Imprenta protegía la vida pública de los funcionarios, y no sólo la vida privada, como preveía la Constitución), la Corte señala que los citados artículos 1 y 6 no contradicen la Constitución porque constituyen un "desarrollo" de ella: "La Constitución al prever la garantía de libertad de imprenta sólo precisó como límites de esta los conceptos precisados en el párrafo anterior, y al no desarrollar tales conceptos, correspondió al legislador secundario tal tarea [...] no es verdad que [los artículos impugnados] rebasan lo dispuesto en tales preceptos primarios, sino que cumplen con la finalidad de las normas reglamentarias, que consiste en detallar, precisar y sancionar los principios o conceptos que contiene la Carta Magna, con el fin de establecer los medios necesarios para la aplicación del precepto constitucional que regulan" (p. 31). El Ministro Cossío suscribió un voto particular denunciando tal criterio decisorio (el estándar según el cual una norma es constitucional si puede presentarse como un "desarrollo" de la Constitución) y, citando jurisprudencia constitucional comparada e internacional y obras doctrinales, extrae y detalla las razones por las cuales los artículos citados vulneran la libre expresión. Su razonamiento es análogo al que aplicaría después en el caso *Acámbaro*. El ministro Gudiño formuló un voto concurrente en el que, no obstante echar en falta argumentos más profundos, concluía que la ley no desbordaba la noción de "protección de la vida privada".

⁷⁸ Amparo Directo en Revisión 1496/2008. Sentencia definitiva 5 de noviembre de 2008. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102423>> (19 de junio de 2013). El asunto derivaba de un juicio indemnizatorio interpuesto por una persona presentada por un periódico de Tabasco como acosador sexual. Los jueces civiles y el Tribunal Colegiado estimaron que no existía "hecho ilícito", puesto que los hechos difundidos eran ciertos y las expresiones, siendo ofensivas, no eran ilegales ni contrarias a la Constitución. La Suprema Corte no abordó el fondo, señalando que los agravios eran inoperantes por aludir a problemas de mera

la SCJN unánime muestra cómo debe resolverse este tipo de casos en un razonamiento que pone de la mano la Constitución y la jurisprudencia del SIDH.⁷⁹

Como apuntábamos, el asunto derivaba de una condena penal al director de un periódico por lo que se consideró (en términos de la ley guanajuatense sobre delitos de imprenta) un "ataque a la vida privada" de un expresidente municipal de Acámbaro, por haber publicado una entrevista a un antiguo empleado suyo. La Corte dedica la parte considerativa inicial a destacar cuestiones generales sobre la fuerza normativa de la Constitución, el papel de la ley en la regulación de los derechos o el modo en que debe abordarse la resolución de conflictos de derechos bajo la Constitución. Considerando que el Tribunal Colegiado fundamentaba su fallo en un entendimiento erróneo del contenido de los derechos al honor, a la intimidad y a la libertad de expresión, la sentencia los desarrolla desde otros parámetros citando extensivamente doctrina interamericana.⁸⁰

Con posterioridad se enuncian, de nuevo en línea con los estándares del SIDH, las estrictísimas condiciones en las que una expresión de crítica a un funcionario público, en principio merecedora de un "plus" de protección, puede ser limitada y dar lugar a responsabilidades. En primer lugar, la limitación debe tener una *cobertura legal y redacción clara*: debe estar prevista en una ley (en sentido formal y material) para otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos y protegerlos de la arbitrariedad de las autoridades, evitando la creación de un entorno hostil que desincentive la discusión y fomente la autocensura. En segundo lugar, debe existir *intención específica o negligencia patente* –el llamado estándar de "malicia"–, que subordina la generación de responsabilidad a que la expresión haya sido emitida con la intención de causar daño, con el conocimiento de que se estaban difundiendo hechos falsos o con patente negligencia respecto de la revisión de la aparente veracidad o falta de veracidad de la misma. En tercer lugar, la SCJN se refiere a la *materialidad y acreditación del daño*, que exige que quien alega perjuicio a su honorabilidad pruebe que el daño efectivamente se produjo (la expresión no puede limitarse apelando a meros riesgos o a daños eventuales). En cuarto lugar, la SCJN se refiere al *doble juego de la exceptio veritatis*, que implica que "la persona que se expresa debe siempre poder bloquear una imputación de responsabilidad

legalidad y, en tanto denunciaban "omisiones de estudio" de argumentos por parte del Tribunal Colegiado, infundados (págs. 18-32). En un voto particular el ministro Cossío sostiene que, con independencia de si la solución sustantiva merecía o no ser confirmada, la mayoría incurría en peticiones de principio y se valía de un utillaje conceptual y argumental que no permitía vehicular la fuerza normativa de la Constitución; por eso fijaba mal las cuestiones a resolver y esquivaba las de fondo. De nuevo hay referencias al SIDH y a argumentos que prevalecerían después en el caso *Acámbaro*.

⁷⁹ Remitimos al lector al comentario de la RELE sobre este caso. CIDH. *Informa Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría...* *supra* nota 26, párrs. 81-99.

⁸⁰ Amparo Directo en Revisión 1496/2008... *supra* nota 78, pp. 18-34.

ulterior *probando que los hechos a los que se refiere son ciertos* y, complementariamente, *no puede ser obligada a probar*, como condición *sine qua non* para evitar esa responsabilidad, que los hechos sobre los cuales se expresó son ciertos".⁸¹

En quinto lugar, la SCJN se refiere a la *gradación de medios de exigencia de responsabilidad*, derivada de la necesidad de que las afectaciones de derechos sean necesarias, adecuadas y proporcionales, que obliga contemplar varias modalidades de responsabilidad capaces de atender a la gravedad de la lesión infligida; la SCJN destaca en este punto la relevancia del derecho de réplica reconocido en el artículo 6 CPEUM. Finalmente, la SCJN se refiere a la *minimización de las restricciones indirectas*, destacando la importancia de atender a las reglas de distribución de la responsabilidad al interior del universo de sujetos implicados en la cadena de noticias y opiniones. Para la SCJN, "[s]e trata, en otras palabras, de no generar dinámicas de distribución de responsabilidad entre ciudadanos, periodistas, editores y propietarios de medios de comunicación que lleven a unos a hallar interés en el silenciamiento o la restricción expresiva de los demás".⁸²

Al abordar el caso concreto, la SCJN explica las deficiencias de la sentencia del Tribunal Colegiado a la luz de los estándares anteriores así como en el modo en que tenía que abordarse la base fáctica del caso: las expresiones impugnadas debían haberse interpretado integralmente, atendiendo a su contenido, contexto, propósito y modo de presentación y no a partir de una expresión aislada. Además el carácter de los sujetos (expresidente municipal y periodista) debía haber determinado la identificación de los derechos que después debían ser ponderados, lo cual debía ser agregado al fuerte interés público que respaldaba la difusión de información y opiniones relacionadas con la regularidad de la gestión del funcionario involucrado —quien además tenía modo de acceder a los medios y reaccionar ante la información—. ⁸³

Finalmente, la SCJN apunta las razones por las cuales la Ley de Imprenta de Guanajuato era inconstitucional y debía haber sido inaplicada al caso: su "patente falta de claridad" evidenciaba la construcción estructural defectuosa del tipo penal sobre ataques a la vida privada; los supuestos de responsabilidad eran excesivamente abarcativos, pues no se limitaba a castigar ataques especialmente graves y claramente acreditados, sino también casos en los que la afectación era puramente eventual; aunque la ley se refería a la "malicia" en la expresión, después permitía identificarla con términos objetivamente ofensivos y desconocía la regla de la *exceptio veritatis*. La ley imponía condiciones extraordinariamente exigentes y en algunos de

⁸¹ *Ibid.*, p. 40.

⁸² *Ibid.*, pp. 41-42.

⁸³ *Ibid.*, pp. 42-45.

sus artículos "blindaba" el discurso referido a los funcionarios públicos aún más que el discurso ordinario.⁸⁴

4. El caso de la ex-primer dama: intimidad e involucramiento voluntario en la esfera pública

Pocos meses después, la SCJN decidió un caso que enfrentaba a una ex-primer dama del país con una periodista y una revista semanal de amplia circulación a raíz de la publicación de datos que ella consideraba invasores de su vida privada. El caso ejemplifica por tanto el conflicto potencial entre expresión e información y la intimidad de un "persona pública" y también fue resuelto en términos constitucionalmente elogiados –la Primera Sala de la SCJN negó el amparo reivindicando las premisas generales sentadas en *Acámbaro* y las desarrolló para un caso en el que el derecho relevante era la intimidad (no el honor) y la persona no era político o funcionario público, sino un "personaje público"–.

En el juicio civil, la periodista y la revista habían sido condenadas a indemnizar por daño moral al considerarse que la publicación objeto de la disputa lesionaba el derecho al honor de la ex-primer dama. En segunda instancia se modificó la sentencia, absolviendo al medio impreso y modificando el monto indemnizatorio impuesto a la periodista. Tanto ésta como la ex-primer dama interpusieron amparos contra la sentencia, de los cuales conoció la Primera Sala SCJN tras ejercer la facultad de atracción.⁸⁵ El amparo de la periodista fue sobreseído por caducidad;⁸⁶ el de la ex-primer dama, resuelto de fondo y negado.⁸⁷

La SCJN desarrolla en este caso por qué las razones que justifican que los funcionarios u otras personas involucradas en la gestión pública tengan, *prima facie*, un grado menor de resistencia frente al derecho a la libre expresión se aplican también a las "personas públicas", de "notoriedad pública" o "personajes públicos". La SCJN señala que las personas públicas son aquellas que, por circunstancias sociales, familiares, artísticas, deportivas, o porque ellas mismas han difundido hechos y acontecimientos de su vida privada, tienen proyección o notoriedad

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 45-55.

⁸⁵ Facultad de atracción 31/2009. Decisión del 22 de abril de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=106877>> (19 de junio de 2013); Facultad de atracción 46/2009. Decisión del 3 de junio de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108285>> (19 de junio de 2013).

⁸⁶ Se consideró que había caducado en los términos señalados por la Ley de Amparo (véase el Amparo Directo 12/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110353>> (19 de junio de 2013)). Los ministros Cossío Díaz y Sánchez Cordero emitieron sendos votos disidentes oponiéndose al sobreseimiento).

⁸⁷ Amparo Directo 6/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>> (19 de junio de 2013).

en una comunidad y por ende se someten voluntariamente al riesgo de que sus actividades o su vida privada sean objeto de mayor difusión.⁸⁸ En otros puntos se da cabida a una perspectiva distinta, independiente del comportamiento del involucrado, al decirse que:

[derivado de su notoriedad] generan un interés legítimo en la vida comunitaria de conocer de información relacionada con dichas personas y de ahí, que exista un interés público o relevancia pública sobre la información u opiniones publicadas respecto de esas personas [...] que puede derivar del tema o asunto tratado, o bien, por el propio tipo de persona a que se refieren y que, en sí mismo, le da el carácter de "noticiable".⁸⁹

Derivado de esta doble base (asunción voluntaria de ciertas posiciones sociales o existencia externa de interés) las personas públicas deben soportar un nivel de injerencia mayor en su intimidad y una mayor exposición a la crítica de terceros, incluso cuando pueda ser incómoda o hiriente. Ello no las desviste, de todos modos, de su derecho a la intimidad o vida privada, lo cual hace necesario un ejercicio de ponderación entre cuál derecho tiene un plus de protección en cada caso.⁹⁰ En el ejercicio ponderativo el concepto crucial será el interés público que tengan los hechos o datos publicados. Este elemento hará que la voluntad de resguardar del conocimiento ajeno ciertos hechos ceda en favor del derecho de los demás a comunicar y recibir información sobre hechos o a emitir opiniones o juicios de valor. La noción de interés público no alcanza a todo lo que sea de "interés del público": lo crucial es la relevancia pública de lo informado para la vida comunitaria; no es exigible que las personas deban soportar pasivamente la difusión periodística de datos relevantes de su vida privada cuando su conocimiento es trivial o indiferente desde la perspectiva del debate público o se asocian sólo a la curiosidad o el interés morboso.⁹¹ La relevancia pública dependerá de situaciones históricas, políticas, económicas, sociales altamente variables que deben aquilatarse en cada caso concreto, tomando siempre en cuenta la proyección pública mayor o menor de la persona según su posición en la sociedad, y la forma en que ella misma ha modulado el conocimiento público sobre su vida privada.⁹²

Una aportación interesante de la argumentación son las precisiones acerca del rol de la veracidad y las consecuencias que ello tiene desde la perspectiva del derecho de réplica. Según

⁸⁸ *Ibid.*, p. 78.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 53-54.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 78-79.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 79-80.

⁹² *Ibid.*, p. 81.

subraya la SCJN, la intimidad protege la no divulgación de datos de la vida privada de una persona sin su consentimiento y la veracidad de los datos difundidos no aminora la lesión, sino que es su "presupuesto". Por ello a diferencia de lo que ocurre con el derecho al honor, el derecho de réplica no repara la intromisión a la intimidad, pues no se responde por la falsedad de lo publicado sino precisamente por decir la verdad y el hecho de tener posibilidad de réplica, de relatar la propia versión, sólo incita a que se continúe hablando del tema.⁹³

Otra aportación interesante es el desarrollo en torno a la idea del "reportaje neutral", que es importante para establecer el esquema de responsabilidades entre los participantes en la cadena de difusión de un mensaje, fáctico o expresivo. Según la SCJN, se habla de reportaje neutral cuando un medio de comunicación se limita a transcribir lo dicho o declarado por un tercero, cumpliendo únicamente una función transmisora; el responsable de cuanto se diga en el mensaje reproducido será exclusivamente su autor material. El "reportaje neutral" debe satisfacer dos requisitos: veracidad, entendido en este contexto como la certeza de que la declaración difundida se corresponde efectivamente con la realizada por el autor material, y relevancia pública de lo informado.⁹⁴

En el caso concreto, la Sala determinó que la publicación disputada constituía un "reportaje neutral" que satisfacía los dos requisitos anteriores. Los hechos relativos a la vida privada de la quejosa, atendidos en el contexto en que fueron publicados, se podían asociar a un interés legítimo de la sociedad en conocer dicha información.⁹⁵ La SCJN dijo que

...[p]or sus actividades políticas y por ocupar [diversos] cargos públicos y, posteriormente, además, derivado de la referida relación matrimonial, [la quejosa] tenía, aun frente a otros personajes públicos, una proyección a nivel nacional e, incluso, internacional, de tal magnitud, que conlleva a un mayor interés o escrutinio público en sus acciones o conductas, al ser la cónyuge del titular de uno de los poderes públicos.⁹⁶

A ello debía agregarse que en el pasado "[v]oluntariamente, expuso diversos aspectos de su vida privada [...] lo que, lejos de mantenerla fuera de la vista del público, la señalaban como

⁹³ *Ibid.*, p. 80.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 80-81.

⁹⁵ De nuevo, remitimos al lector al comentario de la RELE sobre este caso. CIDH. *Informa Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría...* *supra* nota 26., párrs. 100-114).

⁹⁶ Amparo Directo 6/2009..., *supra* nota 87. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas/Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>> (19 de junio de 2013), p. 85.

una persona crucial en la vida política del país".⁹⁷ El derecho a la intimidad no había sido ilegítimamente invadido.

El caso de la exprimera dama ilustra las diferencias entre los bienes jurídicos protegidos por el derecho al honor y por el derecho a la intimidad o vida privada –lo cual es importante en un país en el que la mención indiferenciada a la "vida privada" tanto en la Constitución como en las leyes de imprenta ha propiciado una notable confusión– y, en relación con ello, ayuda a entender la diferente relevancia del requisito de la veracidad de lo difundido. Aunque la verdad de la información *no* es, recordemos, algo que defina las condiciones legítimas para difundir hechos que pueden ser considerados injuriosos por ciertas personas –el estándar no es la verdad sino la veracidad: que no haya habido clara negligencia o descuido temerario respecto de la comprobación de la verdad de lo que se difunde– cuando del derecho a la intimidad se trata no ha lugar a grandes disputas en torno a esta cuestión, pues lo único que debe evaluarse es si hay razones que justifiquen la difusión de datos que una persona preferiría mantener fuera del conocimiento ajeno. No es tanto –a diferencia de lo que dice la SCJN– que la veracidad de los datos privados difundidos esté "presupuesta", sino que no es centralmente relevante: pueden difundirse datos ciertos mezclados con datos falsos y la presencia de los segundos no elimina (por eso es equívoco hablar de "presupuesto") la invasión a la intimidad, sino que en su caso simplemente ocasionará una violación paralela del derecho al honor o agravará la invasión percibida a la esfera privada. No hay que confundirse tampoco por el hecho de que la SCJN hable del requisito de la veracidad en el contexto de sus referencias al "reportaje neutral": en ese caso la veracidad exigida significa apego de lo difundido con lo emitido, y sirve para deslindar las responsabilidades de los diferentes sujetos involucrados en la parte de la emisión del mensaje (aunque éste es un tema sobre el cual la jurisprudencia de la SCJN debe aportar todavía bastante más claridad).

Existe, como hemos señalado, una ambigüedad no resuelta en la construcción que la SCJN hace de la figura del "personaje público", con la apelación tanto al hecho de ponerse en una posición que hace previsible la conversión de una persona en personaje conocido (este sería el criterio del "riesgo asumido") como al hecho de concitar el interés público con independencia de la voluntad y las acciones. Ello no es muy relevante en este caso porque el personaje involucrado cumplía simultáneamente los dos criterios, pero pueden surgir casos en los que sí sea relevante distinguir. Como sea, es un caso fundamentalmente bien decidido en el que se ponen piezas que deben servir para desarrollar criterios respecto de otros derechos de la personalidad.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 86.

5. El caso de los políticos en el Instituto Federal Electoral: inviolabilidad parlamentaria y libertad de expresión

Este amparo es muy interesante porque analiza el lugar y el alcance de la inviolabilidad parlamentaria, una garantía que el artículo 61 CPEUM otorga a los miembros de las cámaras parlamentarias,⁹⁸ la cual ha operado históricamente como una protección reforzada de la libre expresión, instrumentalmente orientada a garantizar la independencia del poder legislativo respecto de los otros, cuya justificación y alcance actual este caso nos ayuda a pensar. También es importante porque nos sitúa, como el caso de los periódicos que veremos con posterioridad, con un escenario de debate entre dos personas "públicas", que se enfrentan en un contexto de debate sobre temas de interés público.

El amparo derivaba de un juicio civil por daño moral interpuesto por un político mexicano contra otro político mexicano, con cargo de diputado federal, quien en un debate en el Consejo General del Instituto Federal Electoral (en adelante IFE) sugirió la implicación del primero en un asesinato. El diputado participaba en el órgano electoral en su calidad de Consejero del Poder Legislativo. En primera instancia el juez no encontró injuriosas sus expresiones mientras que en la apelación, la Sala civil estimó que el caso debía ser sobreseído por falta de legitimación pasiva en la causa: el demandado era diputado y no podía ser convenido por lo expresado. En un primer amparo, el Tribunal Colegiado precisó que la inviolabilidad parlamentaria no cobraba eficacia automáticamente por el hecho de que el demandado fuera diputado, sino que era necesario analizar si las manifestaciones habían sido hechas precisamente en el desempeño de esas funciones. En cumplimiento, la Sala civil estimó que así era y volvió a sobreseer por falta de legitimación pasiva. Interpuesto un nuevo amparo directo, el Colegiado lo negó, estimando que, para no hacer nugatoria la garantía, debían considerarse incluidas las comunicaciones que los parlamentarios sostienen con la ciudadanía o mediante comunicados de prensa, o en la televisión, o las sostenidas con otros funcionarios en debates políticos o electorales, y especialmente las emitidas por diputados y senadores ante organismos creados constitucionalmente, como el IFE. A este argumento, centrado en la definición de qué sea el desempeño de funciones parlamentarias, se añadían dos más: en el caso era imposible desvincular materialmente lo que el demandado hacía como diputado federal y lo que hacía en su condición de representante de un partido en el IFE, y en todo caso, las opiniones de los consejeros del IFE tampoco pueden ser objeto de reclamo debido a la independencia y autonomía que debe tener ese Instituto.

⁹⁸ Amparo Directo en Revisión 27/2009. Sentencia definitiva 22 de febrero de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105049>> (19 de junio de 2013).

La SCJN, en la revisión, no coincidió con él. En primer lugar, rechazó el argumento según el cual los miembros del Consejo General del IFE deban quedar cubiertos por la posibilidad de que la existencia de juicios afecte el funcionamiento del órgano. La SCJN dice que las razones que apoyan la inviolabilidad de diputados y senadores no se aplican a todos los otros órganos estatales que deben gozar de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones; las funciones del IFE son materialmente administrativas, no parlamentarias, y los intervinientes en sus debates caen bajo el régimen general, salvo que pueda considerarse que en un determinado momento –y por otros argumentos– alguno de ellos goce en lo individual de inviolabilidad por su condición de diputado o senador. En segundo lugar, trabajando sobre lo sostenido en un precedente,⁹⁹ reitera que la inviolabilidad parlamentaria es una prerrogativa *funcional* que protege el ejercicio de la función parlamentaria, no a la persona en cuanto tal, y que el *lugar* en el que se emiten las opiniones (fuera o dentro del recinto parlamentario) no es determinante en su entrada en juego. Pero si en el precedente la SCJN había instado a atender al *contexto y contenido* del mensaje para saber si su emisión era parte de la función, ahora la SCJN dedica largas páginas a argumentar que el *contenido* no puede ser determinante. Después de extensas consideraciones acerca de la deliberación, las precondiciones de un debate racionalmente sustentable y la necesidad de garantizar a diputados y senadores, como actores políticos, las condiciones para la más amplia discusión– la SCJN señala que en la delimitación de lo que sea la "función parlamentaria" debe tener un lugar importante el "principio de legalidad": esto es, es necesario consultar la descripción legal de una particular situación para poder determinar si entra bajo ese paraguas conceptual.

En el caso, analizada la composición del Consejo General del IFE según la normativa aplicable, se destaca la diferencia entre los consejeros del Poder Legislativo y los de los partidos políticos. Aunque el demandado fuera disputado, acudió al IFE como representante de un partido político, para "defender los intereses del partido al que representaba y para levantar por ese conducto la voz del pueblo, al ser su partido uno de los canales para la acción política del pueblo, una entidad cuyo fin consiste en promover la participación ideológica y política del pueblo".¹⁰⁰ Las funciones de un representante de partido en el IFE, concluye la SCJN "no se definen en norma jurídica alguna como el desempeño de una función parlamentaria", razón por la cual se concede el amparo para que los jueces civiles reconozcan legitimación pasiva en la causa y resuelvan con plenitud de jurisdicción el recurso de apelación.

El caso de los políticos en el IFE es muy interesante para explorar las racionalidades de la libertad de expresión y pensar cuáles son sus implicaciones en los escenarios institucionales

⁹⁹ Se trata del Amparo en Revisión 2214/1998. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas/Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=22818>> (19 de junio de 2013).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 101 de la sentencia.

de las democracias contemporáneas. Aunque puede parecer que hay razones para simpatizar con una interpretación lo más extensiva posible de la garantía de inviolabilidad, que asegura a las personas las condiciones ideales para el ejercicio desinhibido de la libertad, un caso derivado de una discusión en el IFE nos pone a pensar qué consecuencias tendría extenderlo a todos los órganos deliberantes del Estado o a todos los órganos cuyos miembros necesitan operar con garantías de no intromisión por parte de otros agentes estatales o privados. Uno encontraría razones para extender la garantía de inviolabilidad por las opiniones a los tribunales, por ejemplo, a las agencias reguladoras independientes, a los órganos constitucionales autónomos e incluso a algunos funcionarios del Poder Ejecutivo. Sin embargo, extender la inviolabilidad implica también extender la asimetría definitiva de las partes a una gran cantidad de interacciones públicas e implica tener que involucrarse en operaciones complicadas de delimitación –la extensa discusión en el amparo acerca de la relevancia comparativa de las circunstancias de modo o lugar, los contenidos, las personas, las descripciones normativas, etcétera, lo ilustran con elocuencia– que pueden acabar desviando la atención de las cuestiones de libertad de expresión o incluso predeterminar la solución jurídica del caso desde parámetros distintos a los que regirían si uno lo examinara directamente desde la perspectiva de la libertad de expresión. Por ello el criterio de la SCJN parece acertado: es mejor mantener la prerrogativa en el campo explícitamente marcado por la Constitución y resolver los casos con las "reglas generales". Y las reglas generales, claramente, en un caso como éste, situado en uno de los escenarios básicos del debate público, apuntan a una solución general en favor del libre ir y venir de opiniones en cuyo contexto encontrar causa para la responsabilidad civil será una hipótesis verdaderamente excepcional.

6. El caso de las esquelas: inserciones pagadas y derecho al honor en las relaciones privadas

El que llamo "caso de las esquelas", de mayo del 2010, me parece también digno de detenida atención porque aborda, de nuevo, temas de algún modo relacionados con censura previa –así venía inicialmente construido, aunque la SCJN, acertadamente, declaró la insuficiencia de esta perspectiva de análisis– y sobre todo porque en él la Primera Sala sienta un criterio para orientar la resolución de conflictos de derechos *entre particulares*. Ello lo convierte en relevante desde la perspectiva del deber estatal de *protección* –que insta al Estado a adoptar medidas que protejan a los ciudadanos contra intromisiones a derechos provenientes de otros particulares– y, en general, desde una perspectiva preocupada por sentar reglas que minimicen las restricciones indirectas a la libre y amplia difusión de ideas.¹⁰¹

¹⁰¹ Amparo Directo en Revisión 1302/2009. Sentencia definitiva 12 de mayo de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110591>> (19 de junio de 2013).

La controversia derivaba de la publicación en un diario de dos esquelas en las que una asociación extendía su pésame por el fallecimiento de una persona, que "se sumaba a las cifras de este mal del siglo".¹⁰² El afectado –no fallecido– demandó a la empresa propietaria del periódico una indemnización por daño moral. La juez civil falló en favor del periódico, señalando que las esquelas constituían una inserción pagada por un tercero mediante la cual se transmitía una información de carácter personal, no una información periodística elaborada por el periódico, quien fungía exclusivamente como medio transmisor de lo dicho por un tercero. La juez concluyó que la publicación de la esquela no constituía un "acto ilícito" en los términos exigidos por las reglas del derecho de daños y su decisión fue confirmada en apelación.

Llegado el caso a la justicia federal, un Tribunal Colegiado concedió un primer amparo para el efecto de que la Sala de apelación volviera a fallar omitiendo fundar su razonamiento en el Código Civil del Distrito Federal. La Sala dictó entonces una nueva resolución según la cual la publicación de las esquelas se había hecho de forma maliciosa en términos de la Ley sobre Delitos de Imprenta y constituían un ataque a la vida privada y a la moral, debiendo el director del periódico responder civilmente por ellas. Si el periódico, a cambio de dinero, se prestaba a ser usado para que una persona insultara y menoscabar la honra y la vida privada de otra, decía la Sala civil, debía ser responsable por ello: la empresa demandada debió haber verificado que las esquelas no ofendieran la moral, los sentimientos y la honra del actor. Las dos partes interpusieron un nuevo amparo directo y en esta ocasión el Tribunal Colegiado otorgó el amparo al periódico porque estimó que la Sala civil había omitido analizar la gravedad de la culpa que le atribuía, en relación con el incumplimiento del deber de cuidado a que estaba sujeto: verificar que el contenido de las esquelas no fuera ofensivo o tuviera la intención de ofender. A pesar de la estimación parcial de sus pretensiones, la empresa interpuso revisión ante la SCJN, alegando fundamentalmente que la sentencia del Colegiado la obligaba a ejercer censura previa –constitucionalmente vedada– pues le imponía, bajo amenaza de sanción, un deber de verificar que el contenido de las esquelas que le eran contratadas no fuera ofensivo. La SCJN tuvo entonces la oportunidad de evaluar si la interpretación de la Constitución efectuada por el Tribunal Colegiado era correcta.

La pregunta, era entonces, si la libertad de expresión y la prohibición de censura previa vedan que un periódico sea declarado responsable y obligado a indemnizar afectaciones a terceros derivadas del contenido de las inserciones en formato "esquela" contratadas por los particulares.¹⁰³ La sentencia de la Primera Sala apunta al empezar que el paradigma de la

¹⁰² Sigo aquí, en líneas generales, la síntesis que encabeza el voto concurrente que el ministro Cossío Díaz formuló en este asunto.

¹⁰³ Amparo en Revisión 2214/1998..., *supra* nota 99, p. 3 del voto concurrente.

prohibición de censura previa no permite por sí mismo resolver integralmente el conflicto de derechos que se plantea en este tipo de escenario –por ser una regla fundamentalmente referida al ámbito de las relaciones entre poderes públicos y particulares, no al ámbito de las relaciones entre particulares y otros particulares–¹⁰⁴ y en congruencia con ello sustenta la argumentación en una exploración del contenido del derecho a la libertad de expresión (citando el caso *repartidor de octavillas*) y en una especie de derivación de las decisiones que uno debe adoptar para no aminorar en ninguna medida superior a la necesaria su fuerza normativa en un contexto atento a las particularidades de los sujetos, mensajes y entornos. Los derechos fundamentales, se señala, vinculan en las relaciones entre particulares, pero no de una manera fija y predeterminada.¹⁰⁵

La Sala subraya que la posición legal de los periódicos frente a particulares por motivos ligados a los contenidos que publican es muy variada porque la relación que los une con los autores de esos contenidos (editorialistas, columnistas, ciudadanos que escriben cartas al director, etcétera) es también muy variada, y porque la resistencia de la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad también depende del tipo de contenido informativo o expresivo.¹⁰⁶ Atendidas las características de las inserciones tipo "esquela", la Primera Sala sostiene que en estos casos los periódicos actúan esencialmente como vehículos, como medios transmisores de mensajes que otras personas desean difundir,¹⁰⁷ y que la definición de su estatuto jurídico debe equilibrar los derechos de los contratantes con los de los potenciales afectados.

Desde esa perspectiva, la Corte opina que imponer a los diarios el deber de verificar el contenido no ofensivo de las inserciones obstaculizaría en demasía el mantenimiento de los periódicos como espacios de comunicación ciudadana.¹⁰⁸ La necesidad de no hacer nugatorios los derechos de los potenciales afectados se satisface, dijo, con la adopción de dos medidas preventivas: a) solicitar a los contratantes sus datos básicos de identificación, para que quienes se sientan afectados por las inserciones sepan a quién reclamar y b) cerciorarse de que el texto publicado corresponde con aquel cuya publicación le fue solicitada –esto es: no publicar algo distinto a lo que reciben–. Si el periódico no satisface estos dos deberes básicos, entonces él mismo asume el riesgo de tener que responder por los daños que potencialmente puedan derivar de las inserciones y puede ser judicialmente demandado por ello

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰⁶ Amparo en Revisión 2214/1998. ..., *supra* nota 99, p. 51 de la sentencia.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 52.

¹⁰⁸ Amparo en Revisión 2214/1998. ..., *supra* nota 99, p. 11 del voto concurrente del Ministro Cossío Díaz.

(aunque sólo será finalmente responsable, aclara la Corte, cuando los tribunales concluyan que el conflicto de derechos no puede librarse a favor de la libre expresión).

El caso *de las esquelas* suscitó un debate muy intenso, del que son testimonio dos votos concurrentes y uno particular, todos ellos interesantes en el contexto de una discusión que muestra a una SCJN inmersa en un universo jurídico completamente distinto al que imperaba cuando se resolvió el caso *bandera*. Aunque no hay una presencia explícita de los estándares interamericanos, la resolución es ampliamente armónica con ellos. La SCJN aplica, en los hechos, un test de proporcionalidad –aunque no lo mencione con sus etiquetas canónicas– con especial atención a las nociones de "necesidad" y "mínima interferencia", lo que la lleva a desechar el criterio interpretativo seleccionado por el Tribunal Colegiado en favor de uno menos restrictivo desde la perspectiva de la libertad de expresión.

Con independencia de si la regla de prohibición de la censura previa ofrece guías directas para resolver conflictos de derechos en las relaciones entre particulares (me inclino por pensar que no), su racionalidad de trasfondo y en general la prohibición de controles *ex ante* a la libre expresión apoyan la decisión adoptada. Convalidar el deber de los periódicos de revisar las inserciones a la luz de un estándar tan vago y subjetivo como el de la "no ofensividad", como quería el Colegiado, llevaría a restringir o encarecer desproporcionadamente el acceso de los ciudadanos a esos espacios, con una merma para la circulación de ideas e información. El establecimiento de controles de forma –no de fondo– y de reglas claras de responsabilidad, además, provee seguridad jurídica –uno de los bienes genéricos que el primer paso del test tripartito interamericano (cobertura legal clara y precisa) desea salvaguardar–.

7. La Jornada contra Letras Libres: libertad y reputación de los periódicos

El precedente más reciente de la SCJN en el ámbito que nos ocupa es, de nuevo, un caso protagonizado por un conflicto entre libre expresión y derecho al honor, pero con la particularidad de que los involucrados a cada lado de la balanza son personas jurídicas, no físicas, que además tienen una posición particular dentro del universo de instancias de ejercicio del derecho: un diario y una revista, ambos de amplia circulación.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Amparo Directo 28/2010. Sentencia definitiva 23 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>> (19 de junio de 2013). A diferencia de otros casos, al comentar este caso no suprimo la denominación de las partes porque ellas mismas han hecho referencia al caso en sus páginas (véase el editorial de *La Jornada* del 24 de noviembre de 2011) y *Letras Libres* publica extractos de la sentencia en su número 157 (enero de 2012).

El caso –con un trayecto procesal larguísimo en los juzgados civiles y los órganos judiciales federales–¹¹⁰ derivaba de una demanda por daño moral interpuesta por la empresa propietaria del periódico *La Jornada* contra la propietaria de la revista *Letras Libres* y su subdirector en lo personal, a raíz de una columna firmada por éste según la cual la cobertura del diario sobre la organización terrorista *ETA* estaba influenciada por un acuerdo de colaboración suscrito con el diario vasco *Gara*. Esta alianza lo había llevado, decía, a intervenir a partir de cierta manipulación informativa para impedir al juez español Baltasar Garzón el desarrollo de ciertas actuaciones investigativas en territorio mexicano. En el amparo directo del que conoció la Corte, *La Jornada* alegaba que el contenido de la columna lesionaba sus derechos al honor, a la reputación y a la vida privada. La Corte consideró, por el contrario, que las expresiones publicadas en la revista se encontraban protegidas constitucionalmente.

El caso representa otro precedente positivo desde el punto de vista de la protección de la libertad de expresión: fundamenta sus razonamientos en los precedentes de la SCJN que hemos comentado –un signo de práctica jurisdiccional madura–, ratifica la asunción de los criterios del SIDH y es el primero en esta materia en el que, tras las reformas de junio de 2011, opera a nivel constitucional con los tratados internacionales suscritos por México y atiende el método de interpretación *pro-persona*.

La SCJN empieza por realizar un encuadre cuidadoso de las pretensiones y posiciones de las partes: por un lado identifica lo que estima es el derecho al honor del periódico actor en su aspecto objetivo –su reputación o "el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros"–¹¹¹ y por el otro analiza la naturaleza de la publicación objeto de la disputa y concluye que se trata de una columna: "un instrumento de comunicación que persigue la defensa de las ideas, la creación de un estado de opinión y la adopción de una postura determinada [sic] respecto";¹¹² tratándose de un texto argumentativo, se destaca, el análisis constitucional debe centrarse en la evaluación del ejercicio de la libertad de expresión, no de la libertad de información.

Después, sintetiza algunos puntos centrales en el contexto de la premisa normativa que debe presidir la resolución del caso, según la jurisprudencia aplicable: el carácter esencial de la libertad de expresión en su doble faceta en la estructura del Estado constitucional, sus implicaciones para el ejercicio de las demás formas de libertad, su posición de "piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática".¹¹³ "En las sociedades democráticas",

¹¹⁰ Para una relación detallada de los antecedentes procesales del caso *vid.* páginas 1-5 de la resolución.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 52.

¹¹² *Ibid.*, p. 56.

¹¹³ *Ibid.*, p. 62.

destaca la SCJN, "es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la expresión que el riesgo de una restricción general de la libertad correspondiente".¹¹⁴ La sentencia también reitera el carácter "preferencial" de la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad y, atendiendo a los elementos del caso bajo estudio, subraya que la protección de las libertades de expresión e información "alcanzan un nivel máximo cuando dichos derechos se ejercen por los profesionales del periodismo a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción".¹¹⁵ La SCJN acoge el estándar del "sistema dual de protección" de la RELE, que gradúa los umbrales de protección atendiendo a la relevancia pública de las actividades que ciertas personas desempeñan en una sociedad democrática y recuerda que, bajo el estándar de la "real malicia", la condena por daño moral a raíz de la emisión de opiniones, ideas o juicios requiere que éstos hayan sido expresados con la intención de dañar –algo que debe acreditarse mediante prueba idónea, que la SCJN remite a la nota publicada y su contexto–.

Sobre las bases anteriores, la sentencia hace a mi juicio dos aportaciones especialmente importantes: primero, define qué tipo de sujetos son los medios de comunicación a efectos del análisis constitucional, y segundo, muestra cómo debe hacerse un análisis detallado encaminado a distinguir en un caso concreto las expresiones que se encuentran constitucionalmente amparadas y las que no.

Respecto a lo primero, la SCJN destaca el papel esencial de la prensa en la difusión de información e ideas en una sociedad democrática y de ello desprende que los medios de comunicación, de la mano de los líderes de opinión, son una tercera especie de "figura pública"; no son servidores públicos ni personas privadas con proyección pública, pero el rol que desempeñan dentro del sistema democrático les otorga ese mismo estatus: "Si la prensa goza de la mayor libertad y del más amplio grado de protección para criticar personajes con proyección pública", apunta, "es no sólo lógico sino necesario concluir que la crítica a su labor también debe gozar de la mayor libertad y más amplio grado de protección, pues de lo contrario se estaría dotando a una persona, en este caso un medio de comunicación impreso, de un gran y desequilibrado poder para criticar impunemente, opinando e informando sin ser sujeto del mismo escrutinio público que pregona, ejerce y cuya protección invoca".¹¹⁶ La SCJN destaca además que en el debate público la réplica y la contra-argumentación son las mejores herramientas para defender una actuación o punto de vista y que "nadie tiene un mayor acceso al

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 62-63.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 63.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 86-87.

derecho de réplica que un medio de comunicación, máxime si se trata de un rotativo cuya publicación es diaria".¹¹⁷

En cuanto al segundo punto, la sentencia señala que la presunción de constitucionalidad de que goza todo discurso expresivo deriva de que el Estado tiene una obligación primaria de mantenerse neutral frente a los contenidos de las opiniones para garantizar que no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público. Además, destaca, aunque la Constitución no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, "tampoco veda expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias"¹¹⁸ y que el contexto social o político de un Estado puede disminuir la significación ofensiva de la expresión y aumentar el grado de tolerancia que le es debido. La Sala sostiene que "las expresiones que están excluidas de protección constitucional son aquéllas absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: (i) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; y (ii) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado".¹¹⁹ A su juicio,

El debate en temas de interés público debe ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y la opinión pública en general [...]. Al respecto, si bien es cierto que cualquier individuo que participe en un debate público de interés general debe abstenerse de exceder ciertos límites, como el respeto a la reputación y a los derechos de terceros, también lo es que está permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, puede ser un tanto desmedido en sus declaraciones, y es precisamente en las expresiones que puedan ofender, chocar, perturbar, molestar, inquietar o disgustar donde la libertad de expresión resulta más valiosa.¹²⁰

Tras un análisis detallado de la publicación, la Sala concluye que el tema tratado en la columna sí reviste relevancia pública y además se refiere a una figura pública, de modo que a la luz del estándar de la real malicia propio del sistema dual de protección acogido por el ordenamiento jurídico mexicano y habida cuenta de los más específicos criterios que acabamos de referir, no había base para conceder el amparo. Como también ha destacado la RELE, dice

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 87.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 69.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 70.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 71-72.

la Corte: "uno de los mecanismos idóneos tendientes a promover el comportamiento ético de los medios de comunicación, es la crítica a los propios medios de comunicación".¹²¹

IV. Conclusión

En este trabajo hemos dado cuenta de los principales criterios que deben orientar la reconstrucción del significado del derecho a la libertad de expresión consagrado en nuestras normas fundamentales, y en particular los que deben orientar el abordaje de los casos en que sus implicaciones son menos obvias, o aquellos en que deben ser armonizadas con las derivadas de otros derechos o bienes de carácter fundamental.

Aunque la práctica constitucional en torno a la protección de la libre expresión debe entenderse como el resultado de un amplio intercambio colectivo desarrollado con la participación de muchos actores (legisladores, activistas ciudadanos, administradores, jueces, etcétera) en este trabajo, tras identificar las fuentes textuales básicas en referencia a las cuales, de algún modo, este debate se desarrolla, hemos dado cuenta de los pronunciamientos de dos instancias con un papel distintivo en el esquema institucional de protección del derecho: los organismos del sistema interamericano de derechos humanos –especialmente la Corte IDH– y la SCJN.

La síntesis de estándares elaborada por la RELE de la CIDH confiere a los intérpretes guías generales muy valiosas acerca de cómo operar con el derecho, a la luz de lo dicho en una cantidad importante de decisiones por la Corte IDH y por la CIDH, y deberían servir para propiciar incursiones más detenidas en el cuerpo decisorio interamericano que ayuden a evitar un riesgo conocido: caer en una adhesión meramente retórica a esta libertad.

La selección de sentencias de la SCJN presentadas y comentadas en la sección anterior, por su parte, esboza un panorama no exhaustivo pero sí representativo del modo en que el órgano que preside justicia constitucional mexicana ha enfrentado y resuelto en los años recientes casos de libertad de expresión, ilustrando en varias vertientes episodios de su "vida cotidiana" en México. Con la excepción del caso *bandera*, en el cual la SCJN no halla el modo de cuestionar una norma penal que disuade a todos y acalla la disidencia individual, los restantes evidencian un indudable sentido general de progreso: aun con los problemas que presentan los contornos del marco legal para la exigencia de responsabilidades posteriores –en particular la subsistencia en los libros de leyes de imprenta con previsiones parcialmente incompatibles con la libertad de expresión, que no facilitan sino que dificultan la ponderación

¹²¹ *Ibid.*, p. 94.

adecuada de los derechos que se cruzan en los ámbitos analizados y la ausencia de leyes específicas orientadas a reforzar el entorno de ejercicio de esta libertad (leyes sobre derecho de réplica, leyes específicas sobre conflictos entre expresión y derechos de la personalidad, leyes de apoyo al ejercicio de la profesión periodística, etcétera)– observamos ejercicios razonables de resolución de conflictos que dan, en términos generales, su lugar a un derecho cuya filosofía básica no es difícil de entender: la libertad fundamental de decir lo que uno piensa, de disentir, de discutir, de ser incómodo, de participar en una práctica colectiva cuyo vigor debe ser cuidadosamente preservado porque define una parte esencial de la idea de autogobierno democrático, y el derecho a exigir a las autoridades públicas que, en el ámbito de sus competencias, impulsen las muchas medidas que son necesarias para garantizar suficientemente su vigencia cotidiana, tanto en el mundo público como en el de las relaciones privadas.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Facultad de Atracción 107/2010. Decisión del 24 de noviembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=120055>> (19 de junio de 2013).
- Facultad de Atracción 108/2010. Decisión del 24 de noviembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=120058>> (19 de junio de 2013).
- Facultad de Atracción 31/2009. Decisión del 22 de abril de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=106877>> (19 de junio de 2013).
- Facultad de Atracción 46/2009. Decisión del 3 de junio de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108285>> (19 de junio de 2013).
- Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183.
- Ejecutoria: P./J. 46/2007 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006. SENADORES INTEGRANTES DE LA QUINUAGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, p. 1623. Reg. IUS. 20382.
- Amparo en Revisión 2676/2003. Sentencia definitiva 5 de octubre de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=62928>> (19 de junio de 2013).

- Amparo en Revisión 1595/2006. Sentencia definitiva 29 de noviembre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1057/2010. Sentencia definitiva 10 de agosto de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117945>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 17/2011. Sentencia definitiva 18 de mayo de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123732>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva 17 de junio de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1580/2003. Sentencia definitiva 4 de octubre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61305>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1496/2008. Sentencia definitiva 5 de noviembre de 2008. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102423>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 27/2009. Sentencia definitiva 22 de febrero de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105049>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1302/2009. Sentencia definitiva 12 de mayo de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110591>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 2214/1998. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=22818>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 28/2010. Sentencia definitiva 23 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>> (19 de junio de 2013).

- Amparo Directo 1/2010. Sentencia definitiva 8 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=115002>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 6/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 12/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110353>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 3/2011. Sentencia definitiva 30 de enero de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=124353>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 4/2011. Sentencia definitiva 30 de enero de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=124458>> (19 de junio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.
- Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- CIDH. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México 2010* de 7 de marzo de 2011. OEA/Ser.L/V/II Doc. 5.
- CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Capítulo III*. 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser. L./V/II/Doc. 51.
- CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, 17 febrero 1995. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev.

Prohibición de la censura previa: retos en el siglo XXI

Juan Carlos ARJONA ESTÉVEZ*

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

Carta Democrática Interamericana, artículo 4

* Es Licenciado en Derecho y Maestro en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Hubert H. Humphrey Fellow (Fulbright scholar) de 2008-2009 adscrito al Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota. Candidato a doctor por American University, Washington College of Law gracias al apoyo financiero del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y la Secretaría de Educación Pública.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Libertad de expresión: Nociones generales*. III. *La prohibición de la censura previa y la libertad de expresión*. IV. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Censura previa; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

I. Introducción

La censura previa ha sido ampliamente reconocida como una medida draconiana propia de los Estados autoritarios o dictatoriales. Se dice que esta medida es un atentado directo a las "condiciones básicas de una sociedad democrática". A través de la revisión de las ideas o información, previo a su circulación a toda la sociedad, las autoridades pueden identificar aquellas que son contrarias al régimen y por tanto exigir que sean modificadas o eliminadas. Con ello, el debate libre de ideas o de exigencia de transparencia y rendición de cuentas en los asuntos públicos quedarían subsumidas en una oscuridad total. Las y los ciudadanos en estos países se verían impedidas de evaluar el funcionamiento de sus autoridades y las políticas que enarbolan. Las autoridades podrían evitar cualquier debate sobre las políticas existentes. Y más grave aún sería que las y los ciudadanos serían ampliamente persuadidos a partir de ideas e información sin contraste de las diversas políticas que se implementan en un país determinado.

Los riesgos socio-culturales de la censura previa son mucho más amplios. A través de ella se puede imponer una forma de vida "correcta" a las personas, es decir una forma de hablar, de pensar, de relacionarse con las personas, de apreciar el arte, de mantener el *estatus quo*, de educar a las y los hijos, de que creencias religiosas practicar, y de las líneas científicas que desarrollar, entre otras.¹

¹ La Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma que este derecho se "trata entonces de un derecho individual sin el cual se estaría negando la primera y más importante de

Para tratar de evitar los efectos negativos del control "gubernamental" de contenidos político-socio-culturales antes mencionados, en algunos ordenamientos jurídicos, se ha reconocido como parte de los contenidos de la libertad de expresión, la prohibición de la censura previa.² Dicha medida, establecida en un absoluto negativo evitaría cualquier intento de las autoridades para revisar y calificar contenidos con el propósito de modificar o eliminar aquellos que no son acordes con el pensamiento o ideología que se busca que impere en un determinado territorio. No obstante, la postura de prohibir la censura previa ha sido sólo interpretada en relación con las autoridades, por lo que al día de hoy aún existen grandes retos de difusión amplia de contenidos a partir del control privado.³ En otras palabras, los factores reales de poder aún tienen un amplio control delegado en relación con los temas anteriormente mencionados.

Varios organismos internacionales e investigaciones académicas han sustentado que la libre expresión de las ideas e información en sus dos dimensiones –individual y colectiva–, tiene un alto impacto positivo, en el desarrollo de ciudadanía, de búsqueda de igualdad sustancial y de reconocimiento de derechos. Durante las últimas décadas se ha notado una relación simbiótica e indisoluble entre los derechos humanos y la democracia,⁴ en virtud de que el respeto, garantía, protección y promoción de derechos fortalece las posibilidades de que todas las personas participen en el debate público; a su vez, la democracia, como un mecanismo plural en el que se debaten las ideas, puede reconocer deficiencias institucionales que excluyen del ejercicio de sus derechos de ciertas personas, para proponer modificaciones e incorporar a más personas en un debate en igualdad.⁵

Sin duda esta relación simbiótica entre derechos humanos y democracia parten del presupuesto de sociedades libres en el que se puede y debe difundir todo, y debatir de todo entre

nuestras libertades: el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento." CIDH. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. 30 diciembre 2009. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09, párrs. 7, 9 y 31.

² Véase AGOEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, art. 13.2; *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 2013, arts. 6 y 7; *Constitución de los Estados Unidos de América*, enmienda 1.

³ Un ejemplo de ello se narra por García Palafox, Galia. "Entre los Intereses y las Convicciones", *Gatopardo*, Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.gatopardo.com/ReportajesGP.php?R=55>> (19 de junio de 2013). La Corte Interamericana ha indicado que las personas que ejercen la labor periodística en los medios de comunicación deben de gozar de la mayor libertad posible. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 150; CIDH. *Marco Jurídico Interamericano...*, *supra* nota 1, párr. 17.

⁴ Esta relación se encuentra reconocida en la Carta Democrática Interamericana, en particular se resalta la importancia del derecho a la libertad de expresión y prensa. AGOEA. *Carta Democrática Interamericana*. Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001, arts. 4 y 7.

⁵ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano...*, *supra* nota 1, párr. 8.

todas las personas, por lo que para ello, no se debe censurar ninguna idea o información por nefasta o contraria a nuestras creencias socio-culturales sobre lo que es correcto. Con base en dicha presunción es que la prohibición de la censura previa busca que las dos dimensiones de la libertad de expresión sean fortalecidas, tanto para quien recibe o busca ideas o información, como para quien pretende difundirlas, para que a la postre se alimente el sistema democrático a partir de un debate público y universal.⁶ El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante Comité CCPR) ha dicho:

13. La existencia de medios de prensa y otros medios de comunicación libres y exentos de censura y de trabas es esencial en cualquier sociedad para asegurar la libertad de opinión y expresión y el goce de otros derechos reconocidos por el Pacto. Es una de las piedras angulares de toda sociedad democrática. Uno de los derechos consagrados en el Pacto es el que permite a los medios de comunicación recibir información que les sirva de base para cumplir su cometido. La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable. Ello comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres y capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública. El público tiene también el correspondiente derecho a que los medios de comunicación les proporcionen los resultados de su actividad.⁷

Es así que la prohibición de la censura previa ha sido una barrera para aquellos regímenes autoritarios y dictatoriales que buscan imponer sus doctrinas, por lo que se han visto en la necesidad de buscar otras vías para cumplir con esos mismos objetivos. Es así que el derecho de los derechos humanos ha reconocido adicionalmente como parte del derecho a la libertad de expresión, una serie de medidas para evitar que a través de medios indirectos se puedan generar espacios de censura previa, las cuales van desde a imposibilidad de prohibir el secuestro o retención de los medios con los que las ideas e información se expresan hasta la búsqueda de una asignación democrática del espacio radioeléctrico y promover su uso libre sin restricción alguna.⁸

⁶ *Ibid.*, párrs. 7, 9 y 14.

⁷ Comité CCPR. *Observación general No. 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión.* (CCPR/C/GC/34). 12 de septiembre de 2011, párr. 13.

⁸ Cfr. AGOEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 2, art. 13.3; *Constitución Política...*, *supra* nota 2, art. 7; Corte IDH. *Caso Ivcher...*, *supra* nota 3, párrs. 156-164; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 163-174; CIDH. *Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.* Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/publicidad/PRINCIPIOS%20SOBRE%20REGULACI%C3%93N%20DE%20LA%20PUBLICIDAD%20OFICIAL.pdf>> (19 de junio de 2013).

Sin embargo, la prohibición de la censura previa no implica que toda difusión de ideas o información deban ser toleradas o aceptadas legalmente. Sin duda alguna el ejercicio de este derecho puede afectar el ejercicio de derechos de terceras personas, de la sociedad –su seguridad y sus valores–, o la misma seguridad del Estado, razón por la que existe también un acuerdo universal que reconoce la necesidad de establecer responsabilidades ulteriores contra la persona quien se excede en el ejercicio de su derecho, que pueden, dependiendo el caso, censurar *a posteriori* las ideas o información difundida.⁹ Si bien este trabajo no aborda el tema de responsabilidades ulteriores y los parámetros para su ponderación con otros derechos humanos, no pueden dejarse de lado debates en torno a la censura previa como medidas previas para proteger la salud de las personas, así como para la protección de la vida privada y honra a través de la censura judicial a partir de las medidas cautelares o de protección, o bien la responsabilidad objetiva del Estado de proteger el desarrollo psicosocial de la infancia en espacios públicos, en particular en aquellas ideas o información que se trasmite por el espacio radioeléctrico.¹⁰

Por lo anterior, este artículo abordará los estándares que se han desarrollado en los organismos interamericanos de derechos humanos y del poder judicial mexicano entorno a la prohibición de la censura previa. En un segundo momento, se plantearán la prospectiva de temas sobre los que se puede desarrollar un debate más amplio al respecto de la prohibición de la censura y sus alcances, más allá del debate político, de transparencia y de rendición de cuentas en el que por lo general se encuentra inmerso.

II. Libertad de expresión: nociones generales

El derecho a libertad de expresión es un derecho ampliamente reconocido por el derecho de los derechos humanos, sea en la normatividad constitucional, sea en el derecho internacional de los derechos humanos, y consiste en la libertad que tiene toda persona de difundir ideas e informaciones de toda índole y por cualquier medio de su elección.¹¹ La libertad de expresión comprende:

⁹ Cfr. AGOEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 2, art. 13.2; *Constitución Política...*, *supra* nota 2, arts.6 y 7; CIDH. *Marco Jurídico Interamericano...*, *supra* nota 1, párrs. 57-90.

¹⁰ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano...*, *supra* nota 1, párr. 91; El único tipo de censura previa que admite la Convención Americana sobre Derechos Humanos es para proteger el desarrollo psicosocial de la infancia, por lo que cualquier otro control previo de ideas o información debe estar regulado por el sistema de responsabilidades ulteriores. AGOEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 2, art. 13.4.

¹¹ AGOEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 2, art. 13.1; AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, art. 19; AGONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25. 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, arts. 12-13; AGONU. *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Resolución A/RES/61/106. 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008, art. 21; CE. *Convenio para la Protección de*

... 1) el derecho a hablar, esto es, a expresar oralmente los pensamientos, ideas, información u opiniones; 2) el derecho a hablar implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma que elijan para expresarse; 3) el derecho a escribir, esto es, a expresar en forma escrita o impresa los pensamientos, ideas, información u opiniones; 4) el derecho a difundir las expresiones habladas o escritas de pensamientos, informaciones, ideas u opiniones, por los medios de difusión que se elijan para comunicarlas al mayor número posible de destinatarios; 5) el derecho a la expresión artística o simbólica, a la difusión de la expresión artística, y al acceso al arte, en todas sus formas; 6) el derecho a buscar, a recibir y a acceder a expresiones, ideas, opiniones e información de toda índole; 7) el derecho de tener acceso a la información sobre sí mismo contenida en bases de datos o registros públicos o privados, con el derecho correlativo a actualizarla, rectificarla o enmendarla, y 8) el derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio, a transportar dicha información y a distribuirla... (notas al pie omitidas).¹²

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") ha reconocido que la libertad de expresión está protegida por el artículo 6o. constitucional es amplia, e incluye cualquier medio de comunicación, incluidos los tecnológicos.¹³

En la forma de reconocer la libertad de expresión se desprenden dos elementos que se protegen. Por un lado las ideas y por otro lado la información. En el primer caso, la difusión de las ideas tiene un amplio margen de protección, que incluye las impresiones –positivas o negativas– que se puede tener de las personas o de las cosas.¹⁴ Mientras que la difusión información tiene un elemento más restringido, porque conlleva a valoraciones "objetivas" que la persona que informa debe tener antes de difundir la información, entre ellas la de buena fe.¹⁵ La diferencia entre ideas e información y la forma en que se expresan no es cosa

los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Adoptada en Roma el 4 de noviembre de 1950, y reformada por los protocolos 11 y 14, art. 10.

¹² CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2012. Volumen II. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III. Jurisprudencia Nacional en Materia de Libertad de Expresión.* 5 de marzo de 2013, párr. 32. OEA/Ser.L/V/II.147 Doc. 1

¹³ Ejecutoria: P.XC/2000, AMPARO EN REVISIÓN 2352/97. UNITED INTERNATIONAL PICTURES, S. DE R.L., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000, p. 358. Reg. IUS. 6417; y Tesis: 1a. CCIX/2012 (10a.), LIBERTAD DE IMPRENTA. SU MATERIALIZACIÓN EN SENTIDO AMPLIO EN DIVERSAS FORMAS VISUALES, ES UNA MODALIDAD DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ENCAMINADA A GARANTIZAR SU DIFUSIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, p. 509. Reg. IUS. 2001674.

¹⁴ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano*. . . , *supra* nota 1, párrs. 30-46.

¹⁵ Tesis: I.7o.C.4 K (10a.), RESPONSABILIDAD POR EXPRESIONES QUE ATENTAN CONTRA EL HONOR DE SERVIDORES PÚBLICOS Y SIMILARES. DEMOSTRACIÓN DE SU CERTEZA EN EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3, p. 2198. Reg. IUS. 2002640. Si bien la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión

trivial, ya que dependiendo de lo que se exprese, el umbral de protección es mayor o menor en virtud de los valores que se afectan en la expresión de unas o de otras.

El ejercicio de este derecho no es ilimitado y está sujeto a restricciones, comúnmente aplicadas como responsabilidades ulteriores, las cuales deben de cumplir con elementos formales y materiales a efecto de ser consideradas acordes al derecho constitucional e internacional en la materia. A nivel internacional y nacional se han elaborado diversos criterios que van guiando la forma y los supuestos en los que las responsabilidades ulteriores deben de operar.¹⁶

Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "Comisión Interamericana") y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana") han indicado que el exigir el requisito de veracidad de la información, implica un mecanismo de censura previa a la vista de quien revisa el contenido informativo, o puede imponer un régimen de responsabilidades ulteriores que tengan el efecto de autocensura (CIDH. *Marco Jurídico Interamericano*. ..., *supra* nota 1, párr. 17; Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 33), esta misma relatoría ha dicho que informaciones que tienen el propósito de causar un daño y sean falsas, ya sea porque son producidas, o existe negligencia en la búsqueda de la verdad o la falsedad de las mismas, no está protegida por el derecho a la libertad de expresión. CIDH. *Antecedentes e Interpretación de Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, párr. 46. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>> (19 de junio de 2013). En ese mismo sentido, la Corte Interamericana indicó en el caso *Usón Ramírez contra Venezuela* que "al condicionar su opinión, se evidencia que el señor Usón Ramírez no estaba declarando que se había cometido un delito premeditado, sino que en su opinión se habría cometido tal delito en el caso que resultara cierta la hipótesis sobre el uso de un lanzallamas. Una opinión condicionada de tal manera no puede ser sometida a requisitos de veracidad. Además, lo anterior tiende a comprobar que el señor Usón Ramírez carecía del dolo específico de injuriar, ofender o menospreciar, ya que, de haber tenido la voluntad de hacerlo, no hubiera condicionado su opinión de tal manera". (Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207). La Comisión Interamericana ha sistematizado diversas decisiones nacionales sobre la aplicación del estándar de la *Real Malicia*, y en el caso *Patitó, José Ángel y et al. vs Diario La Nación en Argentina*, el tribunal indicó que es este estándar el aplicable y no el de la verdad o veracidad, lo que implica analizar entre otras cosas es si "la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad", en otras palabras, "si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. (CIDH. *Marco Jurídico Interamericano*. ..., *supra* nota 1, párrs.106-107). La primera sala de la Suprema Corte por su parte indicó que el estándar de la *Real Malicia* "exige que la expresión que alegadamente causa un daño a la reputación de un funcionario público haya sido emitida con la intención de causar ese daño, con conocimiento de que se estaban difundiendo hechos falsos, o con clara negligencia respecto de la revisión de la aparente veracidad o falta de veracidad de los mismos". (CIDH. *Marco Jurídico Interamericano*. ..., *supra* nota 1, párr. 109). En Uruguay, el Tribunal de Apelaciones en lo penal indicó que bajo el estándar de la *Real Malicia* "las notas no reflejan y el denunciante no lo probó conforme a su carga legal, que la intención del autor fuera la "de agraviar a las personas o vulnerar su vida privada". (CIDH. *Marco Jurídico Interamericano*. ..., *supra* nota 1, párr. 111). Finalmente, en Panamá se decidió que las personas acusadas "no actuaron con real malicia, pues no se vislumbra una temeraria despreocupación acerca de la verdad". (CIDH. *Marco Jurídico Interamericano*. ..., *supra* nota 1, párr. 112). En la legislación mexicana, en la Ley de Imprenta se reconoce el estándar de la *Real Malicia* en sus artículos 4-5. "Artículo 4o. En los casos de los tres artículos que preceden, se considera **maliciosa una manifestación o expresión** cuando por los términos en que está concebida sea ofensiva, o cuando implique necesariamente la intención de ofender. Artículo 5o. **No se considera maliciosa una manifestación o expresión aunque sean ofensivos sus términos por su propia significación**, en los casos de excepción que la ley establezca expresamente, y, además, **cundo el acusado pruebe que los hechos imputados al quejoso son ciertos, o que tuvo motivos fundados para considerarlos verdaderos y que los publicó con fines honestos**". *Ley sobre Delitos de Imprenta*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de abril de 1917. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril de 2012, arts. 4-5.

¹⁶ A nivel nacional se puede consultar: Tesis: I.7o.C.3 K (10a.), DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SU PROTECCIÓN INVOLUCRA LO REVELADO RESPECTO DE SERVIDORES PÚBLICOS A PARTIR DE RESPONSABILIDADES POSTERIORES AL DESEMPEÑO DE SU CARGO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima

Dentro de los elementos formales el más importante es que la restricción sea establecida por una ley formal, es decir que derive de un proceso formal de creación de leyes. Dicho procedimiento debe ser conducido a partir de un proceso dialogante en una asamblea o parlamento, por actores ajenos a la aplicación directa de la restricción.¹⁷ Por lo que respecta a los elementos materiales, la restricción debe ser proporcional y sea necesaria en un Estado democrático.¹⁸ Son éstos los elementos que debería de conducir al órgano colegiado a determinar en qué casos y bajo qué circunstancias el ejercicio de la libertad de expresión puede restringirse en una valoración entre este derecho *vis a vis* los derechos de terceras personas, el derecho a la seguridad de las personas o la necesidad de resguardar cierta información por parte de la autoridad para evitar riesgos a la seguridad del Estado. En particular el elemento material de proporcionalidad de la responsabilidad ulterior cobra vital importancia en relación con la censura previa, en virtud de que una medida que de manera desproporcionada sancione el ejercicio indebido de la libertad de expresión, puede traer como consecuencia una autocensura.¹⁹

En el derecho constitucional e internacional, el listado de motivos por lo que puede derivar el establecimiento de una restricción no son taxativos, sino que establecen valores contra los que se tiene que ponderar el ejercicio de la libertad de expresión –derecho de terceros, el orden público, y la seguridad nacional–, por los que la autoridad responsable de establecer dichas limitaciones deberá analizar en cada caso cuando es indispensable cada una de éstas y legislar, ahora sí taxativamente, y bajo los elementos materiales antes definidos cada una de las restricciones.²⁰

Existen sin embargo algunos mandatos concretos en los que si se exige su restricción penal en todos los casos; por ejemplo, en razón de los hechos acontecidos en la segunda guerra

Época, México, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3, p. 2036. Reg. IUS. 2002503; Tesis: 1a. CCXVIII/2009 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU ESPECIAL POSICIÓN FRENTE A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 286. Reg. IUS. 165761; Tesis: 1a. LVIII/2007 (9a.), LIBERTADES DE EXPRESIÓN E IMPRENTA Y PROHIBICIÓN DE LA CENSURA PREVIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Febrero de 2007, p. 655. Reg. IUS. 173251; y Tesis: I.7o.C.4 K (10a.)..., *supra* nota 13. En el ámbito internacional se pueden consultar: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177; y Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

¹⁷ AGOAS. *Convención Americana...*, *supra* nota 2, arts. 13.2, 13.5 y 30; Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 26-27; Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria...*, *supra* nota 13, párr. 39-40; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; CIDH. *Marco Jurídico Interamericano...*, *supra* nota 1, párr. 69.

¹⁸ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano...*, *supra* nota 1, párrs. 74-89.

¹⁹ CIDH. *Antecedentes e Interpretación de Declaración...*, *supra* nota 13, párr. 50.

²⁰ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano...*, *supra* nota 1, párrs. 74-82.

mundial, se incorporó una restricción de carácter obligatorio y consiste en la prohibición de "toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". Esta limitación está acompañada con una serie de obligaciones que las autoridades deben de cumplir a fin de evitar la discriminación –entre ellas la eliminación de estereotipos denigrantes– que a la postre puede decantar en apología al odio y consecuentemente a actos de violencia física.²¹ En ese mismo sentido, se prohíbe internacionalmente cualquier "instigación directa y pública a cometer genocidio".²² Otras limitaciones específicas son las prohibiciones de la pornografía infantil,²³ y de la trata de personas,²⁴ las que en ambos casos establecen obligaciones que deben armonizarse con el ejercicio de la libertad de expresión. Nos referimos en particular a la prohibición de la censura en relación con la obligación de los Estados de tomar "medidas para incautar y confiscar ... [l]os bienes tales como materiales, activos y otros medios utilizados para [realizar estas conductas, así como] para cerrar, temporal o definitivamente, los locales utilizados para cometer esos delitos".²⁵ Finalmente, en el derecho internacional también se ha establecido de manera reciente, una serie de obligaciones generales para eliminar los estereotipos de género.²⁶ Algunas preguntas que quedarían serían las de como relacionar las medidas para prevenir la discriminación y la violencia *vis a vis* la libertad de expresión.

²¹ AGOEA. *Convención Americana*..., *supra* nota 2, art. 13.5; AGONU. *Pacto Internacional*..., *supra* nota 9, art. 20.

²² AGONU. *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. Resolución 260 A (III). 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951, artículo 3.

²³ La prohibición de la pornografía infantil consiste entre otras en "[l]a producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, [de] toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales". Véase AGONU. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Resolución A/RES/54/263. 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002, arts. 2-3.

²⁴ La prohibición de la trata de personas buscar erradicar "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos". AGONU. *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Resolución A/45/49. 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003.

²⁵ AGONU. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño*..., *supra* nota 23, art. 7; AGONU. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Resolución A/RES/55/25. 8 de enero de 2001. Entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, arts. 12 y 13.

²⁶ AGOEA. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, art. 10.c.; OEA. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. Adoptado en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 5 de marzo de 1995, arts. 6.b. en relación con 7.c.

Regresemos a los elementos que la libertad de expresión protege (ideas e información) con el objeto de identificar las diferencias en sus alcances y la posibilidad de su restricción. Por ejemplo, una película de ficción que aborde el tema de VIH-SIDA indicando que el sistema inmunológico de una persona es capaz de contrarrestar los efectos del virus o curar del síndrome mientras más actividad sexual sin protección realice, es una *idea* perturbadora que no deja de ser una *idea* que en sí misma y que como parte de una expresión artística no debe ser sujeta a una responsabilidad ulterior; sin embargo, un documental que argumente que a partir de una constante actividad sexual sin protección tiene el efecto antes mencionado, estaría difundiendo información equivocada que podría poner en riesgo la salud de las personas y que por ende debe ser restringida para proteger los derechos de terceros y el derecho a la seguridad de las personas, sea como parte de protección del orden o la salud públicas. Sin embargo, el formato para establecer dicha restricción, siguiendo la Convención Americana sólo podría hacerse después de su difusión en el espacio público, es decir, el órgano censor responsable de clasificar las películas con el propósito de regular el acceso de los niños y niñas no es competente para determinar dicha restricción.

De la misma forma se ha optado por abordar los temas que enmarcan la superioridad racial o de género. Las ideas que sostienen, o buscan sostener la superioridad racial o de género son permitidas hasta que éstas no generan actos de apología al odio y se terminen concretándose en actos de violencia; de forma contraria, la expresión como información que sostenga dicha superioridad puede ser proscrita por encaminar a una idea falsa por conllevar intrínsecamente razones por las cuales se podría dar un trato discriminatorio a personas que pertenecen a cierta "raza". Lo anterior no significa que los Estados estén autorizados en penalizar las expresiones "de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados";²⁷ es decir, teorías revisionistas de hechos históricos como el holocausto.

Si estas premisas hasta aquí son correctas, podemos inferir que existe una diferencia en el trato a cada uno de estos elementos de la libertad de expresión, misma que se ve recientemente reflejado incluso en el carácter insuspendible del derecho a la libertad de opinión (ideas), *vis a vis* la posibilidad de suspender el ejercicio de la libertad de expresión en relación con la información que será difundida.²⁸ La pregunta sería ¿esta misma diferencia podría ser aplicable en otros temas como información sobre cuestiones relacionadas con la salud o derechos de los consumidores, protección frente a actos de pornografía infantil, *vis a vis* la prohibición de la censura?

²⁷ Comité CCPR. *Observación general No. 34...*, *supra* nota 7, párr. 49.

²⁸ *Ibid.*, párr. 5.

III. La prohibición de la censura previa y la libertad de expresión

Hasta aquí el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos coinciden, en términos generales, tanto en los elementos que protegen como en las razones por las que la libertad puede ser restringida. Sin embargo, en el derecho internacional de los derechos humanos existe una diferencia en el ámbito regional americano. Mientras que en el sistema universal, europeo y africano de derechos humanos son omisos en relación con la posibilidad de que el Estado establezca controles de censura previa, en el sistema interamericano de derechos humanos, su prohibición es absoluta en relación con el contenido,²⁹ pero establece una restricción de accesibilidad al mismo dependiendo de la edad de quien recibe las ideas o la información, comúnmente conocidas como criterios de clasificación. Más adelante analizaremos los distintos caminos interpretativos que nos permite esta excepción a la censura previa.

El sistema interamericano de derechos humanos es enfático al prohibir la censura previa y sólo la admite para "regular el acceso [a espectáculos públicos] para la protección moral de la infancia y la adolescencia".³⁰ Ello quiere decir que los redactores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") parten de dos premisas que no están sujetas a debate. Una es que no se admite la censura previa, y dos, que en una ponderación de derechos entre la libertad de expresión y el desarrollo moral de la infancia y adolescencia, siempre se debe optar –en el espacio público– por el segundo, razón por la que se deberá –informar o limitar– el acceso de niños, niñas y adolescentes a espectáculos que podrían afectar su desarrollo psicosocial. Este criterio ha sido reconocido en México en las tesis 1a. CLXXXVII/2012, 1a. LIX/2007 (9a.); y I.4o.A.13 K (10a.); en particular en la primera de ellas se identifica a la prohibición de la censura previa como una regla, la cual no está sujeta a un ejercicio de ponderación frente a otros derechos.³¹

²⁹ OEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 2, art. 13.2 en relación con el art. 13.4.

³⁰ *Ibid.*, art. 13.4.

³¹ Tesis: 1a. CLXXXVII/2012 (10a.), LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE RESTRINGEN SU EJERCICIO CONSTITUYEN ACTOS DE CENSURA PREVIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, p. 512. Reg. IUS. 2001680; Tesis: 1a. LIX/2007 (9a.), CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Febrero de 2007, p. 632. Reg. IUS. 173368; y Tesis: I.4o.A.13 K (10a.), CENSURA PREVIA. ESTÁ PROHIBIDA POR LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, A MENOS DE QUE SE ACTUALICE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN SU ARTÍCULO 13, NUMERAL 4, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, Reg. IUS. 2002720. También pueden consultarse: Tesis: P/J. 26/2007 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Mayo de 2007, p. 1523. Reg. IUS. 172476; Tesis (5a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo II, p. 395. Reg. IUS. 291160; Tesis: P/J. 24/2007 (9a.),

Si la afirmación anterior es correcta, ninguna de las hipótesis planteadas anteriormente podrían vencer la regla de prohibición de censura previa, y lo que quedaría es determinar cuáles serían las opciones de política pública para proteger los derechos humanos a la información en relación con la salud y los derechos del consumidor, y la protección posibles víctimas de trata de personas, y de niños y niñas de ser víctimas de pornografía infantil.

Esto como veremos más adelante, también debe analizarse si va más allá de los espectáculos públicos y la forma en cómo debe operar la co-responsabilidad del Estado y las personas que ejercen la patria potestad de los niños y niñas de velar por un desarrollo psicosocial "adecuado" al momento de recibir información que pudiera ser inapropiada para su desarrollo psicosocial.

Como se antecedió, el derecho a la libertad de expresión está compuesto de la libertad de difundir ideas o información, y cualquiera de estas libertades puede estar sujeto a censura previa bajo los parámetros antes mencionados. También se adelantó que estas ideas o información pueden ser expresadas en cualquier forma, ya sea oral, escrita o artística, a través de medios tales como la imprenta, la radio, la televisión, el internet, la representación, la escultura, y la arquitectura, entre otros. Los medios por los que las ideas y la información son expuestas pueden darse en el ámbito público como en el privado, pero para el Sistema Interamericano, el mecanismo de censura previa primordialmente está enfocado en los espectáculos públicos, más no en los espacios públicos lo cual tiene unos impactos prácticos en nuestros días, tanto en la televisión por cable, las bibliotecas públicas, el teatro, el internet, sólo por mencionar unos espacios.

Una vez indicado que existe una prohibición absoluta de la censura previa excepto una situación concreta, se tiene que aclarar que la censura previa implica una determinación que tiene una autoridad legislativa, ejecutiva o judicial para impedir la circulación de ideas o de información antes de llegar al espacio público, o bien exigiendo o condicionando modificaciones en ellas para poder ser dados a conocer.³² La autoridad legislativa al establecer facultades a las autoridades ejecutivas de autorización de las ideas o información antes de que salgan al espacio público, o bien otorgando facultades al poder judicial para interrumpir temporalmente las ideas e información por la protección de otros bienes jurídicos. La autoridad ejecutiva puede generar censura previa, si su actos de clasificación se transforman en censura previa,

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 60. Y 70. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Mayo de 2007, p. 1522. Reg. IUS. 172477; y Tesis: 1a. CCXVIII/2009 (9a.)..., *supra* nota 14.

³² CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2012. Volumen II. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III. Jurisprudencia Nacional en Materia de Libertad de Expresión*. 5 de marzo de 2013, párr. 123-5. OEA/Ser.L/V/II.147 Doc. 1

o si confunde su papel en la denuncia de presuntos delitos con el de clasificar el contenido de las ideas o información que se difunde. Y la autoridad judicial puede censurar previamente si a partir de sus decisiones impide la libre circulación de las ideas, en los casos en los que sus decisiones son precautorias o no son firmes. En este último caso se puede consultar el Caso Martorell.³³

La prohibición de la censura previa en las Américas no se ha circunscrito a los medios directos en los que esta conducta puede darse, sino que también se prohíbe que las autoridades, vía métodos indirectos, puedan ejercer un control sobre los contenidos, sea a través de la distribución del espacio radio eléctrico, por medio del control del papel, del uso de la publicidad oficial, la colegiación obligatoria de los periodistas, entre otros.

En México, tanto la censura previa, como el control de medios indirectos están igualmente prohibidos constitucionalmente aunque con un lenguaje acorde a inicios del siglo XX. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución" se refiere a que no puede existir inquisición administrativa o judicial al expresar ideas, excepto que afecte alguno de los bienes generales comúnmente aceptados (derechos de tercero u orden público). Y en virtud del periodo en que se elaboró la Constitución, el único medio que encontró reconocimiento constitucional fue el de la libertad de imprenta, en el que claramente se prohíbe la previa censura, así como los medios indirectos relacionados con esta forma de expresión.

1. Colegiación obligatoria de los periodistas

Como se ha indicado, la protección de la libertad de expresión, en particular la prohibición de la censura previa, ha concentrado en sus debates principalmente en las ideas e información de índole político como un mecanismo para fomentar la transparencia y la rendición de cuentas, no sólo de las autoridades, sino de todas aquellas personas públicas que con sus decisiones impactan la vida económica y social de un país.

La búsqueda constante de información y su difusión, así como el cuestionamiento constante de las políticas públicas proviene por lo general del ejercicio de la labor periodística. Personas

³³ CIDH. *Caso 11.230. Martorell v. Chile. Informe No. 11/96*. 3 de mayo de 1996. Existe legislación en México que en protección de las víctimas de delitos como la pornografía o la trata de personas podrían solicitar que se impida la distribución de materiales constitutivos del delito, sin tener una sentencia firme del juzgado penal. Véase por ejemplo: *Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2012, arts. 3, fracs I, V, VI, X; 4, fracs.; 13; 14; 15, todo en relación con el art. 73. O la autorización de medidas de aseguramiento de películas no clasificadas. *Ley Federal de Cinematografía*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 1992. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de abril de 2010, arts. 47 y 48.

que comúnmente uno identifica adscritos a algún medio de comunicación sea oral (radio o televisión), o escrito (periódico o publicaciones periódicas con contenido político). La importancia de su labor en el proceso de rendición de cuentas y adecuada transmisión de información a la población es de vital importancia para la construcción de ciudadanía. En virtud de ello, el planteamiento de una colegiación obligatoria de esta labor podría parecer adecuada, sin embargo, en una mirada más minuciosa, bajo los estándares internacionales de protección de derechos humanos, se puede identificar como una medida así puede ser violatoria de la libertad de expresión, por ser desproporcional al derecho a la libertad de trabajo, e imponer un régimen de censura previa general, a través del procedimiento de colegiación por el cual las personas deben de pasar.

Al analizar esta temática, la Corte Interamericana inició su reflexión indicando que la colegiación obligatoria de los periodistas es una restricción a la libertad de expresión, porque las personas no colegiadas como periodistas, y que expresan su opinión o difunden ideas o información, podrían ver comprometida su responsabilidad, por lo que lo relevante es analizar si esta medida es compatible con los estándares de la Convención Americana, en particular el hecho de que dichas medidas sean "necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".³⁴

En ese orden de ideas, la Corte IDH indicó que los argumentos detrás de la Colegiación Obligatoria de los Periodistas buscan justificar la protección del orden público, y menciona que la "organización de las profesiones ... en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas",³⁵ sin embargo, la restricción de la libertad de expresión en un ejercicio de ponderación entre el derecho de expresarse de cualquier persona, no debe ser el único factor a ser evaluado frente al orden público de la sociedad, ya que en una sociedad democrática, es el derecho a libertad de expresión el que permite "las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto".³⁶

En palabras de la Corte IDH, "[l]a libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse",³⁷ y diversas personas o grupos de políticos, sindicatos,

³⁴ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria...*, *supra* nota 13, párrs. 58-59.

³⁵ *Ibid.*, párrs. 63-64, y 68.

³⁶ *Ibid.*, párr. 69.

³⁷ *Ibidem*.

sociedad científicas y culturales, defensores de derechos humanos, víctimas de violaciones de derechos humanos, entre otros, deben de tener la posibilidad de manifestarse,³⁸ es así que el periodismo "no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones. ...".³⁹

Por ejemplo, profesiones como la medicina o la abogacía, además de no estar íntimamente ligado a un derecho humano como es el caso de la libertad de expresión y el periodismo,⁴⁰ también requiere una vigilancia estatal para el adecuado desempeño de su profesión, ya que a través de las personas que la ejercen se garantizan otros derechos como la salud o una defensa adecuada.

En relación con la segunda situación, el obligar por ley a que los periodistas se colegien, implica que deben de cumplir con ciertos requisitos para desempeñar su labor, por ejemplo tener cierto grado académico, cursos de dicción o de redacción, entre otros, y pasar por procedimientos escritos y de entrevista oral, limitaría a todas las personas que no cumplan con estos requisitos, su ejercicio la libertad de expresión.⁴¹ Igual de grave es que las personas que sí cumplen los requisitos formales, puedan ser excluidas del proceso de colegiación derivado de sus ideas políticas o sociales.

En ambos casos la censura sería previa e indirecta porque no se concretiza en un acto concreto de revisión de un texto, dialogo o imagen, sino que previo a cualquier ejercicio de expresión existirá un control sobre quienes pueden expresarse.⁴² Más aún, el determinar que por razones de orden público, la labor periodística requiere que exista un control adicional sobre quienes puede formar parte él, de la misma manera que el Estado vigila la profesión médica, o la de la abogacía. En estos últimos dos casos, la regulación de estas profesiones son esenciales para brindar calidad en el derecho a la salud o de acceso a la justicia, mientras que la desregulación de la labor periodística permite el debate más amplio sobre cualquier tema en la agenda social, permitiendo la disponibilidad del mismo por cualquier persona. Con ello, cualquier persona, independientemente de sus posturas políticas, grados de estudios,

³⁸ *Ibid.*, párr. 70.

³⁹ *Ibid.*, párr. 71.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 73.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 74.

⁴² Esta misma restricción podría suceder si la participación en asuntos públicos se exige sea únicamente a través de partidos políticos, o se ponen requisitos innecesarios a publicaciones, programas televisivos o películas que vengan del extranjero.

edad, u orientación sexual, entre otros, podría expresar lo que piensen sobre cualquier tema, e incluso contribuir con conocimientos técnicos obtenidos por experiencia o estudios.

Es así que cuando se trató de justificar la Colegiación Obligatoria de Periodistas para que puedan desarrollar una actividad profesional remunerada, no fue aceptado por la Corte Interamericana al considerar que la libertad de expresión y el periodismo tienen una relación indisoluble.⁴³ En el caso de México, valdría la pena analizar el impacto que tiene el hecho de que la Secretaría de Educación Pública extienda "certificados de aptitud al personal de locutores que eventual o permanentemente participe en las transmisiones", o de que se requiera que los cronistas o comentaristas tengan que presentar ante la Secretaría de Educación Pública, "un certificado que acredite su capacidad para la actividad especial a que se dediquen" a la luz de la Colegiación Obligatoria, y la posible restricción de ejercer la libertad de expresión.⁴⁴

La Corte Interamericana concluye que la Colegiación Obligatoria de los Periodistas es incompatible con el derecho a la libertad de expresión, por establecer requisitos para su ejercicio, que en la práctica se transformarían en restricciones que no compatibles con las establecidas en la Convención Americana. La Comisión Interamericana es de la misma opinión de la Corte Interamericana.⁴⁵

2. Imprenta

Por lo general cuando nos referimos a la previa censura nos vienen a la cabeza imágenes de autoridades revisando el contenido de libros u otro tipo de publicaciones impresas, la cuales la autoridad minuciosamente revisa el contenido para ver si este es contrario a las ideas políticas. Esas imágenes podrían parecer de inicios del siglo XX y nada relacionado con hechos posteriores a la posguerra; sin embargo, en Chile, en épocas posteriores a la dictadura (1993), los ejemplares del libro titulado *Ética y Servicios de Inteligencia* de Humberto Antonio Palamara fue incautado en la sede de la imprenta, junto con los originales y el disco duro en dónde se contenía la publicación, le borraron la versión electrónica que estaba en el disco duro del autor e incautaron los ejemplares en su domicilio. Este acto de autoridad fue declarado

⁴³ *Ibidem*. Misma opinión tuvo el Supremo Tribunal Federal de Brasil al resolver si la norma que obligaba a tener un diploma de periodismo para ejercer la labor periodística era compatible con la libertad de expresión reconocido en la Convención Americana. CIDH. *Marco Jurídico Interamericano*. . . , *supra* nota 1, párrs. 141-143.

⁴⁴ *Ley Federal de Radio y Televisión*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1960. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril de 2012, arts. 11, 84, 86-89; *Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en materia de Concesiones, Permisos y Contenido de las Transmisiones de Radio y Televisión*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de octubre de 2002, art. 10, frac. II.

⁴⁵ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria*. . . , *supra* nota 13, párr. 81; CIDH. *Marco Jurídico Interamericano*. . . , *supra* nota 1, párr. 31.

por la Corte IDH como un acto de censura previa, y por ende una violación a la libertad de expresión.

La Corte Interamericana señaló el reconocimiento de la libertad de expresión no se limita únicamente a que le permitieran escribir:

... sus ideas y opiniones, sino que tal protección [comprende] el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro[,] utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios y que éstos pudieran recibir tal información.⁴⁶

En el caso de México, se ha dicho que la CPEUM prohíbe la censura previa, en particular el artículo 7 señala que:

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. ...

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión...

La Ley sobre Delitos de Imprenta no establece como parámetro guía de dicha legislación que la censura previa está prohibida, y si bien no se identifican mecanismos de control directo, las definiciones son ambiguas y dan un margen de discrecionalidad a la autoridad sancionadora. Más aún, la Ley sobre Delitos de Imprenta contiene una disposición que podría tener requisitos que podrían inhibir la rápida difusión de las ideas e información, al exigir que

...para poder poner en circulación un impreso, fijarlo en las paredes o tableros de anuncios, exhibirlo al público en los aparadores de las casas de comercio, repartirlo a mano, por correo, express o mensajero, o de cualquier otro modo, deberá forzosamente contener el **nombre de la imprenta, litografía, taller de grabado u oficina donde se haya hecho la impresión, con la designación exacta del lugar en donde aquélla está ubicada, la fecha de la impresión y el nombre del autor o responsable del impreso.**

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la prohibición de la censura previa en CIDH. Caso 10.325. Grenada. Informe No. 2/96. 1 de marzo de 1996.

La falta de cualquiera de estos requisitos, hará considerar al impreso como clandestino, y tan pronto como la Autoridad municipal tenga conocimiento del hecho, impedirá la circulación de aquél, recogerá los ejemplares que de él existan, inutilizará los que no puedan ser recogidos por haberse fijado en las paredes o tableros de anuncios, y castigará al dueño de la imprenta...⁴⁷

Una disposición de estas características, ante las realidades actuales en las que desde el hogar de cualquier persona se pueden imprimir estos materiales, permitiría a la autoridad retirarlos de su exhibición por no contar con los requisitos establecidos por la ley, impidiendo así la más libre y amplia difusión de las ideas e información. Sólo quedaría el debate sobre aquellas impresiones que a decir de la Convención Americana deberían ser sujetos a previa censura para evitar su acceso a los niños y las niñas.

Si bien, se ha reconocido que la autoridad no puede ejercer un mecanismo de censura previa en los materiales impresos, como podrían ser libros u otro material no regulado por la normatividad de publicaciones periódicas, la misma la tendencia en materia de responsabilidad se extendía a que la persona que se dedicaba a la edición y distribución de los materiales era responsable solidario, lo que implicaría que se establecieran regímenes de censura privados o entre particulares para evitar una posible sanción civil o penal derivado de un contenido generado por alguien más., por lo que en el Amparo Directo 8/2012, la Suprema Corte libró de responsabilidad a editores(as) y distribuidores(as) de las publicaciones, excepto en el caso de inserciones pagadas por particulares, y en cualquier otro caso, siempre que no en el caso de que se no "(i) identifiquen y conserven los datos de identificación de los autores de las notas; y (ii) publiquen y distribuyan los artículos respetando su contenido en los términos presentados por sus autores".⁴⁸

a. Publicidad como herramienta de comunicación

Un tema olvidado desde la perspectiva de la libertad de expresión es el de la publicidad como la herramienta del prestador(a) de bienes o servicios. La publicidad por lo general es

⁴⁷ *Ley sobre Delitos de Imprenta*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de abril de 1917. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril de 2012.

⁴⁸ Amparo Directo 8/2012. Sentencia definitiva de 4 de julio de 2012. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136042> (19 de junio de 2013); Tesis 1a. CLXXII/2012 (10a.), DAÑO MORAL. SUPUESTO EN EL QUE PUEDEN SER RESPONSABLES LAS PERSONAS QUE SE DEDICAN A LA EDICIÓN, VENTA, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MEDIOS IMPRESOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 480; Tesis I.11o.C.193 C (9a.), CENSURA. LA EMPRESA QUE EDITA Y PUBLICA UNA OBRA, CARECE DE FACULTAD PARA EXAMINAR QUE SU CONTENIDO NO CONTenga CALIFICATIVOS INJURIOSOS Y EXPRESIONES MALICIOSAS, ASÍ COMO REVISAR LA VERACIDAD DE LO INFORMADO Y POR ELLO IMPEDIR SU PUBLICACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Octubre de 2007, p. 3110. Reg. IUS. 171230.

abordado a través de los debates de protección al consumidor, o bien recientemente en los procesos electorales, sin embargo pareciera que algunas facultades de los órganos garantes de los derechos del consumidor y de los derechos político-electorales podrían afectar sensiblemente el derecho a la libertad de expresión, en relación con la prohibición de la censura previa.

■ Publicidad en general

Por ejemplo, si observamos la Ley Federal de Protección al Consumidor, en aras de proteger los derechos de las y los consumidores exige que la información difundida sea "veraz, comprobable y [exenta de elementos] que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas y abusivas";⁴⁹ lo cual debe de requerir un análisis a partir del concepto de la *Real Malicia*; sin embargo, esta ley determina que la información o publicidad engañosa o abusiva es la que "pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión al consumidor por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta";⁵⁰ sin considerar la intención de quien emite la información. El análisis sobre el contenido de la información en la publicidad puede ser controlado a partir de los lineamientos que emite la Procuraduría Federal del Consumidor, que si bien pueden ser de carácter informativo-preventivo, en realidad sería una herramienta de censura previa, porque aquella publicidad que no se ajusta a dichos lineamientos sería por consecuencia ilegal en relación con esta ley.⁵¹ Si dichas facultades de la Procuraduría Federal del Consumidor las lee uno en conjunción con las facultades de la Secretaría de Gobernación de velar la televisión privada, en la que no se puede transmitir publicidad de "[b]ienes o servicios, cuya publicidad haya sido prohibida por la Procuraduría Federal del Consumidor, por contravenir las disposiciones aplicables en materia de protección de los derechos del consumidor", es que el sistema de censura previa se fortalece.⁵²

Más aún, la Ley Federal de Protección al Consumidor debe ser leída a la luz de la prohibición de la censura previa –incluida la judicial–, lo que hace insostenible que la Procuraduría Federal del Consumidor pueda emitir medidas precautorias con el propósito de "[o]rdenar [la corrección o] la suspensión de información o publicidad" que a su consideración viole la Ley Federal de Protección al Consumidor, entre ellas por "conductas o prácticas comerciales abusivas, ... por conductas discriminatorias y por publicidad o información engañosa".⁵³

⁴⁹ *Ley Federal de Protección al Consumidor*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril de 2012, arts. 25bis, frac. VI, y 32.

⁵⁰ *Ley Federal de Protección al Consumidor*..., *supra* nota 36, arts. 25bis, frac. VI, y 32.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de febrero de 2000, art. 31, frac. III, inc. f).

⁵³ *Ley Federal de Protección al Consumidor*..., *supra* nota 36, arts. 25bis, frac. VI, y 35.

Adicionalmente a las limitantes previas a la publicidad que ya hemos mencionado, se le han dado facultades de censura previa a la Secretaría de Salud, al permitirle prohibir de *facto* la publicidad de "técnicas y tratamientos preventivos, curativos o rehabilitatorios de carácter médico o paramédico", en virtud de que dicha publicidad requiere previamente a su difusión, la autorización de la Secretaría de Salud.⁵⁴ Los parámetros para la autorización incluyen aquella publicidad que:

[d]esvirtúe o contravenga la normatividad aplicable en materia de prevención, tratamiento o rehabilitación de enfermedades; [o]frezca tratamientos preventivos, curativos o rehabilitatorios de naturaleza médica o paramédica cuya eficacia no haya sido comprobada científicamente, o [n]o se acredite que el establecimiento o persona que preste el servicio cuente con el personal capacitado, los recursos técnicos y materiales adecuados, y con los demás elementos que al respecto exijan las disposiciones aplicables.⁵⁵

Además la Secretaría de Salud debe dar su visto bueno a la publicidad de "publicidad de alimentos, suplementos alimenticios y bebidas no alcohólicas" a fin de que se presenten como "estimulantes ni modificadores del estado físico o mental de las Personas".⁵⁶ En ese sentido, es que cualquier publicidad en esta materia, a efectos de poder ser autorizada debe evitar a criterio de la Secretaría de Salud:

- I. Inducir o promover hábitos de alimentación nocivos para la salud;
- II. Afirmar que el producto llena por sí solo los requerimientos nutricionales del ser humano;
- III. Atribuir a los alimentos industrializados un valor nutritivo superior o distinto al que tengan;
- IV. Realizar comparaciones en menoscabo de las propiedades de los alimentos naturales;

⁵⁴ *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad*. Reglamento publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 2000. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 2012, art. 17.

⁵⁵ *Reglamento de la Ley General de Salud...*, *supra* nota 41, art. 18.

⁵⁶ *Ibid.*, art. 21.

V. Expresar o sugerir, a través de personajes reales o ficticios, que la ingestión de estos productos proporciona a las personas características o habilidades extraordinarias;

VI. Asociarse directa o indirectamente con el consumo de bebidas alcohólicas o tabaco, y

VII. Declarar propiedades que no puedan comprobarse, o que los productos son útiles para prevenir, aliviar, tratar o curar una enfermedad, trastorno o estado fisiológico.⁵⁷

La Secretaría de Salud tiene otras facultades de intervención en la publicidad al poder exigir que quien promueve sus productos, en este caso alimentos y bebidas no alcohólicas, deben incluir leyendas con la información que determina el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, o bien, los mensajes acordados con la Secretaría de Salud.⁵⁸ Dependiendo el medio de comunicación que se utiliza para la publicidad en estos casos, debe de cubrir ciertas condiciones para la difusión.⁵⁹

En materia de alimentación para bebés, a través del uso de fórmulas de lactantes, el o la prestadora de los productos está obligado(a) a dar información gubernamental en su anuncio.⁶⁰ Si no se cumple con los parámetros establecidos, la Secretaría de Salud puede suspender la publicidad,⁶¹ teniendo un efecto de censura previa, similar a la debatida como censura previa en sede judicial.

En publicidad enfocada a las bebidas alcohólicas y tabaco se establece la obligación de determinar en el mensaje cierta información de gobierno en materia de salud, así como los tiempos o espacios que se requiere para los mismos.⁶² Más aún, la Secretaría de Salud tiene la facultad de autorizar, y a contrario *sensu* de no autorizar,⁶³ estos productos sino se cumplen con una serie de características que exige la normatividad.

⁵⁷ *Ibid.*, art. 22.

⁵⁸ *Ibid.*, arts. 23-24.

⁵⁹ *Ibid.*, art. 24, frac. IV.

⁶⁰ *Ibid.*, art. 25.

⁶¹ *Ibid.*, art. 26.

⁶² *Ibid.*, art. 29.

⁶³ En ese mismo sentido, la Secretaría de Salud tiene también la facultad de autorizar, y como hemos dicho, por ende de no autorizar, "la publicidad de medicamentos y remedios herbolarios" sino se cumplen ciertos criterios establecidos en la normatividad. *Ibid.*, arts. 44-45.

No se autorizará la publicidad de bebidas alcohólicas cuando:

I. Se dirija a menores de edad;

II. Promueva un consumo inmoderado o excesivo;

III. Se transmitan ideas o imágenes de éxito, prestigio, fama, esparcimiento, tranquilidad, alegría o euforia como consecuencia del consumo del producto o éste se presente como elemento desencadenante de las relaciones interpersonales;

IV. Atribuya al producto propiedades nutritivas, sedantes, estimulantes o desinhibidoras;

V. Asocie el consumo con actividades creativas, educativas, deportivas, del hogar o del trabajo;

VI. Asocie el consumo con celebraciones cívicas o religiosas;

VII. Haga exaltación del prestigio social, virilidad o femineidad del público a quien va dirigido;

VIII. Presente al producto como elemento que permita o facilite la ejecución de cualquier actividad creativa;

IX. Se utilice a deportistas reconocidos o a personas con equipos o vestuario deportivo;

X. Se incorporen en vestimentas deportivas símbolos, emblemas, logotipos, marcas o similares de los productos a que se refiere este capítulo, excepto cuando se trate de marcas de productos clasificados como de contenido alcohólico bajo, que aparezcan exclusivamente en la parte correspondiente a la espalda de las camisetas, y que su tamaño no sea mayor a la sexta parte de la superficie posterior de las mismas;

XI. Se asocie con actividades, conductas o caracteres propios de jóvenes menores de 25 años;

XII. Se consuman real o aparentemente en el mensaje los productos o se manipulen los recipientes que los contengan.

Únicamente podrán incluirse escenas en las que se sirva producto sin la presencia de ningún ser humano;

XIII. Emplee imperativos que induzcan directamente al consumo de los productos;

XIV. Promueva el producto a través de sorteos, concursos o coleccionables, dirigidos a menores de edad, y

XV. Se utilicen artículos promocionales dirigidos a menores de edad, relacionados con material escolar o artículos para fumador.⁶⁴

La vigilancia de que la prohibición de anunciar bebidas alcohólicas y de tabaco se cumpla se extiende a la Secretaría de Gobernación en la vigilancia de la televisión pública y privada, así como a la cinematografía. Por ejemplo está prohibido publicitar bebidas alcohólicas y tabaco en la que participen niños y niñas.⁶⁵ Es de resaltar además la prohibición de anunciar establecimientos en los que se anuncie a cambio de un pago determinado el consumo ilimitado de bebidas alcohólicas.⁶⁶

En otro aspecto, también hay que mencionar el hecho de que la normatividad en comento sólo permite la publicidad de dirigida a las y los profesionales de la salud, sea en medios específicos para dicho sector,⁶⁷ lo que impide el acceso a dicha información de toda la población, siendo unos efectos de la censura previa.

Estas obligaciones impactan en las ideas e información que la o el prestador(a) de productos y servicios quiere transmitir, en lugar de sujetar la obligación a las responsabilidades ulteriores. Es así, que en estos rubros, la obligación más adecuada y conforme al estándar de la Convención Americana la podemos observar en aquella que exige que en radio, televisión y en cines, la publicidad sólo puede ser anunciada sólo para público adulto.⁶⁸

Existen muchos otros productos y servicios que no se pueden anunciar sin autorización de la Secretaría de Salud o que requieren cumplir con ciertos mensajes oficiales en su difusión. Algunos de estos productos, incluyen los productos de aseo, productos de perfumería y belleza, servicios y productos de embellecimiento, plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias

⁶⁴ *Ibid.*, art. 34.

⁶⁵ *Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos...*, *supra* nota 52, art. 31, frac. III, inc. a).

⁶⁶ *Reglamento de la Ley General de Salud...*, *supra* nota 41, art. 35.

⁶⁷ *Ibid.*, art. 42.

⁶⁸ *Ibid.*, art. 33.

tóxicas o peligrosas, y productos biotecnológicos.⁶⁹ Estos productos y servicios en adición a los que ya se comentaron en párrafos anteriores están bajo el yugo de la autoridad de salud en materia de publicidad, al optar por un medio de comunicación pueden concurrir en el control con otras autoridades y tener que pasar por una doble revisión, por ejemplo, en el caso de televisión privada en la que está prohibido publicitar "[i]nstalaciones y aparatos terapéuticos, tratamientos y artículos de higiene y embellecimiento, y medicinas u otros artículos o tratamientos para la prevención o curación de enfermedades", o cualquier otro producto o servicio que tenga que "contar con las autorizaciones correspondientes".⁷⁰

■ Publicidad en materia electoral

Un tema que ha causado debates en tornos al derecho a la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa, es entorno a que ni los partidos políticos ni los particulares pueden contratar ni difundir mensajes electorales a favor de un precandidato(a), candidato(a) o partido político, y ésta sólo puede darse a partir del Instituto Federal Electoral. Si bien el régimen sancionatorio es de responsabilidades ulteriores y no de censura previa, es de reconocer que la libertad de expresión en materia política fue limitada desproporcionalmente,⁷¹ la cual en algunas entidades federativas al regular estas mismas facultades para el órgano electoral ha sido considerada como censura previa como en el caso del Estado de Zacatecas porque no sólo controlan la difusión de los mensajes, sino que revisan su contenido previamente y deciden cual puede o no difundirse.⁷²

b. Revistas

Como se ha venido indicando, la prohibición de la censura es absoluta, y en la regulación general sobre el medio de comunicación impreso no existe modalidad alguna en la que las autoridades deban tener una injerencia en la revisión de sus contenidos, sin embargo, si uno revisa en la práctica diversos aspectos en los que el ejercicio de la libertad de expresión tiene injerencia más allá del debate libre de las ideas uno puede observar diversos aspectos en los que a libertad de expresión puede ser ampliamente vigilada, e incluso censurada.

⁶⁹ *Ibid.*, arts. 57-70.

⁷⁰ *Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos...*, *supra* nota 52, art. 31, frac. III, incs. b) y e).

⁷¹ *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de enero de 2008, art. 49.

⁷² Ejecutoria: P./J. 4/2013 (10a.), ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. LÍMITES DE LA SUPLENCIA DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, p. 199. Reg. IUS. 24317; y Tesis: P./J. 27/2007 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ARTÍCULO 55, NUMERAL 2, PRIMERA PARTE, DE LA LEY ELECTORAL DEL ESTADO DE ZACATECAS, VIOLA ESE DERECHO FUNDAMENTAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Mayo de 2007, p. 1521. Reg. IUS. 172478.

Por ejemplo, el primero de los casos que uno debe de revisar en la legislación mexicana tiene que ver con el Reglamento sobre Publicaciones y Revistas Ilustradas. En esta normatividad, la Secretaría de Gobernación, a través de la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas puede examinar de oficio este tipo de publicaciones y "[d]eclarar la licitud de título o contenido de las publicaciones y revistas ilustradas; o su ilicitud, cuando compruebe que de manera ostensible y grave aparece alguno de los inconvenientes que menciona el artículo 6o. de este Reglamento",⁷³ así como "[p]oner en conocimiento del Ministerio Público Federal, las publicaciones que en su concepto sean delictuosas, enviando el dictamen respectivo".⁷⁴

En sí mismo la redacción del reglamento es poco afortunada porque delega una facultad de la Comisión Calificadora de Públicas y Revistas Ilustradas de declarar si el título y el contenido son lícitas o ilícitas, a partir de los parámetros establecidos en el mismo reglamento, los cuales son bastante amplios como se puede ver a continuación:

Se considerarán contrarios a la moral pública y a la educación el título o contenido de las publicaciones y revistas ilustradas por:

I.- Contener escritos, dibujos, grabados, pinturas, impresos, imágenes, anuncios, emblemas, fotografías y todo aquello que directa o indirectamente induzca o fomento vicios y constituya por sí mismo delito;

II.- Adoptar temas capaces de dañar la actitud favorable al trabajo y el entusiasmo por el estudio;

III.- Describir aventuras en las cuales, eludiendo las leyes y el respeto a las instituciones establecidas, los protagonistas obtengan éxito en sus empresas;

IV.- Proporcionar enseñanza de los procedimientos utilizados para la ejecución de hechos contrarios a las leyes, la moral o las buenas costumbres;

V.- Contener relatos por cuya intención o por la calidad de los personajes, provoquen directa o indirectamente desprecio o rechazo para el pueblo mexicano, sus aptitudes, costumbres y tradiciones;

⁷³ *Reglamento sobre Publicaciones y Revistas Ilustradas*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el lunes 13 de julio de 1981, art. 5, incisos a) y b).

⁷⁴ *Ibid.*, art. 5, inciso e).

VI.- Utilizar textos en los que sistemáticamente se empleen expresiones contrarias a la corrección del idioma, y

VII.- Insertar artículos o cualquier otro contenido que por sí solos, adolezcan de los inconvenientes mencionados en cualquiera de las fracciones anteriores.⁷⁵

Como se observa, los supuestos para determinar la "ilicitud" de los títulos y de los contenidos de las publicaciones deja un amplio margen de discrecionalidad y van desde aquellas expresiones que decir del órgano censor induzca o fomenta vicios, o constituyan delitos, hasta que se utilicen expresiones contrarias a la corrección del idioma. El órgano censor se vuelve por mandato de este ordenamiento en alguien capaz de calificar si ciertos hechos descritos son delictuosos, o si a través de las publicaciones se enseñan actos contra las leyes, la moral o las buenas costumbres, hasta el grado de determinar si lo expresado se pueda provocar rechazo al pueblo mexicano. Desde la perspectiva de la libertad de expresión esta facultad atentaría ostensiblemente contra la prohibición de la censura previa. Y más grave aún, esta facultad está ligada con otra que le permite impedir el registro de las publicaciones en la autoridad encargada de velar por los derechos de autor.⁷⁶

Más adecuado resulta que el órgano censor opere en los términos en los que la misma Convención Americana ha ido indicado al permitir la censura previa con el objeto de proteger el desarrollo psicosocial de la infancia. Si bien es claro que esa disposición convencional menciona que esta obligación está vinculada con los espectáculos públicos, ésta puede ser trasladada a medios de comunicación que están en el espacio público y con posibilidad de interacción y acceso por parte de los niños y las niñas. Es así que el otorgar facultades al órgano censor para que ordene que ciertas publicaciones tengan que ostentar "en un lugar visible que son propias para adultos y sólo pueden exhibirse en bolsas de plástico cerradas",⁷⁷ pueden cumplir con los propósitos enmarcados por el Sistema Interamericano. Sin embargo la determinación sobre que publicaciones son propias para adultos quedan sólo enmarcadas en aquellas que refieren al sexo, sin distinguir entre si es información sobre educación sexual y reproductiva, expresiones artísticas o pornografía.⁷⁸

El debate abierto en estos casos en el rol que tienen los órganos censores, es determinar hasta donde la prohibición de la censura previa impediría evitar la circulación de material

⁷⁵ *Ibid.*, art. 6.

⁷⁶ *Ibid.*, arts. 10 y 14.

⁷⁷ *Ibid.*, art. 7.

⁷⁸ *Ibidem.*

que fue realizado de forma ilícita, por ejemplo a través de actos que podrían constituir pornografía infantil, imágenes de violencia a personas que no la han aceptado sin coacción, imágenes presumiblemente obtenidas de víctimas de trata de personas, o bien expresiones que denotan un discurso de odio. Como ya indicamos, la normatividad en este caso, ordena que el órgano censor debe de "[p]oner en conocimiento del Ministerio Público Federal".⁷⁹

3. Cinematografía

El ejercicio del derecho de la libertad de expresión puede llevarse a cabo por diferentes medios, uno de ellos la cinematografía. El cine es un medio de comunicación que permite acercarse a un número amplio de población. Actualmente la expresión a través de las películas no se circunscribe a las salas de cine, sino que las películas pueden transmitirse por televisión, reproducirse en aparatos destinados para ello, o a través del internet.

Sin duda alguna al cine lo identificamos como el medio para la expresión que habitualmente lo consideraríamos como uno de los espectáculos públicos a los que se refiere la Convención Americana. El caso paradigmático de "La Última Tentación de Cristo" resuelto por la Corte Interamericana analiza la obligación de las autoridades de evitar la censura previa, salvo el supuesto que la misma Convención Americana prevé. En este caso el Estado Chileno aplicó un acto de censura judicial al prohibir la distribución de la película.⁸⁰

La Ley Federal de Cinematografía inicia con una perspectiva de libertad, la cual se va acotando claramente en la misma ley y su reglamento.⁸¹ Unos aspectos a debatir son la clasificación de las películas, el impacto de esta clasificación en el ingreso a las salas de cine o la compra de videos, y el idioma en que se exhiben dichas películas.

a. Clasificación de las películas

La Ley Federal de Cinematografía pareciera seguir inicialmente los parámetros de prohibición de la censura previa establecida en la Constitución y en la Convención Americana, e indica que las películas no deberán de "ser objeto de mutilación, censura o cortes por parte del distribuidor o exhibidor,"⁸² sin embargo, al momento de aplicar los estándares de censura

⁷⁹ *Ibid.*, art. 5, inciso e).

⁸⁰ Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

⁸¹ *Ley Federal de Cinematografía...*, *supra* nota 33, art. 2.

⁸² *Ibid.*, art. 21.

previa para los espectáculos públicos, que consisten, según la Convención Americana, únicamente en clasificar el contenido de las películas, a efecto de informar a la población acerca del contenido de la película y determinar si éste puede ser inapropiado para el desarrollo psicosocial de la infancia, es que esta ley impacta en el ejercicio de la libertad de expresión, ya que otorga facultades a las autoridades de autorizar en lugar de sólo clasificar.⁸³

La facultad de autorizar implica además un mayor riesgo a la libertad de expresión, si observamos el proceso para autorizar y clasificar las películas es realizado sólo por el personal de la Secretaría de Gobernación quienes determinan la propuesta de clasificación,⁸⁴ conforme a sus valores, sin considerar que estos órganos colegiados deben al menos reflejar el carácter plural de la ciudadanía.

La facultad de la Secretaría de Gobernación debería de enfocarse a la clasificación de las películas y no sujetar su exhibición, comercialización y distribución a un parámetro de autorización porque ésta no es compatible con la prohibición de la censura previa.⁸⁵ El riesgo de que una autoridad tenga facultades de autorización, reconoce a contrario *sensu*, la facultad para no autorizar la exhibición, comercialización y distribución de películas, teniendo un efecto de censura previa, como sucede en el caso de películas extranjeras.⁸⁶ Más aún, esta autoridad tiene la posibilidad de "dictar medidas de aseguramiento de carácter preventivo, con el propósito de impedir" que se exhiban, comercialicen y distribuyan películas sin su autorización,⁸⁷ lo cual implica que incluso sin haberse cometido cualesquiera de los actos que podrían derivar en una responsabilidad ulterior, la autoridad puede impedir los actos, constituyéndose así en una censura previa.

Si a la facultad de autorización añadimos que la Secretaría de Gobernación puede dar vista al Ministerio Público Federal por aquellos actos que considere constitutivos de delito,⁸⁸ se traduce en que la autoridad podría decidir que cierta película no será autorizada por considerarla un delito y remitir el asunto al Ministerio Público, atentando contra la presunción de inocencia y teniendo un efecto de censura previa. La redacción del Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía es contundente en este sentido, al decir:

⁸³ *Ibid.*, art. 24.

⁸⁴ *Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de marzo de 2001, art. 20.

⁸⁵ *Ley Federal de Cinematografía...*, *supra* nota 33, art. 42, frac. I.

⁸⁶ *Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía...*, *supra* nota 69, art. 16.

⁸⁷ *Ley Federal de Cinematografía...*, *supra* nota 33, art. 4. Las medidas de aseguramiento son amplias e incluyen el prohibir la exhibición pública de las películas sin su autorización, así como la de ordenar la retención provisional de las películas. *Ibid.*, art. 47, fracs. I y III.

⁸⁸ *Ibid.*, art. 42, frac. VI.

Las películas con escenas explícitas, no ficticias, de violencia, tortura o actividad sexual y genital, o cualesquiera otra, para cuya filmación se presume la comisión de un delito o alguna violación a las leyes, así como la apología de dichas conductas, **no serán autorizadas** por la Dirección General **para su distribución, exhibición pública o comercialización y**, cuando corresponda se dará parte a la autoridad competente.⁸⁹

La forma para hacer cumplir a las personas su obligación de someter a un proceso de clasificación previa las películas que serán difundidas en espacios públicos, puede estar sujeta a responsabilidades ulteriores. Asimismo, si en el proceso de clasificación, la Secretaría de Gobernación sospecha de que los contenidos de la misma pueden estar vinculados con la comisión de delitos, esta autoridad podrá poner en conocimiento de la autoridad que persigue los delitos. Este último parece ser el sentido que los tribunales mexicanos encaminarían sus debates en torno a la facultad de clasificación de las películas, según se desprende de la Tesis: I.4o.A.32 A (10a.),⁹⁰ sin embargo, es de resaltar que el asunto no abordó temas relacionados con presuntos hechos constitutivos de delito, y el deber de la Secretaría de Gobernación en aquellos casos por el mandato de ley de no autorizar su distribución.

b. Impacto de la clasificación de las películas

Los parámetros para la clasificación de las películas son variadas y cubren diversos grupos poblacionales por razón de edad, con el objeto de informar a la población sobre el contenido que puede tener la película, y a partir de dicha información decidir si la misma es adecuada para el desarrollo psicosocial de la infancia de conformidad con los fines que persiguen los estándares interamericanos en la materia. En el caso de México, esta división etaria tiene un impacto en la libertad de expresión en relación con otros derechos humanos, al configurarse de forma tajante que las personas menores de dieciocho años no podrán ingresar a películas que sean clasificadas con la letra C o la letra D.⁹¹

Si bien indicamos en el apartado anterior la clasificación de las películas es compatible con la Convención Americana, la restricción del acceso a las salas cinematográficas a niños y niñas

⁸⁹ *Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía...*, *supra* nota 84, art. 18.

⁹⁰ Tesis: I.4o.A.32 A (10a.), SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA CONTRA LA DISTRIBUCIÓN, EXHIBICIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE UNA PELÍCULA, RESPECTO DE LA QUE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN AUTORIZÓ SU DIFUSIÓN, AL SER EFECTOS SÓLO DE ACTOS ENTRE PARTICULARES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, p. 1516. Reg. IUS. 2002920.

⁹¹ *Ley Federal de Cinematografía...*, *supra* nota 33, art. 25; *Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía...*, *supra* nota 84, arts. 22 y 33; DOF. *Acuerdo mediante el cual se expiden los criterios para la clasificación de películas cinematográficas*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de abril de 2002.

en todos los casos en que dichas películas sean clasificadas como C o D podrían ser excesivas del derecho a la educación reconocido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que determina que "los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos",⁹² siempre que ésta se oriente "hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz"⁹³ y que le permita a sus hijos e hijas el "participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz".⁹⁴

Me explico, si bien la Secretaría de Gobernación tiene la obligación de clasificar las películas y puede delegar, como lo hace, la vigilancia a los exhibidores para que niños y niñas no accedan a estos espectáculos públicos, ello no debe impedir establecer excepciones a esta prohibición al acceso, en los casos en los que los padres o tutores, conociendo la clasificación de la película y sus posibles contenidos, decida ingresar a sus niños y niñas en las salas de exhibición. Es posible que dependiendo el contenido de la película y su clasificación, por ejemplo las películas con clasificación D, implique que el padre o tutor incurra en responsabilidades de índole civil y penal, al decidir ingresar a las salas de exhibición con sus hijos e hijas. Sin embargo, también permite que el padre o tutor decida si su niño o niña debe de conocer debates que por razones socioculturales, en ocasiones discriminatorias, son consideradas como para un público mayor de dieciocho años, como podrían ser los temas relacionados con la identidad y orientación sexual.

c. Idioma en que se difunden las películas

La Ley Federal de Cinematografía establece claramente la prohibición de la censura previa, y protege a las películas a ser exhibidas en salas cinematográficas, así como a la que renta y venta de las películas, sin embargo se pone una posibilidad para hacerlo, y es en los casos en los que el titular de los derechos de autor así lo hayan autorizado.⁹⁵ Sin embargo, la misma Ley Federal de Cinematografía ordena que las películas sean exhibidas en su versión original y en su caso subtituladas al español, previa autorización de la Secretaría de Gobernación.⁹⁶

⁹² OEA. *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, art. 13.4.

⁹³ *Ibid.*, art. 13.2.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ley Federal de Cinematografía...*, *supra* nota 33, art. 21.

⁹⁶ *Ibid.*, arts. 8 y 42, y *Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía...*, *supra* nota 84, art. 38;

La obligación de que las películas sean exhibidas en su versión original no contempla la posibilidad de que la persona que propietaria de los derechos autor de la obra determinen lo contrario, ni tampoco contempla por otro lado, el derecho de los pueblos indígenas de que el doblaje o la sub-titulación de las películas sea en lenguas indígenas, de conformidad con la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.⁹⁷ La decisión sobre el idioma en que la obra cinematográfica debe ser difundida debe ser exclusiva decisión de quien detente los derechos de autor, por lo que si para cumplir con la exigencia legal de que en su difusión, ésta sea traducida al español, no debe ser prohibitiva en la forma en que ésta deba realizarse, ya que sin duda el proceso de traducción debe de adecuarse al público al que va dirigido, creando así nuevos contenidos.

En ambos casos se establece una censura previa, la cual la Suprema Corte permitió al negar el amparo –bajo el argumento de censura previa– en el Amparo en Revisión 2352/97 por considerar que una traducción de una obra artística sólo implica la traducción literal de cada una de las palabras expresadas.⁹⁸ Los argumentos de los Ministros Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas, José Vicente Aguinaco Alemán y Ministro Presidente Genaro David Góngora Pimentel mencionan que "...doblar es mutilar, es dañar, es atentar contra los derechos de intérprete de los autores y contra los derechos de autor de los creadores de la obra original." Sin embargo, aunque asumen esta postura, no les incomoda que exista el doblaje para películas para niños y niñas, lo cual caería en el mismo supuesto que sostienen, es decir, que es una mutilación. Y siguen diciendo que la "práctica del doblaje es una forma de censura, eso desde luego lo consideramos, pues con quitar las interjecciones y poner otras palabras que adulteran la obra original, ya se está haciendo una censura", sin embargo no declararon inconstitucional la segunda sección del artículo 8 de la Ley Federal de Cinematografía que permite el doblaje (en sus palabras censura) para aquellas películas clasificadas para público infantil así como los documentales.

4. Radio y Televisión

La Radio y la Televisión son dos de los medios de expresión que han logrado constituirse como los más accesibles a las personas. La difusión de las ideas e información a través de estos medios son de toda índole desde aspectos políticos, pasando por cuestiones culturales

⁹⁷ *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de marzo de 2003. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril de 2012, art. 4.

⁹⁸ Ejecutoria: P. XC/2000..., supra nota 13. Lo anterior es reconocido en el voto de minoría, al decir: "Cada lengua es única, de ahí que traducir de un idioma a otro parezca fácil y a la vez resulte prácticamente imposible; las palabras originales son insustituibles, la traducción es una función especializada de la literatura que implica una transformación del original, no un simple verter de un idioma a otro. En poesía, hace mucho que ha quedado demostrada la imposibilidad de la traducción perfecta, cada traducción es considerada o una nueva creación o una nueva traición."

hasta programas recreativos. Las modalidades en que se pueden difundir las ideas e información a través de la radio y televisión puede ser por medio de medios privados y medios públicos, y dentro de los medios privados puede ser a partir de señales públicas o señales de paga. Asimismo, los programas de Radio y de Televisión pueden ser programas en vivo o programas grabados.

En virtud de que la transmisión en Radio y Televisión puede ser a través de programas en vivo o en programas grabados, es que la clasificación de los contenidos que pueden afectar al desarrollo psicosocial de la infancia para efectos de la censura previa, recae en gran medida en los proveedores de estos servicios. La autoridad puede establecer una serie de lineamientos en los que el prestador privado puede determinar la clasificación de dichos contenidos en los programas en vivo y clasificar los contenidos de los programas grabados.⁹⁹ La vigilancia de los contenidos se amplifica para la autoridad, que en el caso de México recae en la Secretaría de Gobernación.¹⁰⁰

Sin embargo, esto no es el caso en relación con la publicidad relativo a temas que pueden afectar la salud de las personas, en las que como hemos observado, la Secretaría de Salud tiene diversas facultades que se extienden a la autorización de difundir cierto tipo de información lo cual se refuerza en la regulación de la Radio y la Televisión,¹⁰¹ así como la restricción de transmitir programas de concursos, programas de alguna asociación religiosa,¹⁰² programas elaborados en el extranjero o por un organismo internacional, a menos que tengan la autorización de la Secretaría de Gobernación,¹⁰³ siendo ambos casos no sólo contrarios al artículo 60. constitucional, sino al artículo 58o. de la misma Ley Federal de Radio y Televisión.¹⁰⁴ En un mismo sentido, el Reglamento de Radio y Televisión en materia Electoral podría establecer un régimen de censura previa si en el proceso en que el Instituto Federal Electoral, como "única autoridad competente para ordenar la transmisión de propaganda política o electoral en radio o televisión, para el cumplimiento de sus propios fines, de otras autoridades electorales federales o locales, y de los partidos políticos",¹⁰⁵ se niega a hacerlo en los tiempos y formas que por ejemplo, le solicitan los partidos políticos, contraviniendo nuevamente el artículo 60. constitucional.

⁹⁹ *Ley Federal de Radio y Televisión...*, *supra* nota 44, art. 59 ter.; *Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en materia de Concesiones...*, *supra* nota 44, arts. 9, fracc. IV y 24.

¹⁰⁰ *Ley Federal de Radio y Televisión...* *supra* nota 44, art. 10, fracción II.

¹⁰¹ *Ibid.*, art. 12, fracs. I y II.

¹⁰² *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de julio de 1992. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de mayo de 2011, art. 21.

¹⁰³ *Ley Federal de Radio y Televisión...*, *supra* nota 44, arts. 65 y 71. *Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en materia de Concesiones...*, *supra* nota 44, arts. 9, y 18-19.

¹⁰⁴ *Ley Federal de Radio y Televisión...*, *supra* nota 44, art. 58.

¹⁰⁵ *Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 2012, art. 7.

En ese mismo orden de ideas, y si bien la legislación no se conceden facultades de revisión previa a las autoridades federales en relación con la obligación de sancionar la promoción de "imágenes estereotipadas de mujeres y hombres, y [de eliminar] patrones de conducta generadores de violencia",¹⁰⁶ la autoridad debe ser cuidadosa al distinguir entre aquellas ideas e información que buscan dicho propósito, y las que reflejan cuestiones históricas entre otros aspectos.

Otro tema que vale la pena debatir, es que la ley obliga a un régimen de censura previa al proveedor del servicio de Radio y Televisión, ya que debe de asegurarse que sus transmisiones:

...[no] causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante expresiones maliciosas, palabras o imágenes procaces, frases y escenas de doble sentido, apología de la violencia o del crimen; se prohíbe, también, todo aquello que sea denigrante u ofensivo para el culto cívico de los héroes y para las creencias religiosas, o discriminatorio de las razas; queda asimismo prohibido el empleo de recursos de baja comicidad y sonidos ofensivos.¹⁰⁷

Así como evitar la transmisión de:

I.- Noticias, mensajes o propaganda de cualquier clase, que sean contrarios a la seguridad del Estado, o el orden público;

II.- Asuntos que a juicio de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes impliquen competencia a la Red Nacional, salvo convenio del concesionario o permisionario, con la citada Secretaría.¹⁰⁸

En ambos casos, a efectos de librar responsabilidad como proveedor del servicio de Radio y Televisión se debe de asegurar que sus transmisiones cumplan con estos requisitos, los cuales podrían someter a un régimen de censura previa, independientemente del análisis sobre necesidad de restringir cada uno de esos supuestos.

Otro aspecto a resaltar consiste en la obligación de las estaciones difusoras de transmitir en el idioma nacional (quizás implicando que es el idioma español), y sólo, previa autorización

¹⁰⁶ *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre De Violencia*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 2007. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de enero de 2013., art. 41.

¹⁰⁷ *Ley Federal de Radio y Televisión*..., *supra* nota 44, art. 63.

¹⁰⁸ *Ibid.*, art. 64.

de la Secretaría de Gobernación, usar otros idiomas,¹⁰⁹ no sólo en contravención de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, al no considerar la posibilidad de transmitir en otro idioma que no sea el español, sino que también nos remite a los debates planteados en el apartado anterior sobre cinematografía.

En relación con los canales privados, la legislación sigue el estándar establecido para la censura previa en el caso de espectáculos públicos, en el que se establece una clasificación a efecto de informar sobre el contenido de su programación. Se entiende en este caso que la clasificación debería ser de carácter informativo en virtud de que las autoridades no pueden prohibir la difusión de ciertos contenidos en la privacidad de los hogares, que libremente compran o adquieren ciertos contenidos, sin embargo, la Secretaría de Gobernación exige que los contenidos básicos en la televisión de paga, así como los adicionales deben de transmitirse conforme a los lineamientos que han aprobado para tal efecto.¹¹⁰ Sin embargo, el Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos exige que los programas que restringen audiencia por contenidos, deben de venderse en canales adicionales, en el que el equipo tenga un decodificador que el usuario pueda bloquear la transmisión.¹¹¹

Un aspecto que sorprende dentro de esta regulación, es la exigencia de que los contenidos de programación requieran un ochenta por ciento de transmisión en idioma español, siendo que es un servicio de paga, en el que la o el usuario debería de decidir cómo recibir las ideas o la información.¹¹² Y más aún vuelve a un debate abordado por la Suprema Corte cuando impidió que los distribuidores de las películas en el cine, fueran impedidos de doblar el contenido de las películas al español.

5. Internet

El ejercicio de la libertad de expresión a través del internet es un tema ampliamente debatido en la última década, en virtud de que se ha constituido uno de las herramientas más usadas para el ejercicio de este derecho en la práctica. El internet permite que cada persona pueda expresar sus opiniones o difundir información, literalmente sin limitación de fronteras, sin

¹⁰⁹ *Ibid.*, art. 75. *Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en materia de Concesiones...*, *supra* nota 44, art. 9, fracc. VI.

¹¹⁰ *Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos...*, *supra* nota 52, arts. 17 y 27.

¹¹¹ *Ibid.*, art. 18. Aspectos relacionados con la publicidad, mensajes de precampañas y campañas políticas fueron abordados con anterioridad en este mismo artículo.

¹¹² *Ibid.*, art. 24.

procesos previos de edición o censura por entes públicos o privados;¹¹³ sin embargo, paradójicamente, el internet es uno de los medios de comunicación a través del cual los entes públicos o privados pueden tener el mayor control en el *inter* en que las ideas o información son expresadas, y el momento en el que esta puede ser recibida por las demás personas, a través de los procesos de filtrado, por lo que se corre el mayor riesgo de tener procesos de censura previa.¹¹⁴

Derivado de esas posibilidades de control de este medio de comunicación y la posibilidad de impedir que las ideas e información lleguen a las demás personas, han generado políticas públicas para "prevenir el crimen, el terrorismo y las violaciones a la *ciberseguridad*. Buscan proteger a los menores de edad resguardar el honor y la privacidad y promover el cumplimiento de las obligaciones exigidas por el derecho de autor en relación con la actividad en línea".¹¹⁵

La cláusula de la prohibición absoluta de la censura previa alcanza al internet como medio de difusión de ideas e información; sin embargo, el tema no es así de sencillo. Las autoridades deben de revisar varios aspectos. Primero partir del supuesto que no se pueden bloquear previamente ningún sitio de internet, como ocurre en otros países del mundo como China,¹¹⁶ ya que si se puede bloquear la información, eso en sí mismo consistiría censura previa, con el agravante de que es prohibicionista. Indico que sería un agravante el ser prohibicionista es si el filtrado de información debe realizarse por las autoridades estatales a los que en ningún momento ninguna persona podría tener acceso a las opiniones o información que circulan en la red. Ya el Comité CCPR ha dicho:

¹¹³ Se ha dicho que este medio de comunicación "otorga a las personas la posibilidad de buscar, recibir y compartir información e ideas a una escala sin precedentes. Internet puede ser una plataforma poderosa para la innovación, el acceso al conocimiento, la participación ciudadana y el crecimiento económico [y] puede ser usada por una cantidad ilimitada de usuarios". Wong, Cynthia M., et. al., "Desarrollando políticas de Internet en Latinoamérica: una perspectiva global", en Bertoni, Eduardo (comp.), *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina*, Buenos Aires, CELE-UP, 2012, p. 314.

¹¹⁴ Las relatorías para la libertad de expresión en diversos organismos de derechos humanos han promovido que los controles y responsabilidad de contenidos de internet sean los menos restrictivos posibles, y evitar que los proveedores de los servidores sean responsables por los contenidos. *Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión*, de 21 de diciembre de 2005. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=650&IID=>>> (19 de junio de 2013). La SCJN es de la misma opinión si su interpretación que los editores no pueden ser declarados responsables de los contenidos, por lo que en una situación de hecho similar, los proveedores de internet también deberán de estar libre de responsabilidad en este sentido.

¹¹⁵ Wong, Cynthia M., et. al. ..., *op. cit.*, p. 314.

¹¹⁶ Kristof, Nicholas D., "Cheap Meth! Cheap Guns! Click Here", *NY Times*, publicado el 2 de enero de 2013. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2013/01/03/opinion/kristof-cheap-meth-cheap-guns-click-here.html?ref=internet_censorship&_r=0> (26 de junio de 2013); Bradsher, Keith, "China Toughens Its Restrictions on Use of the Internet", *NY Times*, publicado el 28 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/12/29/world/asia/china-toughens-restrictions-on-internet-use.html?ref=internet_censorship> (26 de junio de 2013).

43. Toda limitación al funcionamiento de los sitios web, los blogs u otros sistemas de difusión de información en Internet, electrónicos o similares, incluidos los sistemas de apoyo a estas comunicaciones, como los proveedores de servicios de Internet o los motores de búsqueda, solo serán admisibles en la medida en que sean compatibles con el párrafo 3. Las restricciones permisibles se deben referir en general a un contenido concreto; las prohibiciones genéricas del funcionamiento de ciertos sitios y sistemas no son compatibles con el párrafo 3. Tampoco es compatible con el párrafo 3 prohibir que un sitio o un sistema de difusión de la información publique material por el mero hecho de que ese material pueda contener críticas al gobierno o al sistema político al que este se adhiere.¹¹⁷

La prohibición de la censura previa debe de analizarse bajo la premisa de regular sus contenidos para el acceso de las niñas y niños, en caso de que lo considerara un espacio público como sinónimo de un espectáculo público. Aquí la pregunta a resaltar es ¿quién debería establecer los sistemas de filtrado de información en internet? Y las opciones van en cuatro vías.¹¹⁸ Una primera opción sería al Estado, lo que implicaría que el acceso a internet vendría con un control de la información y bloqueo sitios de forma inicial. Como segunda opción podría ser el proveedor del servicio de internet, la cual se detallará más adelante en este artículo. La tercera opción sería directamente al dueño del sitio de internet en el que estas ideas o información son alojadas (p.e. Facebook o YouTube). O una cuarta posibilidad es que recaiga la responsabilidad a la persona que ejerce la patria potestad o custodia de los niños o niñas que puedan acceder a la información.

Si la autoridad considera que está en el deber de regular ese espacio público para clasificar los contenidos antes de que lleguen a la población en general, podría poner un antecedente en el que se arrove de facultades para regular posteriormente los contenidos en televisión pública y privada, radio y prensa bajo esos mismos argumentos, lo que a la postre, inhibiría la difusión fluida de las ideas e información que se quiera circular. La clasificación de contenidos en cine, obras artísticas o cualquier otro espacio de público es relativamente más sencillo en razón de que puede existir esta revisión previa, sin embargo, en virtud de la facilidad en que las ideas e información pueden ser transmitidas por el internet y la imposibilidad de tener un mecanismo de clasificación en tiempo real sobre toda las ideas e información que se sube a cada minuto es que la autoridad debe determinar que obligación y tipos de filtrado se deben de establecer en la internet, para salvaguardar la prohibición de la censura previa en este medio de comunicación.

¹¹⁷ Comité CCPR. *Observación general No. 34...*, *supra* nota 7, párr. 43.

¹¹⁸ En este artículo no se analiza la responsabilidad del ejercicio de la libertad de expresión *vis a vis* el derecho al honor o la vida privada de las personas, a través de lo que circula por el internet.

Con el surgimiento del internet como medio de difusión "accesible" a cualquier persona, preguntas sobre quién sería responsable por los contenidos ilegales que se pueden difundir a través de éste se empezaron a plantear en diversos foros. Como vimos en la imprenta se plantean en sus diversas modalidades para identificar no solo al autor(a) de las obras,¹¹⁹ sino a quien imprime y difunde a efecto de determinar diversos tipos de control por parte de las autoridades, algunos de ellos vinculados a la obligación de regular el acceso a contenido inapropiado a los y las niñas, y otros para servir como herramientas de censura previa, con los que se amenaza o delega la responsabilidad al impresor(a) de la obra de revisar contenidos para no caer en responsabilidad derivada de los mismos.

En el caso del internet, los debates de posible responsabilidad no son exclusivamente sobre el o la autora de los contenidos o el dueño del dominio en donde las ideas o la información se difunde, sino que se extienden a las instituciones que proveen los servicios de internet. En la literatura se identifica que "los países donde más se restringe el internet, los gobiernos frecuentemente responsabilizan a los intermediarios por los contenidos ilegales subidos por los usuarios o [se] les [impone] el deber de vigilar las expresiones de los usuarios".¹²⁰ Esto trae en consecuencia que los proveedores de los servicios decidan establecer mecanismos de censura previa como herramienta para evitar cualquier responsabilidad civil o penal que les pueda derivar. En otras palabras, en "actuar como guardianes del internet".¹²¹

En otros países, la regulación de los intermediarios libra inicialmente de responsabilidad por derechos de autor, en materia civil y en materia penal por los contenidos subidos por sus usuarios, aunque si impone una obligación llamada de notificación y retirada cuando por derechos de autor se les pide que retiren cierta información.¹²² Asimismo, en estos mismos países, se han determinado herramientas jurídicas para que el intermediario en el servicio de

¹¹⁹ Es importante resaltar que en los sistemas más liberales se ha reconocido el derecho de expresar de manera anónima las ideas o la información. Al respecto se toma la cita del caso *McIntyre v. Ohio Elections Commission* 514 U.S. 334 (1995). *Ibid.*, p. 321, en particular nota al pie 8. También se ha promovido en esta misma tendencia por los organismos internacionales de derechos humanos. Al respecto se puede consultar la *Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión*, de 21 de diciembre de 2005. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=650&IID=>>> (19 de junio de 2013).

¹²⁰ Wong, Cynthia M., et. al., "Desarrollando...", *op. cit.*, p. 317.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Los autores refieren a la regulación de Estados Unidos de América en dos leyes concretas, e indican que las mismas es una regulación que proteger la libertad de expresión, así como otros bienes jurídicos como los derechos humanos. *Cfr. Ibid.*, p. 318. En otros países como Chile, esta notificación debe ser un mandamiento judicial, lo cual es una protección más reforzada de la libertad de expresión, pero que debe velar porque el proceso judicial se inde-

internet pueda de buena fe retirar información como podría ser el material sexualmente explícito y así evitar que pueda ser consultado por niños y niñas.¹²³ En algunas ocasiones, de forma voluntaria, más allá del proveedor de internet, algunos sitios de internet, como Facebook o YouTube, deciden establecer reglas sobre qué tipo de ideas o información puede circular en su sitio.¹²⁴ Sin embargo, en todos los casos en los que el dueño del sitio de internet, o bien el proveedor de servicios establece un filtrado de las ideas e información, deberían de ser "bajo los criterios de derechos humanos, de necesidad, efectividad, proporcionalidad y alternativas menos restrictivas".¹²⁵ Para ello se proponen algunas preguntas clave:¹²⁶

- a) ¿en qué punto en la red ocurre el filtrado?
- b) ¿qué tipo de contenido está siendo filtrado?
- c) ¿es el acto de filtrado voluntario o está siendo llevado a cabo bajo un requerimiento gubernamental? ¿y quién determina el filtrado, una autoridad ejecutiva o una judicial?
- d) ¿cuál es el contexto más amplio respecto al acceso y posibilidad de elección de servicios por una parte del usuario?
- e) ¿el mecanismo de filtrado es transparente?¹²⁷

b. Servicio público

Los debates en relación con mayor apertura a la libertad de expresión y la libre circulación de las ideas para garantizar el derecho a la información de las demás personas a través del internet, implican otro reto a la autoridad, y consiste en determinar cómo regular el acceso a universal al internet¹²⁸ y por otro lado establecer un régimen de responsabilidad que permita cumplir

pendiente e imparcial, en el que se pueda recurrir la decisión, y evitar en todos los casos que el mecanismo creado sea una censura *previa* judicial, como hemos abordado en otras secciones de este artículo. *Ibid.* p. 319.

¹²³ *Ibid.*, p. 322.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 330.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 328.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 328-329.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 332.

¹²⁸ Recientemente se difundió en la Cámara de Diputados que "La Comisión de Puntos Constitucionales analiza una iniciativa para reconocer el acceso universal a Internet como derecho humano... [a] través de reformas al artículo 4 de la Carta Magna, impulsadas por el diputado Eviel Pérez Magaña (PRI), se busca que la red de banda ancha de más de un megabyte de conexión llegue a todos los municipios, y que las comunidades cuenten con un número suficiente de computadoras con conexión, y acceso gratuito." Disponible en: http://comunicacionsocial.diputados.gob.mx/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=100:reconocer-el-acceso-universal-a-internet-como-derecho-humano-diputado-eviel-perez&catid=45:rokmicronews-fp-1 (19 de junio de 2013).

con su deber de regular el acceso a espectáculos –espacios– públicos a niños y niñas a ideas e información que pueden afectar su desarrollo psicosocial.

Como se ha mencionado en la sección anterior, existen cuatro modalidades, y dependiendo de esas modalidades, la determinación de la clasificación y regulación de los contenidos recaerá en un ente privado a través de un sistema de filtrado, el mismo dueño de la página de internet, o bien del usuario final, que en el caso de acceso universal al servicio de internet, sería la misma autoridad como intermediario de toda la población en un determinado lugar.

Dos escenarios podrían ayudarnos a comprender los retos que se pueden enfrentar. Por un lado, aquella prestación del servicio de internet gratuito y universal en computadoras que provee la misma autoridad, por ejemplo en bibliotecas públicas, y por otro lado, la señal de internet a la que cualquier persona puede conectarse a través de un equipo tecnológico que se lo permita. En el caso del primer escenario, la autoridad debería de preguntarse si tiene o no el deber de establecer un mecanismo de filtrado previo de las ideas e información que impidan acceso a páginas de internet que considere pueden afectar el desarrollo psicosocial de la infancia, bajo parámetros taxativos y previamente definidos; y en caso afirmativo, también brindar la oportunidad para que población adulta pueda acceder a dichas ideas e información a través del internet.

En el segundo escenario, la autoridad debe de preguntarse si debe filtrar la información a todas las personas, en virtud de que no puede distinguir el usuario final que recibirá la ideas e información, o bien, delegar esa responsabilidad a los padres o tutores, de la misma forma que sucede con la radio y la televisión, con la diferencia de que en el internet no se puede establecer un sistema de responsabilidad previo de las ideas e información, a través de horarios determinados en que la misma es difundida.

IV. Conclusiones

Como se ha podido constatar, la prohibición de la censura previa es una regla que fortalece el reconocimiento de la libertad de expresión y permite el acceso más amplio a la información. La única salvedad en la aplicación de esta regla, es el deber del Estado de garantizar el desarrollo psicosocial adecuado de los niños y niñas, entre otras medidas, a partir de regular el ingreso a espectáculos públicos. Los procesos de censura previa que se permiten bajo este esquema son para la clasificación los contenidos y no para mutilar el espectáculo público que fue revisado.

La diversidad de medios de comunicación y la forma en que sus contenidos se pueden revisar, plantea un reto a las autoridades para determinar cuál es el más adecuado a efectos de evitar procesos de autocensura. Más aún, el buscar evitar que los editores, o bien los prestadores de servicio de internet tengan una responsabilidad solidaria con las y los autores puede eliminar los riesgos de que existan procesos de censura previa por entes privados, o entre particulares.

1. Nacionales

- Ejecutoria: P. XC/2000, AMPARO EN REVISIÓN 2352/97. UNITED INTERNATIONAL PICTURES, S. DE R.L., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000, p. 358. Reg. IUS. 6417.
- Ejecutoria: P./J. 4/2013 (10a.), ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. LÍMITES DE LA SUPLENCIA DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, p. 199. Reg. IUS. 24317.
- Amparo Directo 8/2012. Sentencia definitiva de 4 de julio de 2012. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136042> (19 de junio de 2013).
- Tesis 1a. CLXXII/2012 (10a.), DAÑO MORAL. SUPUESTO EN EL QUE PUEDEN SER RESPONSABLES LAS PERSONAS QUE SE DEDICAN A LA EDICIÓN, VENTA, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MEDIOS IMPRESOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 480.
- Tesis I.11o.C.193 C (9a.), CENSURA. LA EMPRESA QUE EDITA Y PUBLICA UNA OBRA, CARECE DE FACULTAD PARA EXAMINAR QUE SU CONTENIDO NO CONTenga CALIFICATIVOS INJURIOSOS Y EXPRESIONES MALICIOSAS, ASÍ COMO REVISAR LA VERACIDAD DE LO INFORMADO Y POR ELLO IMPEDIR SU PUBLICACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Octubre de 2007, p. 3110. Reg. IUS. 171230.
- Tesis: P./J. 27/2007 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ARTÍCULO 55, NUMERAL 2, PRIMERA PARTE, DE LA LEY ELECTORAL DEL ESTADO DE ZACATECAS, VIOLA ESE DERECHO FUNDAMENTAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Mayo de 2007, p. 1521. Reg. IUS. 172478.
- Tesis: I.4o.A.32 A (10a.), SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA CONTRA LA DISTRIBUCIÓN, EXHIBICIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE UNA PELÍCULA, RESPECTO DE LA QUE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN AUTORIZÓ SU DIFUSIÓN, AL

SER EFECTOS SÓLO DE ACTOS ENTRE PARTICULARES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, p. 1516. Reg. IUS. 2002920.

- Tesis: 1a. CCIX/2012 (10a.), LIBERTAD DE IMPRENTA. SU MATERIALIZACIÓN EN SENTIDO AMPLIO EN DIVERSAS FORMAS VISUALES, ES UNA MODALIDAD DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ENCAMINADA A GARANTIZAR SU DIFUSIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, p. 509. Reg. IUS. 2001674.
- Tesis: I.7o.C.4 K (10a.), RESPONSABILIDAD POR EXPRESIONES QUE ATENTAN CONTRA EL HONOR DE SERVIDORES PÚBLICOS Y SIMILARES. DEMOSTRACIÓN DE SU CERTEZA EN EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3, p. 2198. Reg. IUS. 2002640.
- Tesis: I.7o.C.3 K (10a.), DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SU PROTECCIÓN INVOLUCRA LO REVELADO RESPECTO DE SERVIDORES PÚBLICOS A PARTIR DE RESPONSABILIDADES POSTERIORES AL DESEMPEÑO DE SU CARGO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3, p. 2036. Reg. IUS. 2002503.
- Tesis: 1a. CCXVIII/2009 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU ESPECIAL POSICIÓN FRENTE A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 286. Reg. IUS. 165761.
- Tesis: 1a. LVIII/2007 (9a.), LIBERTADES DE EXPRESIÓN E IMPRENTA Y PROHIBICIÓN DE LA CENSURA PREVIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Febrero de 2007, p. 655. Reg. IUS. 173251.
- Tesis: 1a. CLXXXVII/2012 (10a.), LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE RESTRINGEN SU EJERCICIO CONSTITUYEN ACTOS DE CENSURA PREVIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, p. 512. Reg. IUS. 2001680.
- Tesis: 1a. LIX/2007 (9a.), CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Semanario Judicial de la*

Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXV, Febrero de 2007, p. 632. Reg. IUS. 173368.

- Tesis: I.4o.A.13 K (10a.), CENSURA PREVIA. ESTÁ PROHIBIDA POR LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, A MENOS DE QUE SE ACTUALICE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN SU ARTÍCULO 13, NUMERAL 4, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, Reg. IUS. 2002720.
- Tesis: P./J. 26/2007 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Mayo de 2007, p. 1523. Reg. IUS. 172476.
- Tesis (5a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo II, p. 395. Reg. IUS. 291160.
- Tesis: P./J. 24/2007 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Mayo de 2007, p. 1522. Reg. IUS. 172477.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
- Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- CIDH. *Antecedentes e Interpretación de Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, párr. 46. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>> (19 de junio de 2013).
- CIDH. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. 30 diciembre 2009. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09.
- CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2012. Volumen II. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III. Jurisprudencia Nacional en Materia de Libertad de Expresión*. 5 de marzo de 2013. OEA/Ser.L/V/II.147 Doc. 1.
- CIDH. *Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/publicidad/PRINCIPIOS%20SOBRE%20REGULACI%C3%93N%20DE%20LA%20PUBLICIDAD%20OFICIAL.pdf>> (19 de junio de 2013).
- CIDH. *Caso 11.230. Martorell v. Chile. Informe No. 11/96*. 3 de mayo de 1996.
- CIDH. *Caso 10.325. Grenada. Informe No. 2/96*. 1 de marzo de 1996.

- *Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión*, de 21 de diciembre de 2005. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=650&IID=>> (19 de junio de 2013).
- Comité CCPR. *Observación general No. 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*. (CCPR/C/GC/34). 12 de septiembre de 2011.

El derecho a la libertad de expresión, la libertad de imprensa y los medios de comunicación

Luis Fernando GARCÍA MUÑOZ*

* Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derechos de Propiedad Intelectual por la Universidad de Lund.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco jurídico del Derecho a la Libertad de Expresión*. III. *Libre Flujo Informativo y Medios*. IV. *Medios Impresos*. V. *Radio y Televisión*. VI. *Publicidad Oficial*. VII. *Periodismo y Derechos Humanos*. VIII. *Nuevas Tecnologías de la Información*.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión; libre flujo informativo; medios de comunicación; publicidad oficial; periodismo; nuevas tecnologías de la información.

I. Introducción

Durante los últimos años de la novena época y los primeros de la décima, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante "SCJN"), inspirada en la creciente influencia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante "DIDH") en nuestro sistema de interpretación constitucional y apoyándose también en precedentes de otros sistemas jurídicos, ha tenido la oportunidad de construir una doctrina sobre el derecho a la libertad de expresión que empieza a perfilar una visión muy particular de este derecho.

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte"), a través de la creciente acumulación de sentencias referentes a este derecho, ha empezado a vislumbrar la concreción de una doctrina interamericana sobre el derecho a la libertad de expresión, que a pesar de estar fuertemente inspirada por las clásicas doctrinas de los Estados Unidos de América y Europa, ha empezado a revelar rasgos que la distinguen y que incluso la ubican como una de las más garantistas de este derecho.

Como ambos tribunales lo han establecido de manera reiterada, la libertad de expresión es la piedra angular de una sociedad democrática y una condición esencial para que ésta

esté suficientemente informada.¹ En igual sentido, la Corte IDH ha resaltado que los medios de comunicación juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática.²

El presente artículo pretende clarificar la íntima relación entre el derecho a la libertad de expresión y los medios a través de los cuáles dicho derecho alcanza su realización efectiva. El objetivo del presente estudio es el de clarificar de manera sintética el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, respecto del cual aún prevalece un importante grado de desconocimiento por la sociedad en general, los medios de comunicación e incluso por diversos operadores jurídicos.

Para ello, en primer término se abordará el marco jurídico general del derecho a la libertad de expresión, sin desarrollarlo a profundidad en muchos aspectos en atención a que otros artículos de la presente obra colectiva los abordan. Posteriormente, se hará un análisis del concepto del "libre flujo informativo", central para el entendimiento del derecho a la libertad de expresión y su relación con los medios a través de los cuáles el derecho se hace efectivo. Finalmente, se abordarán por separado, los estándares aplicados a medios impresos, radio-difusión, publicidad oficial, periodismo y las nuevas tecnologías de la información.

II. Marco jurídico del derecho a la libertad de expresión

1. Conceptos Básicos y Obligaciones Generales

a. Marco normativo e interpretación

El derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución"), en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PIDCP") y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH"). No obstante, existen importantes diferencias en la forma en la que cada uno de los ordenamientos consagra el derecho a la libertad de expresión. Por ejemplo, la Constitución consagra en el artículo 6o. de manera más detallada y amplía el derecho de acceso a

¹ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73. párr. 68; Amparo Directo 28/2010. Sentencia definitiva de 23 de noviembre de 2011. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>> (3 de julio 2013).

² Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107. párr. 117.

la información pública y por otra parte dedica, en el artículo 7o., una mención especial a las expresiones escritas y a la libertad de imprenta, así como la prohibición a la previa censura de expresiones impresas.

Por su lado, la CADH consagra el derecho a la libertad de expresión de una manera más amplia, prohibiendo en absoluto la censura previa y condicionando de manera más específica las restricciones a ese derecho. Como ha sido notado por la Corte IDH: "[...] las garantías de la libertad de expresión contenidas en la [CADH] fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas". La evolución de la redacción de dicho artículo que se desprende de la lectura de los *travaux préparatoires* de dicha Convención, revela con claridad el ánimo excepcionalmente garantista de la mayoría de los delegados estatales, los cuáles, paradójicamente, rechazaron propuestas presentadas por el delegado de los Estados Unidos de América que pretendían limitar el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión.³

No obstante la pluralidad de concepciones sobre el derecho a la libertad de expresión, ello no debe suponer un obstáculo mayor para su entendimiento, si se tiene en cuenta que el texto del artículo primero constitucional, así como el artículo 29 de la CADH y 5 del PIDCP, consagran el principio de interpretación más favorable para la persona (principio *pro personae*). Lo anterior ha sido reconocido explícitamente respecto del derecho a la libertad de expresión por la Corte IDH⁴ e igualmente sugerido por la SCJN.⁵

En este sentido, es claro que el derecho a la libertad de expresión debe ser interpretado de la forma más amplia posible, y por ello no es posible intentar apoyarse en el texto menos protector de alguno de los ordenamientos que reconocen el derecho a la libertad de expresión para interpretarlo de manera restrictiva. Por el contrario, a través de una interpretación integradora deben maximizarse las posibilidades de realización efectiva del mismo. Con ello en mente es que será desarrollado el contenido y alcance del derecho en cuestión.

b. Conductas protegidas y la "doble dimensión" de la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión, contrario a la creencia popular, no protege únicamente la conducta expresiva *stricto sensu* de difundir información, sino que como el texto de artículo

³ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, OEA, Washington, D.C., 1978.

⁴ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5. párr. 52.

⁵ Amparo Directo 8/2012. Sentencia definitiva de 4 de julio de 2012. México. p. 49-50. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136042>> (3 julio de 2013).

13 de la CADH reconoce, el derecho a la libertad de expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole". En este sentido, tanto la Corte IDH⁶, como la SCJN⁷ han precisado que el conocimiento de la opinión ajena o de la información de la que disponen otros resulta ser tan importante como el derecho a difundir la propia.

Asimismo han explicado de manera reiterada que el derecho a la libertad de expresión posee dos dimensiones: una dimensión individual y una dimensión social. Esta doble dimensión "requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno".⁸

Respecto de la dimensión individual de la libertad de expresión, resulta particularmente significativo para este estudio, resaltar lo indicado por la Corte IDH en el sentido de reconocer que esta primera dimensión:

*no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.*⁹

Igualmente, respecto a la dimensión social de la libertad de expresión, la Corte IDH ha enfatizado que este derecho es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por tanto, comprende también "el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros".¹⁰

⁶ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, *supra* nota 5, párr. 32.

⁷ Amparo en Revisión 1595/2006. Sentencia definitiva de 29 de noviembre de 2006. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233>> (5 de julio de 13).

⁸ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...*, *supra* nota 3, párr. 108; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No 111, párr. 77; y *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 146.

⁹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...*, *supra* nota 3, párr. 109; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, *supra* nota 2, párr. 65; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. *Supra* nota 9, párr. 78.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...*, *supra* nota 3, párr. 110; y *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay...*, *supra* nota 9, párr. 79.

El concepto de "doble dimensión de la libertad de expresión" y su relevancia constitucional también han sido recogidos por la SCJN, la cual ha afirmado que este derecho, por un lado, asegura a las personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía y, por otro, goza de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de una democracia representativa.¹¹

Ambas dimensiones de la libertad de expresión poseen igual importancia, y por ende, deben ser garantizadas en forma simultánea e interdependiente para dar efectividad total a ese derecho.¹² En atención a lo anterior no es lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas o perniciosas a criterio del censor. Como tampoco resulta admisible que, sobre la base del derecho a difundir información, se constituyan monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.¹³

Esta forma de entender el derecho a la libertad de expresión, le otorga un dinamismo mucho más complejo, pues tanto el emisor de una expresión como los potenciales receptores de la misma se encuentran protegidos de igual manera. Lo anterior revela que la visión detrás del derecho a la libertad de expresión es la de un ecosistema informativo vigoroso, participativo y dinámico, en donde lo esencial es el libre flujo informativo, concepto que será desarrollado a detalle más adelante.

Derivado de lo anterior, no debe perderse de vista que la naturaleza orgánica e interdependiente de las conductas protegidas por el derecho a la libertad de expresión (buscar, recibir y difundir), vistas desde cualquiera de sus dimensiones (individual o social), requiere por un lado, un reconocimiento de la igualdad de posibilidades para ejercer el derecho, incluso a través de los mecanismos de defensa de derechos y por el otro, una consideración de todos los impactos a cualquiera de esas conductas y dimensiones en su conjunto.

En relación a lo anterior, la SCJN ha señalado que "cuando un tribunal decide un caso de libertad de expresión, imprenta o información, está afectando no solamente las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que en un país quedará

¹¹ Acción de Inconstitucionalidad 66/2009. Sentencia definitiva de 24 de marzo de 2011. México. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112759>> (4 de julio de 2013).

¹² Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...* supra nota 2, párr. 67; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* supra nota 9, párr.80; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...* supra nota 9, párr. 149.

¹³ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* supra nota 5, párr. 32.

asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, condición indispensable para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa".¹⁴

c. Obligaciones generales

Comúnmente se comete el error de considerar que el derecho a la libertad de expresión impone al Estado únicamente obligaciones negativas, es decir, de no hacer. Sin embargo, este derecho, como todos los demás, impone al Estado una serie de obligaciones de diversa naturaleza, incluyendo obligaciones positivas, es decir, obligaciones de hacer. Lo anterior ha sido claramente establecido en el artículo 1o. de la Constitución, al señalarse que el Estado posee obligaciones de respeto, de protección, de promoción y de garantía.

De manera general respecto al derecho a la libertad de expresión puede señalarse que las obligaciones de respetar se refieren a obligaciones de no hacer, es decir, de no llevar a cabo acciones que interfieran de manera ilegítima con la recepción, difusión o búsqueda de información.

Por su parte, del deber de protección implica la obligación de impedir que el libre flujo de información sea perturbado de manera ilegítima por actos de particulares. Al respecto, vale la pena mencionar que la SCJN ha reconocido de manera creciente el concepto de "eficacia horizontal de los derechos humanos", en el cual se destaca la fuerza vinculante de los derechos fundamentales en todo tipo de relaciones, incluyendo las jurídico privadas.¹⁵

A su vez, la obligación de promoción se refiere a la adopción de medidas estatales a través de las cuales, sin intervenir de manera directa en la satisfacción del derecho, se faciliten las condiciones para su realización efectiva.

Finalmente, la obligación de garantizar implica la adopción de medidas positivas orientadas a la satisfacción del derecho. Este tipo de medidas pueden resultar principalmente relevantes, aunque no exclusivamente, respecto de grupos en alguna situación de especial vulnerabilidad, a su vez, la obligación de garantizar implica la organización del aparato estatal y la adopción de medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para la

¹⁴ Amparo en Revisión 1595/2006. . . , *supra* nota 8; Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva de 17 de junio de 2009. México. Disponible <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404>> (4 de julio de 2013).

¹⁵ Amparo Directo en Revisión 1621/2010. Sentencia definitiva de 15 de junio de 2011. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119580>> (5 de julio de 2013).

realización efectiva del derecho a la libertad de expresión. En el cumplimiento de la obligación de garantía resulta esencial la actuación del poder judicial, pues es a través de los mecanismos jurisdiccionales de defensa de derechos humanos que pueden corregirse las acciones y omisiones en violación del derecho a la libertad de expresión.

d. Titularidad del derecho y tipos de expresiones protegidas

Toda persona, sin discriminación por ningún motivo, es titular del derecho a la libertad de expresión en todas sus vertientes. La Corte IDH a su vez ha señalado que este derecho no debe entenderse restringido a una determinada profesión o grupo de personas.¹⁶ La SCJN incluso ha reconocido en el *Amparo Directo 28/2010*,¹⁷ que las personas jurídicas pueden ser titulares de este derecho.

No obstante, resulta pertinente señalar que si bien toda persona posee el derecho a la libertad de expresión, puede llegar a ser útil en un momento determinado observar la calidad del sujeto que hace ejercicio del derecho, pues ello puede ser determinante en un caso concreto. En particular, la jurisprudencia interamericana ha resaltado las responsabilidades que se encuentran aparejadas al ejercicio de la libertad de expresión por parte de funcionarios públicos.

Por un lado, la Corte IDH ha resaltado que "no sólo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público".¹⁸ Sin embargo, también ha señalado que los funcionarios públicos, en razón de su alta investidura y del amplio alcance y efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, poseen un deber de diligencia mayor al que deben emplear los particulares. Su posición de garante de los derechos fundamentales de las personas obliga a los funcionarios públicos a que sus declaraciones no desconozcan esos derechos, ni constituyan formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento.

Asimismo debe destacarse que, en cuanto a la forma de la expresión se refiere, el derecho bajo estudio protege las expresiones orales, escritas, en forma impresa, artística, audiovisual,

¹⁶ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 114.

¹⁷ SCJN. 1a. Sala. *Amparo Directo 28/2010*..., *supra* nota 2.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 131; Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 194, párr. 139; y Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195, párr. 151.

coreográfica, fotográfica, simbólica o cualquier otra forma a través de la cual se difunda, reciba o busque información. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que "la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios".¹⁹

De igual manera, en cuanto al contenido de las expresiones, ha sido establecida, tanto por la SCJN como por la Corte IDH, la regla de la presunción de cobertura *ab initio* para todo tipo de expresiones. En palabras de la SCJN, "existe una presunción general de cobertura constitucional de todo discurso expresivo o informativo, misma que se justifica por la obligación primaria de neutralidad del Estado frente a los contenidos de las opiniones e informaciones difundidas, así como por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público".²⁰

La jurisprudencia nacional e internacional ha resaltado que esta presunción de cobertura debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben a la mayoría.²¹

No obstante, a través de la práctica judicial, los tribunales nacionales e internacionales han identificado tipos de discurso que poseen diversos grados de protección en atención a su contenido.

Por un lado han sido identificados tipos de discurso especialmente protegido, como lo son el discurso político y sobre asuntos de interés público y el discurso sobre funcionarios públicos o sobre candidatos a ocupar cargos públicos.

La SCJN ha señalado por ejemplo que "cuando se ejerce la libertad de expresión en el ámbito del debate político, sus restricciones tienden a ser menos estrictas, y aunque subsisten las limitantes señaladas, esta amplitud de tolerancia se pondera en consideración de la importancia democrática que tiene el debate político".²²

¹⁹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*..., *supra* nota 3, párr. 109.

²⁰ Amparo Directo 25/2010. Sentencia definitiva de 28 de marzo de 2012. México. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=122981>> (5 de julio de 2013); Amparo Directo 26/2010. Sentencia definitiva de 28 de marzo de 2012. México. Disponible <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=122980>> (5 de julio de 2013); Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2; Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6.

²¹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*..., *nota* 3, párr. 126.

²² Amparo Directo en Revisión 27/2009. Sentencia definitiva de 22 de febrero de 2010. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105049>> (5 de julio de 2013).

A su vez, la SCJN ha hecho una peculiar distinción entre "libertad de expresión" en sentido amplio, cuyo objeto sería la circulación de pensamientos, ideas y opiniones en general; y el "derecho a la información", que se refiere a la difusión de aquellos hechos considerados "noticiales", o mejor dicho, que se refieren a temas de interés público y por ende son merecedores del "más alto grado de protección constitucional".²³

Como la SCJN reconoce, esta labor de diferenciación no siempre es sencilla, sin embargo, en virtud de que "la libertad de expresión tiene por finalidad garantizar el libre desarrollo de una comunicación pública que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherentes al principio de legitimidad democrática. (...) las ideas alcanzan un máximo grado de protección constitucional cuando: (i) son difundidas públicamente; y (ii) con ellas se persigue fomentar un debate público".²⁴ La relevancia pública de determinada información depende del interés general por la materia y por las personas que en ella intervienen, entre otras consideraciones.²⁵

En similar sentido, la Corte IDH ha resaltado que "el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público".²⁶

Asimismo, ha sido ampliamente reconocido que la crítica y la difusión de información relativa a funcionarios públicos u otras figuras públicas posee un grado de protección mayor.

Tanto la SCJN como la Corte IDH han hecho referencia al "sistema dual de protección", por el cual, los límites de crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna. El acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada.²⁷

²³ Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2; Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6.

²⁴ Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2.

²⁵ Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2; Amparo Directo 8/2012... *supra* nota 6.

²⁶ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...*, *supra* nota 3, párr. 127.

²⁷ Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2.

A mayor abundamiento, la 1a. Sala de la SCJN ha señalado que existen al menos tres especies de "figuras públicas", a saber, (i) los servidores públicos; (ii) las personas privadas con proyección pública, entre otros factores, por su actividad política, profesión, la relación con algún suceso importante para la sociedad, por su trascendencia económica y por su relación social; y (iii) los medios de comunicación.²⁸

Por otra parte, han sido identificados ciertos tipos de discurso que, sin dejar de estar protegidos por el derecho a la libertad de expresión, pueden considerarse, apriorísticamente, en un umbral de menor protección. Un ejemplo de ello es el discurso comercial, respecto del cual la SCJN ha señalado que "puede, en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias, constituir una aportación al debate ciudadano sobre los asuntos públicos, y puede contribuir a difundir y a dar plasticidad a ideas que pueden y deben legítimamente ingresar en el debate público. Sin embargo en la mayoría de ocasiones, el discurso comercial se reduce simplemente a un conjunto de mensajes que proponen a sus receptores la realización de una transacción comercial y, en esa medida, su producción puede ser regulada por el legislador dentro de límites mucho más amplios".²⁹

A su vez, la SCJN ha indicado que el insulto o la injuria gratuita, estaría colocada en un umbral de protección menor o inexistente. Sin embargo, esa afirmación no debe exagerarse pues la propia SCJN la matiza al señalar que la Constitución "tampoco veda expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, aún y cuando se expresen acompañadas de expresiones no verbales, sino simbólicas".³⁰ Sin duda, como lo ha señalado la SCJN:

[S]in importar lo pernicioso que pueda parecer una opinión, su valor constitucional no depende de la conciencia de jueces y tribunales, sino de su competencia con otras ideas en lo que se ha denominado el 'mercado de las ideas', pues es esta competencia la que genera el debate que, a la postre, conduce a la verdad y a la plenitud democrática.

El debate en temas de interés público debe ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavora-

²⁸ Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2; Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6.

²⁹ Amparo en Revisión 91/2004. Sentencia de 20 de octubre de 2004. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=63415>> 5 de julio de 2013).

³⁰ Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2.

*blemente por sus destinatarios y la opinión pública en general, de modo que no sólo se encuentran protegidas las ideas que son recibidas favorablemente o las que son vistas como inofensivas o indiferentes. Estas son las demandas de una sociedad plural, tolerante y abierta, sin la cual no existe una verdadera democracia.*³¹

Finalmente, debe señalarse que sin perjuicio de la presunción de cobertura *ab initio* de toda forma de expresión humana por la libertad de expresión, existen ciertos tipos de discurso que se encuentran prohibidos de manera expresa en el derecho internacional de los derechos humanos, y en este sentido puede considerarse que no se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión.

Las categorías identificadas con lo anterior son principalmente tres: (i) La incitación directa y pública al genocidio; (ii) la pornografía infantil; y (iii) la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia.

La incitación directa y pública al genocidio se encuentra explícitamente prohibida por el artículo III (c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, así como por el derecho internacional consuetudinario.

Por su parte, la pornografía infantil, se encuentra prohibida en términos absolutos por el artículo 34.c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y por el artículo 3.b Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo.

Finalmente, el artículo 13.5 de la CADH dispone la prohibición de la "propaganda de guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". Es importante resaltar que para que se actualice la hipótesis aquí señalada es necesario que exista prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que el que se expresa no se encuentre manifestando simplemente una opinión (por dura, injusta o perturbadora que sea), sino que tiene la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones al orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de violencia.³²

³¹ *Idem.*

³² CIDH. Caso 11.317. Rodolfo Robles Espinoza e Hijos. Perú. Informe No. 20/99. 23 de Febrero de 1999.

2. Las restricciones directas

El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto,³³ y por ende puede ser sujeto a restricciones. Sin embargo, para que estas restricciones puedan ser consideradas compatibles con la Constitución y la CADH, deben ceñirse a las pautas que estos ordenamientos establecen. En el caso de la libertad de expresión, existen reglas específicas que establecen diversos requisitos formales y sustanciales para que dichas limitaciones puedan considerarse como legítimas.

a. Requisitos formales

Las restricciones que de manera excepcional pueden imponerse por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión deben cumplir con la exigencia establecida en el artículo 7o. constitucional, en materia de imprenta, y en el artículo 13 de la CADH, para todo tipo de expresiones, en el sentido de que dichas restricciones no pueden tomar la forma de la censura previa, sino que cuando dichas restricciones sean necesarias, deben ser impuestas a través de la exigencia de responsabilidades ulteriores, las cuáles a su vez deben cumplir con diversos requisitos para su procedencia.

■ La prohibición de la censura previa

Debe entenderse por censura previa, cualquier medida que tenga como objetivo o efecto, el que se impida la publicación o interrumpa la circulación de una expresión. A través de la prohibición de la censura previa, lo que se busca es impedir que el flujo informativo sea perturbado. Se asume que en las sociedades democráticas "es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la expresión y la información que el riesgo de una restricción general de las libertades correspondientes".³⁴ De esta forma se prefiere que las consecuencias jurídicas del ejercicio abusivo de la libertad de expresión recaigan, exclusivamente y luego de un cuidadoso análisis, en el responsable de la expresión, dejando intocada la libre circulación de ideas.

La Corte IDH ha señalado al respecto que la censura previa implica "la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por medio del poder público se establecen

³³ Corte IDH. *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 54; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 79; *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238, párr. 43.

³⁴ Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6.

medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. (...) En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática".³⁵

Así, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos relativos a censura previa. En *Olmedo Bustos vs Chile (Caso de "La Última Tentación de Cristo")*, la censura previa impuesta a través de la prohibición, ordenada por autoridades judiciales, de la exhibición de una película y la existencia de una disposición constitucional que establecía un sistema de censura previa para la producción cinematográfica fueron declaradas incompatibles con la libertad de expresión.

En *Palamara Iribarne vs Chile*, la prohibición de la publicación de un libro; la incautación de escritos, documentos y publicaciones relativos al libro que se encontraba en la imprenta; la orden judicial de eliminar la versión digital del libro de sus archivos personales; y la prohibición judicial al autor de hacer comentarios críticos frente a los procesos penales que enfrentaba, fueron considerados como actos de censura previa.

La SCJN mantuvo, hasta recientes fechas, una postura errática ante la censura previa. Al analizar en el *Amparo en Revisión 91/2004*³⁶ la constitucionalidad de la fracción XV del artículo 11 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la cual otorga a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) la facultad de "analizar y, en su caso, autorizar, la información dirigida a los Usuarios sobre los servicios y productos financieros que ofrezcan las instituciones financieras, cuidando en todo momento que la publicidad que éstas utilicen sea dirigida en forma clara, para evitar que la misma pueda dar origen a error o inexactitud", consideró que no era violatoria del artículo 7o. constitucional, a pesar de ser claramente una medida que constituye censura previa, al someter la publicidad de productos y servicios financieros a un control previo de claridad y veracidad.

Sin embargo, al resolver el *Amparo en Revisión 1595/2006*,³⁷ la 1a. Sala adoptó una posición diametralmente opuesta. En aquella ocasión, al analizar una disposición del Bando Municipal emitido por el Ayuntamiento de Toluca, que establecía la necesidad de obtener un permiso para la distribución de propaganda, la SCJN estableció que:

³⁵ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile...*, *supra* nota 34.

³⁶ *Amparo en Revisión 91/2004...*, *supra* nota 30.

³⁷ *Amparo en Revisión 1595/2006...*, *supra* nota 8.

la prohibición de censura implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad. (...) La actividad de pacífica difusión de pensamientos y actividades, como la que el quejoso realizaba en las calles de la ciudad de Toluca en el caso que dio origen al presente amparo (el quejoso intentaba difundir propaganda religiosa), en ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos a expresarse libremente mediante la difusión de material impreso, y a vivir su experiencia religiosa y difundirla a los demás de forma pacífica, se ve suprimida por una norma reglamentaria municipal que le obliga a solicitar un "permiso" previo a unas autoridades municipales a quienes la norma concede una total discreción para conceder o negar, y que por tanto se erige en una censura previa terminantemente prohibida en el artículo 7 de nuestra Carta Magna.³⁸

No obstante el establecimiento de este precedente por parte de la SCJN, existen aún órganos que continúan adoptando una postura equivocada ante la censura previa. Ese es el caso del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), el cual a pesar de contar con amplias facultades de control constitucional y convencional, ha demostrado un errático entendimiento de los derechos humanos. Como muestra de lo anterior pueden citarse una serie de sentencias³⁹ en las que ha validado la práctica reiterada del Instituto Federal Electoral (IFE) de decretar medidas cautelares ordenando la suspensión de la difusión en radio y televisión de propaganda política electoral, a pesar de que estas medidas constituyen claros ejemplos de censura previa. Incluso, de manera reciente consideró válida la imposición de medidas cautelares en el sentido de ordenar a una radiodifusora a "suspender de inmediato la difusión de participaciones como colaborador o comentarista" de un entonces candidato a Senador de la República, además de ordenar al candidato a abstenerse de participar a futuro como colaborador en algún programa de dicha radiodifusora.⁴⁰ Dichas medidas de censura previa resultan ser absolutamente divergentes de los precedentes establecidos por la Corte IDH y la SCJN.

³⁸ *Idem.*

³⁹ TEPJF. Recurso de Apelación SUP-RAP-58/2008. Sentencia de 4 de junio de 2008, México. Disponible: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2008/RAP/SUP-RAP-00058-2008-inc1.htm>> (5 de julio de 2013); TEPJF. Recurso de Apelación SUP-RAP-64/2008. Sentencia de 11 de junio de 2008. México. Disponible: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2008/RAP/SUP-RAP-00064-2008.htm>> (5 de julio de 2013); y TEPJF. Sala Superior. Recurso de Apelación SUP-RAP-156/2009. Sentencia de 11 de junio de 2009. México. Disponible: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2009/RAP/SUP-RAP-00156-2009.htm>> (5 de julio de 2013).

⁴⁰ TEPJF. Sala Superior. Recurso de Apelación SUP-RAP-174/2012. Sentencia de 24 de abril de 2012. Disponible: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2012/RAP/SUP-RAP-00174-2012.htm>> (5 de julio de 2013).

Debe resaltarse que la prohibición de censura previa, incluye aquellas medidas adoptadas en sede judicial, como queda claramente ejemplificado por algunos de los precedentes antes descritos. Vale la pena agregar la decisión de la CIDH en *Martorell vs. Chile*,⁴¹ en dónde se consideró que una interdicción judicial por medio de la cual se prohibió la entrada, la circulación y la distribución de un libro, infringió el derecho a la libertad de expresión al constituir una medida de censura previa. De igual manera, la SCJN, al resolver el *Amparo Directo 8/2012*,⁴² consideró como un acto prohibido de censura previa una medida cautelar dictada por una juez de primera instancia en la que le ordenaba a periodistas a que "cesasen el abuso al derecho a la información y a la libertad de expresión con sus notas periodísticas insultantes", esto en relación a notas periodísticas elaboradas por los periodistas, entonces demandados, sobre los negocios de una empresa, que se consideró afectada en su reputación por dichas notas. La SCJN determinó en ese caso que:

... los jueces sólo pueden determinar medidas de reparación ante eventuales hechos cometidos en abuso de las libertades de información y expresión mediante sentencias definitivas, es decir, imponiendo responsabilidades ulteriores a la comisión de los hechos. Por otro lado, la orden judicial –ya sea como medida cautelar o en cualquier otra forma– consistente en prohibir a una persona hacer uso de dichas libertades hacia futuro, constituye un acto de autoridad no solamente fuera de la ley (...) sino abierta y flagrantemente violatorio de los artículos 6o. y 7o. constitucionales, así como de los artículos 13 de la [CADH] y 19 del [PIDCP].

*En este sentido es necesario enfatizar que la prohibición de censura previa (...) obliga a todas las autoridades estatales a abstenerse de toda forma de acción y omisión encaminada a impedir, dificultar o imposibilitar de forma directa o indirecta, mediata o inmediata, la publicación y circulación de la información impresa.*⁴³

Esta concepción garantista de la prohibición de la censura previa está empezando de definir a la doctrina interamericana, y en especial la mexicana, sobre libertad de expresión, distinguiéndola de otras doctrinas tradicionales. El reto recae ahora en que los parámetros que, como se ha demostrado, se encuentran firmemente establecidos en la jurisprudencia nacional e internacional, sean respetados por la autoridad administrativa, legislativa y judicial.

⁴¹ CIDH. Caso 11.230. Francisco Martorell. Perú. Informe No. 11/96. 3 de mayo de 1996.

⁴² SCJN. 1a. Sala. Amparo Directo 8/2012. ..., *supra* nota 8.

⁴³ *Idem*.

Como ha sido señalado anteriormente, el único tipo de restricción a la libertad de expresión que, en principio, es compatible con la CPEUM y la CADH, es la imposición de responsabilidades ulteriores. Existen diversos tipos de responsabilidades ulteriores, dependerá de las circunstancias de un caso concreto el que se considere pertinente la adopción de alguna de ellas.

La SCJN y la Corte IDH han reconocido la existencia de tres tipos de responsabilidades ulteriores: (i) el derecho de réplica, rectificación o respuesta; (ii) la imposición de sanciones civiles; y (iii) la imposición de sanciones penales.

La pertinencia en la adopción de alguna de ellas dependerá de las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, debe señalarse que la imposición de responsabilidades ulteriores debe suceder de manera excepcional⁴⁴, pues en la mayoría de las ocasiones, cualquier inconformidad derivada del ejercicio de la libertad de expresión puede resolverse precisamente, a través del ejercicio de la libertad de expresión. Solamente cuando la gravedad del daño producido por el contenido de la expresión, la calidad de los sujetos u otras consideraciones que generen una asimetría que sea insuperable través del libre flujo de información, será que la utilización de responsabilidades ulteriores pueda resultar pertinente.

En primer lugar debe considerarse el derecho de réplica consagrado en el artículo 60. constitucional, también consagrado en el artículo 14 de la CADH como derecho de rectificación o respuesta. El cual permite a una persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, la posibilidad de rectificar o responder a esas informaciones a través del mismo órgano de difusión y en condiciones similares a las que fueron difundidas las informaciones inexactas o agraviantes. Esta medida tiene, por un lado, el objetivo de corregir la asimetría que permite a un actor abusar de su posición dominante en perjuicio de otro actor sin los medios a su alcance para rectificar o responder a las informaciones vertidas en su perjuicio, y por el otro, permitir a los terceros construir su visión de la realidad y su opinión respecto de un hecho o de los actores mismos, fomentando el debate y la competencia de ideas sin que ninguna posición quede excluida, ya sea por una medida de censura previa o porque ésta sea, en los hechos, acallada por el abuso de una posición comunicacional dominante.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá...*, *supra* nota 17, párr. 110.

La SCJN ha resaltado la preferencia de este tipo de medidas en contraposición a otras responsabilidades ulteriores al señalar que "el derecho de réplica; por su menor impacto en términos de afectación de derechos, está llamado a tener un lugar muy destacado en el diseño del mapa de consecuencias jurídicas derivables del ejercicio de la libertad de expresión".⁴⁵

Cuando por las circunstancias de un caso concreto sea pertinente la imposición de una responsabilidad ulterior por la vía civil, esta debe cumplir con los requisitos sustanciales de restricción del derecho a la libertad de expresión que más adelante se desarrollan. En particular vale la pena señalar que en el caso de la imposición de sanciones civiles resulta determinante la aplicación del estándar de la "real malicia" o "malicia efectiva", a través de la cual debe constatarse la "intención de dañar" o un desprecio evidente por la verdad de los hechos.⁴⁶ A su vez, la carga de la prueba no debe recaer en el que formuló la expresión supuestamente abusiva y en todo momento debe respetarse el "doble juego de la *exceptio veritatis*, consistente en otorgar a la persona que se expresa "el poder [de] bloquear una imputación de responsabilidad ulterior probando que los hechos a los que se refiere son ciertos y, complementariamente, no puede ser obligada a probar, como condición *sine qua non* para evitar esa responsabilidad, que los hechos sobre los cuales se expresó son ciertos".⁴⁷ Además, debe recordarse que las responsabilidades ulteriores sólo pueden recaer respecto de afirmaciones de hecho y no en opiniones, sobre las cuáles no es posible hacer una determinación de veracidad o falsedad.⁴⁸

No obstante la posibilidad de la imposición de sanciones civiles, debe tomarse en cuenta el efecto inhibitorio que puede generar la imposición desproporcionada de este tipo de responsabilidades. Como la Corte IDH ha señalado recientemente: "el temor de una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o (...) publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público".⁴⁹

⁴⁵ Amparo Directo en Revisión 2044/2008..., *supra* nota 15.

⁴⁶ Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6; Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2; Amparo Directo 25/2010..., *supra* nota 21; Amparo Directo 26/2010..., *supra* nota 21.

⁴⁷ Amparo Directo en Revisión 2044/2008..., *supra* nota 15.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina...*, *supra* nota 34, párr. 74; Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá...*, *supra* nota 17, párr. 129.

A su vez, si bien la imposición de sanciones penales, no se encuentra prohibida de manera absoluta, la Corte IDH ha señalado que "esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales".⁵⁰ En efecto, en todas las ocasiones en las que la Corte IDH ha analizado la imposición de sanciones penales las ha considerado incompatibles con la CADH. La SCJN, de igual manera, aunque no ha desterrado de manera definitiva la imposición de sanciones penales derivadas del ejercicio de la libertad de expresión, al menos si ha considerado que, cuando se trata de expresiones que afectan a funcionarios públicos (discurso especialmente protegido), no sería constitucional la imposición de este tipo de medidas.⁵¹

b. Requisitos sustanciales (Test tripartito)

Con independencia del tipo de responsabilidad ulterior que pretenda ser aplicada, para que sea compatible con el derecho a la libertad de expresión, ésta debe cumplir con los requisitos establecidos en el test tripartito desarrollado por la Corte IDH con base en lo que señala el artículo 13.2 de la CADH. En este sentido, la restricción para ser legítima debe: (1) Estar prevista en ley de manera precisa y clara; (2) Perseguir la consecución de un fin legítimo autorizado; y (3) Ser necesaria en una sociedad democrática, es decir, ser razonable y proporcional.

■ Previsión en la ley

Toda restricción a la libertad de expresión debe encontrarse establecida de manera expresa, taxativa y clara en una ley, en sentido formal y material.⁵² Lo anterior ha sido reconocido por la SCJN, la cual ha señalado que:

[L]as causas por las que pueda entrar en juego la exigencia de responsabilidad deben constar en una ley, tanto en sentido formal como en sentido material. Es necesario que sea el legislador, integrado por representantes de los ciudadanos, el que establezca los contornos fundamentales del sistema de responsabilidad por eventuales

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina...*, *supra* nota 34, párr. 78; Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá...*, *supra* nota 17, párr. 120; y Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina...*, *supra* nota 34, párr. 55.

⁵¹ Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6; Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2.

⁵² Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, *supra* nota 5, párr. 39-40; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...*, *supra*, nota 3 párr. 120; Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá...*, *supra* nota 17, párr. 117.

ejercicios abusivos de las libertades a expresarse e informar, y esas normas deben ser generales y razonablemente precisas. (...) [L]as leyes que establecen limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en términos claros y precisos en garantía de la seguridad jurídica, la protección de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las autoridades y la creación de un entorno jurídico hostil a la disuasión expresiva y la autocensura; las fórmulas vagas o ambiguas no permiten a los ciudadanos anticipar las consecuencias de sus actos, otorgan en los hechos facultades discrecionales demasiado amplias a las autoridades (que pueden dar cobijo a eventuales actos de arbitrariedad) y tienen un clarísimo efecto disuasivo en el plano del ejercicio ordinario de las libertades. Cuando las normas de responsabilidad son de naturaleza penal, y permiten privar a los individuos de bienes y derechos centrales—incluida, en algunas ocasiones, su libertad— las exigencias anteriores cobran todavía más brío.⁵³

De igual manera, la Corte IDH ha señalado que cuando se trata de responsabilidades de carácter penal, los tipos penales debe utilizar términos "estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales".⁵⁴

■ Fin legítimo perseguido

El segundo requisito que debe cumplir toda restricción del derecho a la libertad de expresión es el de que dicha restricción persiga uno de los fines legítimos autorizados por la Constitución y la CADH, si bien ambos ordenamientos utilizan un lenguaje distinto para describir los fines autorizados para, en principio, establecer restricciones a la libertad de expresión, no existe una verdadera divergencia entre los mismos.

En este sentido debe entenderse que, en principio, son fines legítimos para la imposición de restricciones a la libertad de expresión: (i) la protección de los derechos de los demás; (ii) la protección del orden público; (iii) la protección de la seguridad nacional; y (iv) la protección de la salud y la moral públicas.

⁵³ Amparo Directo en Revisión 2044/2008..., *supra* nota 15.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207, párr. 55; Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*..., *supra* nota 34, párr. 63.

Cualquier restricción que persiga un fin distinto de los señalados anteriormente sería incompatible con el derecho a la libertad de expresión. A su vez, los fines descritos deben ser interpretados de forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la CADH.⁵⁵

Por ejemplo, en cuanto a la noción de orden público, la Corte IDH la ha definido como "las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios".⁵⁶ Además ha resaltado que "el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto"⁵⁷. De cualquier forma, como ya ha sido señalado, cualquier restricción que se base en la afectación del orden público o la seguridad nacional, deben derivarse de amenazas ciertas, objetivas y actuales, no en meras conjeturas sobre los potenciales efectos que un ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede provocar.

No obstante que hoy en día la SCJN ha establecido claramente que toda restricción a la libertad de expresión debe basarse en los fines legítimos descritos, en el pasado no fue tan rigurosa en su análisis. En el *Amparo en Revisión 2676/2003*, la Corte consideró que "el honor de la nación" y "la protección de los símbolos patrios" resultaban ser fines legítimos para la imposición de una restricción de carácter penal por el ejercicio de la libertad de expresión.⁵⁸ La mayoría desprendió la legitimidad de ese fin con base en una muy cuestionable interpretación de preceptos distintos al 6o. constitucional. Por su parte el voto de la minoría argumentó lo que posteriormente se convertiría en el criterio mayoritario, que las únicas categorías de restricción son las que señala el artículo 6o. constitucional y 13 de la CADH.

■ Necesidad en una sociedad democrática

No basta con que las restricciones estén previstas en ley y persigan uno de los fines legítimos autorizados, es imperativo que la imposición de la responsabilidad ulterior sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, que sea la medida idónea, necesaria *stricto sensu* y proporcional para alcanzar el fin legítimo perseguido.

⁵⁵ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, *supra* nota 5 párr. 67.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 64.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 69.

⁵⁸ Amparo en Revisión 2676/2003. Sentencia de 5 de octubre de 2005. México. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/243/03026760.002.doc> (5 de julio de 2013).

Respecto a la idoneidad de la medida, lo que debe indagarse es si la restricción analizada resulta ser un instrumento adecuado para salvaguardar el fin legítimo que se pretende proteger o está en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo.⁵⁹

En cuanto al requisito de necesidad, la Corte IDH y la SCJN han aclarado que "el adjetivo "necesario" no es sinónimo de "indispensable", pero tampoco tiene la flexibilidad de expresiones como "admisible", "ordinario", "útil", "razonable" o "deseable", sino que implica una necesidad social apremiante o imperiosa.⁶⁰ En este sentido, deben examinarse las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas,⁶¹ de manera que pueda determinarse si el caso concreto sea de una gravedad tal que no exista alternativa jurídica viable.⁶²

A su vez, las restricciones a la libertad de expresión deben ser estrictamente proporcionales, es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.⁶³ La Corte IDH ha señalado que para efectuar la ponderación sobre la proporcionalidad de la medida se debe analizar: (i) el grado de afectación de unos de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; (ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y (iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.⁶⁴

De manera natural, el resultado de las operaciones descritas anteriormente debe ser determinado de manera casuística. Sin embargo, en la ponderación de los elementos para determinar si una restricción a la libertad de expresión es necesaria en una sociedad democrática, debe tomarse en cuenta, *inter alia*: el contexto en el que las expresiones tienen lugar, en tanto esto puede disminuir la significación ofensiva de un discurso y aumentar el grado de tolerancia;⁶⁵ la relevancia pública de la información, ya sea que el discurso sea de interés público o referente a un personaje público; la cobertura y alcance del medio a través del cual

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina...*, *supra* nota 34, párrs. 70-71.

⁶⁰ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, *supra* nota, párr. 46; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...*, *supra* nota. 3, párr. 121; Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2; Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina...*, *supra* nota 34, párr. 74.

⁶² Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2.

⁶³ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina...*, *supra* nota 34, párr. 83.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina...*, *supra* nota 34, párr. 84.

⁶⁵ Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6; Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2; Amparo Directo 25/2010, *supra* nota 21; y, Amparo Directo 26/2010... *supra* nota 21.

se realiza la expresión; y el análisis de las expresiones, el cual debe realizarse en forma conjunta, pero desentrañando los elementos substanciales de cada una de sus partes, pues es así que puede obtenerse el sentido de lo que se expresa.⁶⁶

Asimismo, vale la pena recordar otros elementos que ya han sido desarrollados anteriormente como: la necesidad de utilizar el estándar de la "real malicia" o "malicia efectiva"; los efectos de la *exceptio veritatis*; y la importancia de la determinación sobre si las afirmaciones respecto de las cuales pretende imponerse una responsabilidad ulterior son afirmaciones de hecho u opiniones, sobre las cuales no es posible hacer un examen de veracidad. Solamente después de realizar este análisis es que podrá determinarse si una restricción al derecho a la libertad de expresión es legítima a la luz de la Constitución y la CADH.

3. Las restricciones indirectas

La imposición de restricciones al derecho a la libertad de expresión tampoco debe llevarse a cabo por medios indirectos. El artículo 13.3 de la CADH establece dicha prohibición al señalar que "[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

En un sentido similar, pero limitándose a la libertad de imprenta, la Constitución señala en el artículo 7o. que "en ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito" y que se "dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y de más empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado". Lo anterior refleja, según la SCJN, la gran importancia que el Constituyente permanente depositó en la garantía de que las autoridades públicas no utilizaran estrategias indirectas [...] para entorpecer la libre difusión y comunicación de las ideas escritas".⁶⁷

Es importante aclarar que el listado de ejemplos que se señala en ambas disposiciones no es taxativo. Lo determinante es analizar el efecto que determinada acción u omisión provoca

⁶⁶ Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6.; Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2; Amparo Directo 25/2010, *supra* nota 21; y Amparo Directo 26/2010... *supra* nota 21.

⁶⁷ Amparo en Revisión 1595/2006..., *supra* nota 8.

en el flujo informativo. A su vez, tanto la Corte IDH,⁶⁸ como la SCJN⁶⁹ han reconocido que las restricciones indirectas pueden provenir de actos de particulares que provoquen el mismo resultado. En esos casos el Estado, en atención a sus obligaciones de protección y garantía, debe tomar las medidas necesarias para evitar que persistan abusos.

La jurisprudencia nacional e internacional ha tenido la oportunidad de referirse a diversas formas de restricción indirecta a la libertad de expresión como: la colegiación obligatoria de periodistas;⁷⁰ la inadecuada regulación de la radiodifusión y la prevalencia de oligopolios mediáticos;⁷¹ el uso arbitrario de las facultades de regulación y la revocación de la nacionalidad en perjuicio de un directivo de una estación de televisión;⁷² la injerencia y presión lesiva de los derechos de periodistas a través de declaraciones de funcionarios públicos;⁷³ la utilización arbitraria de la publicidad oficial como medio de control de los medios de comunicación;⁷⁴ y el establecimiento de un sistema extensivo y desproporcionado de distribución de responsabilidades al interior de un universo de sujetos implicados en la cadena de difusión de expresiones que tenga como efecto o el establecimiento de mecanismos de censura.⁷⁵

Los criterios establecidos en algunos de esos casos serán analizados posteriormente, sin embargo, resulta pertinente resaltar el tajante rechazo, que ambos tribunales han manifestado reiteradamente, a la utilización de medidas indirectas para la restricción del flujo informativo.

A su vez debe señalarse la importancia que para la realización del análisis en torno a medidas de restricción indirecta ha resultado ser el adecuado entendimiento de las obligaciones generales en materia de derechos humanos, y en particular, de cómo el derecho a la libertad de expresión implica para el Estado mucho más que la "no intervención".

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela...*, *supra* nota 19; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela...*, *supra* nota 19.

⁶⁹ SCJN. 1a. Sala. Amparo en Revisión 1302/2009. Sentencia de 12 de mayo de 2010. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110591>> (5 de julio de 2013).

⁷⁰ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, *supra* nota 5.

⁷¹ SCJN. Pleno. Acción de Inconstitucionalidad 26/2006. Sentencia de 7 de mayo de 2007. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=82884>> (5 de julio de 2013); Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina...*, *supra* nota 34, párr. 57.

⁷² Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. *Supra* nota 9.

⁷³ Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela...*, *supra* nota 19; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela...*, *supra* nota 19.

⁷⁴ Amparo en Revisión 531/2011. Sentencia de 24 de agosto de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129102>> (5 de julio de 2013); Amparo en Revisión 248/2011..., Sentencia de 13 de julio de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=126069>> (5 de julio de 2013).

⁷⁵ Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6; Amparo en Revisión 1302/2009..., *supra* nota 70.

III. El libre flujo informativo y medios

Una vez que han sido desarrollados los conceptos generales que rigen al derecho a la libertad de expresión de manera común a todo tipo de expresiones, es preciso recapitular el concepto de "libre flujo informativo", el cual es esencial para el entendimiento del contenido y alcance que en México y en el sistema interamericano se la ha dado al derecho a la libertad de expresión, así como para entender el papel de los distintos medios y tecnologías a través de las cuales este derecho puede alcanzar su realización efectiva.

Como ya ha sido descrito a lo largo de este artículo, el derecho a la libertad de expresión no está concebido como una protección estática o hipotética de la capacidad de expresarse,⁷⁶ sino que posee un carácter funcional que tiene como objetivo el establecimiento, preservación y fomento del más diverso, dinámico y robusto flujo de información que haga efectivos los derechos de difusión, recepción y búsqueda de expresiones de todo tipo.

Este libre flujo informativo ha sido descrito por la SCJN como un espacio social en donde la convergencia y fluctuación de las ideas, incluyendo aquellas que no tienen una agenda determinada, generan de manera espontánea una red de intercambio de información de toda índole, la cual se selecciona, agrupa y aborda con mayor intensidad con base en la "oferta y demanda" de información, definida por los intereses de los propios interlocutores de esa gran red.⁷⁷

La posibilidad de acceder, analizar y participar en el libre flujo informativo resulta trascendental para la realización espiritual y la conformación y perfeccionamiento de la identidad individual de una persona. Esto es así, en tanto el acceso a información en mayor cantidad, calidad y diversidad permite a una persona construir de mejor manera su entendimiento de la realidad, lo cual en consecuencia define la forma de pensar y actuar, tanto en el ámbito privado como en el público, y de esta forma permite el desarrollo de las potencias individuales y sociales.⁷⁸

Esta red de libre flujo informativo posee, como ha sido señalado anteriormente, una esencial función dentro de un sistema democrático. La intervención de individuos y grupos en la libre fluctuación de las ideas y la competencia de las mismas entre sí, permite a la sociedad en su

⁷⁶ Amparo en Revisión 1595/2006..., *supra* nota 8.

⁷⁷ Amparo Directo en Revisión 27/2009..., *supra* nota 23.

⁷⁸ Cfr. Amparo Directo en Revisión 27/2009..., *supra* nota 23.

conjunto llevar a cabo la deliberación y el razonamiento colectivo que lleva a la definición de los fines colectivos y la configuración de una conciencia política en la sociedad.⁷⁹

Es por ello que la SCJN ha señalado que esta formación colectiva de la voluntad a través de la deliberación hace posible afirmar que "el despliegue comunicativo es constitutivo de los procesos sociales y políticos, [lo cual] evidencia el carácter funcional que para la vida democrática nacional representan las libertades de expresión e información, de forma tal que la libertad de comunicación adquiere un valor en sí misma o se convierte en un valor autónomo, sin depender esencialmente de su contenido".⁸⁰

La trascendencia que el libre flujo informativo ostenta al proyectarse en la definición de la voluntad colectiva implica, a su vez, que interese al Estado y a la sociedad el que el acceso y participación en el flujo informativo sea incluyente, plural y equitativa en la mayor medida posible. Sobre la importancia de la pluralidad, diversidad y equidad del flujo informativo la Corte IDH ha señalado que: "[e]l Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo".⁸¹

Además ha establecido que la máxima posibilidad de información es un requisito del bien común, y es el pleno ejercicio de la libertad de expresión el que garantiza tal circulación máxima.⁸²

Por su parte, la SCJN también ha reflejado la importancia de fomentar un flujo informativo plural y equitativo al estimar que "en la medida en que se admita el intercambio de una pluralidad de ideas y tendencias [...] se garantizará una efectiva participación de la ciudadanía en la vida política del Estado, lo cual es un elemento esencial de la democracia".⁸³ En este sentido, ambas salas de la SCJN han reconocido que la obligación del Estado, derivada del derecho a la libertad de expresión, no se limita a no interferir con el libre flujo informativo, sino que debe llevar a cabo medidas que fomenten la participación de personas y grupos excluidos de dicha red.⁸⁴

⁷⁹ Amparo Directo 25/2010, *supra* nota 21; Amparo Directo 26/2010... *supra* nota 21; Amparo Directo en Revisión 27/2009... *supra* nota 23; Amparo Directo en Revisión 2044/2008... *supra* nota 15.

⁸⁰ Amparo Directo 28/2010... *supra* nota 2.

⁸¹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*..., *supra* nota 34, párr. 57; Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*..., *supra* nota 34, párr. 45.

⁸² Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*..., *supra* nota 5, párr. 77.

⁸³ Amparo Directo en Revisión 27/2009... *supra* nota 23.

⁸⁴ Amparo en Revisión 531/2011..., *supra* nota 75; Amparo en Revisión 248/2011... *supra* nota 75.

Ahora, en el desarrollo de las posibilidades de realización plena del derecho a la libertad de expresión es vital reconocer el papel que ha jugado el desarrollo de los medios de comunicación. Las posibilidades de conservación, reproducción y transmisión de información han estado históricamente ligadas a avances tecnológicos que han permitido superar las limitaciones naturales que la expresión humana posee. Desde el desarrollo del lenguaje y la escritura, hasta la imprenta y el advenimiento de los medios electrónicos, el dinamismo, diversidad e inmediatez de la comunicación humana han estado en constante evolución.

En igual sentido, los medios han permitido la progresiva realización efectiva del derecho a la libertad de expresión. La imprenta, la radio, la televisión y las nuevas tecnologías de la información han permitido, evolutivamente, la vigorización del flujo informativo al hacer posible que una mayor cantidad de información esté disponible, que la información fluya a mayores distancias y con mayor inmediatez.

Lo anterior ha sido reconocido por la SCJN, por ejemplo, al destacar que "la misma consagración de la libertad de imprenta en un artículo separado de la libertad de expresión es un testimonio elocuente del carácter esencial de la difusión del mensaje. La imprenta fue durante mucho tiempo el mecanismo central de difusión de los mensajes escritos, y es eso lo que llevó a los textos constitucionales a incluir reglas específicas protegiendo ese particular y por el entonces central y más eficaz medio de expresión de mensajes escritos".⁸⁵

A su vez la Corte IDH ha resaltado el rol esencial que juegan los medios como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática.⁸⁶ Adicionalmente, la Corte ha establecido que son "los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad".⁸⁷

En efecto, al mismo tiempo que el desarrollo tecnológico ha permitido ensanchar las posibilidades de acceso a información, también se han generado actores que han adquirido un poder comunicativo privilegiado frente al resto de la ciudadanía, por tanto, es menester del Estado adoptar medidas y políticas públicas que, sin desconocer la obligación de respeto a la libertad de expresión, fomenten la pluralidad y heterogeneidad de los medios de comunicación, de manera que no queden grupos excluidos del debate público.

⁸⁵ Amparo en Revisión 1595/2006..., *supra* nota 8.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...*, *supra* nota 3; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...*, *supra* nota 9, párr. 149.

⁸⁷ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, *supra* nota 5., párr. 34.

Para la consecución de esos fines la Corte IDH ha resaltado la importancia de, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas,⁸⁸ cuestiones que serán abordadas con mayor detalle más adelante.

De esta forma debe reconocerse que, en esencia, la función primordial del derecho a la libertad de expresión es el desarrollo progresivo de un libre flujo informativo cada vez más robusto, plural y dinámico, lo cual a su vez, debe ser asumido como el eje orientador al momento de analizar las obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar este derecho, ya sea para diseñar por la vía legislativa o administrativa políticas públicas o para controlar por la vía jurisdiccional los actos que sean señalados como contrarios a la libertad de expresión.

IV. Medios impresos

El ejercicio de la libertad de expresión a través de medios escritos encuentra una protección constitucional específica en el artículo 7o. constitucional, el cual consagra lo que ha sido llamado como "libertad de imprenta". Lo anterior se debe, como ha sido señalado anteriormente, a que la imprenta fue durante mucho tiempo el mecanismo central y más eficaz de difusión de mensajes escritos, lo cual llevó al constituyente a consagrar reglas específicas protegiendo ese medio de difusión.⁸⁹

El artículo 7o., además, enfatiza la prohibición de restricciones indirectas al establecer que "en ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito" o la de que "las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado".

Si bien, la SCJN y la Corte IDH han tenido la oportunidad de abordar una considerable cantidad de casos relativos a este derecho, la mayoría de ellos se ha resuelto en atención a los requisitos generales de restricción de la libertad de expresión, los cuáles ya han sido desarrollados con suficiencia en este artículo. No obstante, en el presente capítulo se abordarán cuestiones que inciden de manera específica a la eficacia de la libertad de expresión en los medios impresos como lo es la distribución de responsabilidades de los medios impresos por las expresiones vertidas a través de mensajes pagados y a través de columnas periodísticas.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ Amparo en Revisión 1595/2006..., *supra* nota 8.

La SCJN ha tenido la oportunidad de analizar cual es la responsabilidad de un medio impreso o editorial por las expresiones vertidas a través de periódicos o publicaciones a su cargo.

En el *Amparo Directo en Revisión 2044/2008*, la 1a. Sala de la SCJN analizó el enjuiciamiento penal del director de un periódico, por la publicación de una nota que el entonces Presidente Municipal de Acámbaro, Guanajuato, consideró lesionaba su honor. La SCJN, además de considerar el enjuiciamiento como una restricción que no cumplía con los requisitos que deben ser cumplidos para la imposición de responsabilidades ulteriores, señaló que la proscripción de restricciones indirectas requiere que se preste especial atención a las reglas de distribución de responsabilidad al interior del universo de sujetos implicados en la cadena de difusión de noticias y opiniones. Para la SCJN resulta indispensable que no se generen "dinámicas de distribución de responsabilidad entre ciudadanos, periodistas, editores y propietarios de medios de comunicación que lleven a unos a hallar interés en el silenciamiento o la restricción expresiva de los demás".⁹⁰

Posteriormente, la SCJN analizó en el *Amparo Directo en Revisión 1302/2009* la responsabilidad de un periódico por la publicación de una inserción pagada (esquela) a través de la cual se realizaron expresiones, que según fue alegado, resultaban transgresoras de los derechos de personalidad de un particular. En aquella oportunidad, la 1a. Sala de la SCJN determinó, por mayoría, que los medios impresos no poseen un deber de cuidado encaminado a verificar que las inserciones pagadas contratadas por particulares no contengan mensajes que vulneren los derechos a la intimidad o al honor de otros particulares. En opinión de la mayoría, el establecimiento de tal deber de cuidado "obstaculizaría en demasía el mantenimiento de los periódicos como espacios para la comunicación y obligaría a los medios de comunicación escrita a asumir responsabilidades legales que a la postre podrían dificultar de modo importante el ejercicio informativo y limitar desproporcionadamente la posibilidad de acceder equitativamente a la publicación pagada de informaciones en las secciones correspondientes".⁹¹

La SCJN aclaró que en el caso de las inserciones pagadas, el medio impreso actúa fundamentalmente como vehículo para que los particulares se expresen públicamente, quién, sin ser objeto de controles previos, debe responder por las extralimitaciones o ilicitudes en que pudiera incurrir con motivo de su expresión, y es en quién pudiera imponerse una responsabilidad ulterior.⁹²

⁹⁰ Amparo Directo en Revisión 2044/2008..., *supra* nota 15.

⁹¹ Amparo en Revisión 1302/2009..., *supra* nota 70.

⁹² *Ibidem*.

No obstante, la mayoría de la 1a. Sala consideró que un periódico puede llegar a considerarse responsable por las expresiones vertidas a través de inserciones pagadas cuando no realice ciertas acciones que permitan a quién se considera afectado por aquellas expresiones la posibilidad de hacer valer sus derechos en tribunales frente a quién se manifieste como la fuente autoral de esas comunicaciones que se consideren lesivas.⁹³

En concreto, la 1a. Sala consideró que el deber del periódico se encuentra satisfecho si se reúnen dos requisitos mínimos: (i) solicitar a los contratantes la información necesaria para poder determinar, de buena fe, quiénes son y cuáles son sus datos básicos de identificación del autor y responsable de los dichos que se publican en estas inserciones, de manera tal que esos datos permitan a los potenciales afectados saber y tener contra quién interponer, en su caso, una demanda judicial por supuesta vulneración de sus derechos; y (ii) cerciorarse de que el texto que queda inserto en el medio de difusión corresponde en sus términos con aquel cuya publicación le fue solicitada.⁹⁴

Si bien, en principio, es loable la decisión de la mayoría, en tanto se niega que el medio impreso tenga la obligación de realizar un control previo sobre el contenido de las inserciones pagadas, lo cual constituiría un acto de censura delegado a particulares incompatible con el derecho a la libertad de expresión. Resulta importante que los requisitos en materia de identificación del autor de las inserciones pagadas sean interpretadas de manera razonable, de buena fe y sin exacerbado formalismo, ya que de lo contrario pueden generarse efectos perniciosos para la libertad de expresión o el derecho a la privacidad. De lo señalado por la SCJN, no debe asumirse que el discurso anónimo carece de protección, pues en muchas ocasiones es la característica de anonimidad la que permite que información de gran relevancia pública pueda llegar a formar parte del flujo informativo, al facilitar que obstáculos como el temor a represalias y otras formas de autocensura sean sorteados.

De manera más reciente, la SCJN ha resuelto una problemática similar pero en torno a la responsabilidad de los medios impresos, casas editoriales y otros actores respecto de la publicación de columnas y notas periodísticas, respecto de las cuales se pretenden imponer responsabilidades ulteriores. En dichas ocasiones, la SCJN ha reafirmado el principio de que el establecimiento de un sistema de distribución de responsabilidades que imponga una carga a las personas que se dediquen a la edición y distribución de medios impresos de revisar y seleccionar contenidos y decidir qué notas pueden o no publicar, se traduciría en el

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ *Ibidem.*

establecimiento de un mecanismo de censura previa delegado a los particulares, lo cual es incompatible con el derecho a la libertad de expresión.⁹⁵

V. Radio y Televisión

La radio y la televisión han tenido un impacto cultural innegable. El avance tecnológico que permitió utilizar el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de audio y video en forma masiva significó un hito para las posibilidades de comunicación de la sociedad del siglo XX. Desde el punto de vista del derecho a la libertad de expresión, la radiodifusión generó oportunidades inéditas para la difusión de expresiones, y por tanto, robusteció el flujo informativo.

No obstante, ciertas características ligadas a estos medios electrónicos deben reconocerse para su tratamiento jurídico en relación al derecho a la libertad de expresión. Por un lado, el servicio de radio y televisión se lleva a cabo a través de la explotación del espectro radioeléctrico, un bien de la nación, el cual es un recurso finito, por ende, existe una limitación natural al número de personas que pueden estar en posibilidad de explotarlo para prestar los servicios indicados.

Asimismo, la radio y la televisión son medios unidireccionales, es decir, permiten a una persona emitir un mensaje de audio o audiovisual de manera masiva sin que los receptores de esa información tengan posibilidades de interlocución. De esta forma, el reducido número de personas en capacidad de definir los mensajes que son transmitidos a través de estos medios de comunicación poseen un poder comunicativo privilegiado, lo cual, en principio, supone un obstáculo para la consecución de un flujo informativo equitativo.

La importancia e influencia de estos medios de comunicación ha sido reconocida por la SCJN, la cual resaltado que la radio y la televisión, en su calidad de medios masivos de comunicación, ejercen una influencia decisiva en todos los aspectos de la vida del país,⁹⁶ convirtiéndose así en instrumentos claves para la satisfacción del derecho a la libertad de expresión. De manera más precisa, la SCJN ha señalado que:

[L]os medios de comunicación cumplen una función social de relevancia trascendental para la nación porque constituyen el instrumento a través del cual se hacen

⁹⁵ Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6.

⁹⁶ Acción de Inconstitucionalidad 26/2006... *supra* nota 72, p. 464.

*efectivos los derechos fundamentales de los gobernados. Suponen, además, una herramienta fundamental de transmisión masiva de educación y cultura, que coadyuva a la integración de la población, proporciona a ésta información, esparcimiento y entretenimiento, influye en sus valores, en su democratización, en la politización, en la ideología de respeto al hombre sin discriminación alguna, etcétera.*⁹⁷

En atención a lo anterior, tanto la SCJN como la Corte IDH han resaltado la importancia de que el Estado regule la radiodifusión de manera que esta sea un verdadero instrumento para la realización de la libertad de expresión, lo cual requiere que la regulación esté encaminada a establecer una radiodifusión plural y libre.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado que:

*[L]a libertad de expresión requiere que los medios de comunicación estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar.*⁹⁸

El deber de regular la radiodifusión, es un claro ejemplo de las obligaciones positivas que posee el Estado respecto del derecho a la libertad de expresión. Como la Corte IDH ha también resaltado, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.⁹⁹ En atención a lo anterior es que la propia Corte IDH ha sustentado la protección de los derechos humanos de quién enfrenta el poder de los medios y la obligación de tomar medidas encaminadas a asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.¹⁰⁰

⁹⁷ Acción de Inconstitucionalidad 26/2006..., *supra* nota 72.

⁹⁸ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, *supra* nota 5., párr. 34.

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 56.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina...*, *supra* nota 34, párr. 57.

La SCJN ha también reconocido estos conceptos. Al resolver la *Acción de Inconstitucionalidad 26/2006*¹⁰¹ respecto de diversas modificaciones a la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión (reformas conocidas como "Ley Televisa"), el pleno de la SCJN reconoció que la radiodifusión es una actividad de interés público que cumple una función social de relevancia trascendental para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, por lo que el Estado, al regular el uso del bien público utilizado para esa actividad, debe garantizar la igualdad de oportunidades para su acceso y propiciar un pluralismo que asegure a la sociedad el respeto del derecho a la libertad de expresión.¹⁰²

De manera reiterada a lo largo de la sentencia en comento, la SCJN reafirmó la rectoría que el Estado debe ejercer sobre la radiodifusión, derivada de su posición de garante, protector y promotor de la libertad de expresión, de manera que el Estado, a través de la regulación y la supervisión, se asegure de que la radiodifusión efectivamente atienda a la función pública que tiene encomendada, lo cual supone en todo momento el fomento de la pluralidad y diversidad en la conformación de los medios de comunicación masiva.¹⁰³

En atención a lo anterior, la SCJN determinó que diversas porciones normativas impugnadas resultaban inconstitucionales e incompatibles con el derecho a la libertad de expresión. Por un lado, al analizar artículos que fallaban en establecer de manera completa y clara los requisitos para la solicitar un permiso de radiodifusión, la SCJN consideró que al otorgarse a la autoridad un amplio margen de discrecionalidad para solicitar la información y exigir los requisitos que considerara convenientes, se colocaba a los solicitantes de los permisos en un grave estado de inseguridad jurídica al desconocerse qué otra información les sería requerida por la autoridad, lo que se traducía en una vulneración a los principios de legalidad y seguridad jurídica.¹⁰⁴

En consecuencia, la SCJN estableció que respecto de los requisitos para el otorgamiento de permisos y concesiones de radiodifusión, se deben atender a criterios objetivos que consideren la importancia de que exista pluralidad en la difusión de las ideas, por lo que la determinación del otorgamiento del permiso o concesión debe sujetarse a reglas objetivas y a criterios precisos que regulen el actuar de la autoridad, de manera que se eviten decisiones arbitrarias por parte de la autoridad.¹⁰⁵

¹⁰¹ SCJN. Pleno. Acción de Inconstitucionalidad 26/2006..., *supra* nota 72.

¹⁰² Acción de Inconstitucionalidad 26/2006..., *supra* nota 72, p. 550.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 608.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 253-254.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 255.

Asimismo, la SCJN consideró que diversas disposiciones favorecerían la concentración de medios de comunicación, y por ello, resultaban ser violatorias del derecho a la libertad de expresión. En aquella oportunidad se estableció que el Estado, como rector de la economía nacional y garante de la libertad de expresión deberá procurar que el acceso a la adquisición, operación y administración de los servicios de radiodifusión, se otorgue de manera transitoria y pluralmente a fin de evitar la concentración de este servicio de interés público, en grupos de poder.¹⁰⁶

En consideración de lo anterior, la SCJN resolvió que la determinación respecto a la asignación de bandas de frecuencia atribuidas a la radiodifusión no puede sustentarse exclusiva, ni predominantemente, en aspectos económicos, pues si bien debe atenderse a la susceptibilidad de explotación del bien y a las condiciones del mercado de que se trata, el criterio rector del Estado en este tema no puede desconocer el interés público de la actividad, ni el fin social que se persigue.¹⁰⁷

Igualmente se declaró la invalidez del procedimiento de licitación por subasta pública, en tanto la SCJN decretó que sería contrario al derecho a la libertad de expresión el beneficiar al que mayor poder económico posee para ofrecer la mejor oferta, ya que se privilegiaría ese poder por encima de la idoneidad de los posibles concesionarios para cumplir la función social que le corresponde al servicio de radiodifusión.¹⁰⁸ Además consideró que tal procedimiento favorecería "el acaparamiento de los medios de comunicación masiva en grupos económicamente poderosos, impidiendo la participación plural y el ingreso de nuevos agentes o entidades en el ramo, lo cual significaría una renuncia del Estado al ejercicio de sus facultades como garante del ejercicio de la libertad de expresión, obstaculizando con ello, el desarrollo integral, plural y democrático de la sociedad mexicana".¹⁰⁹

En igual sentido se declaró la invalidez del refrendo automático de concesiones, sin mediar licitación, en virtud de que lo anterior fomentaría la concentración e impediría el acceso equitativo a los medios de comunicación, siendo lo anterior flagrantemente violatorio del derecho a la libertad de expresión.

Adicionalmente, la SCJN ha recalcado la rectoría que debe ejercer el Estado, no solamente respecto de la radiodifusión, sino respecto del espectro radioeléctrico con el fin de optimizar

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 468.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 480.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 557.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 558.

su uso. Al justificar su decisión de declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa que establecía un plazo forzoso de veinte años de duración de una concesión, la SCJN determinó que en virtud de que en la actualidad la tecnología avanza rápidamente y es la que provoca, precisamente, el aprovechamiento cada vez más eficiente del espacio radioeléctrico, por lo que el Estado debe cerciorarse de no perder el control para verificar el mejor aprovechamiento de la tecnología y del bien concesionado.

En este sentido, la SCJN ha dejado claramente establecido que, respecto de la administración del espectro radioeléctrico, el criterio rector de toda decisión debe ser la optimización del mismo, esto quiere decir que se deben privilegiar las tecnologías y los servicios que maximicen la posibilidades de realización efectiva del derecho a la libertad de expresión.

En concordancia con lo anterior, la SCJN ha aclarado que existe una relación indisoluble entre la concesión otorgada y el uso del bien concesionado. Es decir, el objeto de la concesión o permiso no lo constituye, aisladamente considerado, el espacio radioeléctrico correspondiente a la frecuencia o frecuencias asignadas al servicio de telecomunicación que se va a prestar, sino que, tal frecuencia o frecuencias son atribuidas, en todos los casos, para un uso o varios usos determinados y específicos. Las concesiones y permisos se encuentran, en todos los casos, sujetas a un uso específico y determinado.¹¹⁰

En relación con lo anterior, si en virtud del avance tecnológico, como lo es la transición digital, el Estado considerara necesario reorganizar el espectro radioeléctrico a fin de hacer más eficiente su uso, al ser éste un bien escaso, estaría en posibilidad jurídica de reasignar o reubicar las bandas de frecuencia e, incluso recuperarlas, al corresponder a éste, en todo momento, su dominio directo.¹¹¹

Con lo anterior en mente, la SCJN determinó que una disposición que otorgaba un trato privilegiado a los concesionarios de radiodifusión para obtener concesiones en materia de telecomunicaciones en las mismas bandas de frecuencias propiciaba la concentración y impedía la posibilidad de aprovechar la transición digital para lograr una mayor diversidad y pluralidad, tanto en el ámbito de la radiodifusión, como en materia de telecomunicaciones, por lo tanto decretó su inconstitucionalidad.

Cabe señalar que, como se esbozará tangencialmente en el siguiente capítulo, el Estado debe propiciar, no sólo la pluralidad de medios de comunicación masiva de carácter

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 397.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 415- 416.

privado, sino que debe fomentar, además, la participación de medios públicos y comunitarios que permitan a grupos y expresiones, que no encuentran cabida en los medios comerciales, formen parte del flujo informativo y permitan que éste sea más plural y equitativo.

Respecto de los medios comunitarios, debe resaltarse el reconocimiento explícito a estos y el reconocimiento a sus características e importancia por parte de la SCJN en el *Amparo en Revisión 531/2011*, en el cual la 1a. Sala señaló que:

*[L]as radios comunitarias como medios de comunicación, cumplen una función de interés público para el Estado, que si bien no atiende a la cantidad de receptores o radioescuchas a los que pudiera llegar una radio comercial, lo cierto es que la trascendencia de éstas formas de expresión es más bien por la calidad de los sujetos y la finalidad de los contenidos a difundir entre éstos, pues las radios comunitarias, a diferencia de la radio comercial, no tienen ánimo de lucro y son creadas con la intención de favorecer a una comunidad o núcleo poblacional, cuyos intereses son el desarrollo de su comunidad.*¹¹²

Adicionalmente, la SCJN reconoció la importancia de los medios comunitarios en tanto promueven valores protegidos como lo es la difusión de la cultura indígena y la difusión de información sobre servicios públicos. Por lo tanto, la 1a. Sala consideró, incluso, que el Estado posee la obligación de fomentar y apoyar a las radios comunitarias.¹¹³

Finalmente, debe valorarse hacia el futuro, la necesidad de privilegiar tecnologías que optimicen el aprovechamiento del espectro radioeléctrico, no sólo en cuanto a los aspectos meramente técnicos, sino también en cuanto a los usos asignados. En innegable que, como se apuntará posteriormente, ante la emergencia de las nuevas tecnologías de la información que posibilitan la transmisión multidireccional y descentralizada de todo tipo de información, deben replantearse las prioridades en la administración del espectro radioeléctrico.

VI. Publicidad Oficial

Como ya ha sido señalado anteriormente, el artículo 13.3 de la CADH prohíbe la utilización de medios indirectos para restringir el derecho a la libertad de expresión. Un método de restricción indirecta respecto del cual se ha hecho énfasis recientemente, es la asignación arbitraria de publicidad oficial.

¹¹² Amparo en Revisión 531/2011..., *supra* nota 75.

¹¹³ *Idem*.

Ambas salas de la SCJN han tenido la oportunidad de referirse al tema en el *Amparo en Revisión 248/2011* y en el *Amparo en Revisión 531/2011*, en donde dos radios comunitarias (técnicamente permisionarias), *La Voladora Radio* y *Radio Nnandía* respectivamente, solicitaron la asignación de publicidad oficial por parte de la Secretaría de Salud del Gobierno Federal, la cual negó tal solicitud bajo el argumento de que dichos medios, por su limitada cobertura, no satisfacían las "expectativas de difusión", al ser los mensajes publicitarios "de carácter nacional".

En ambos casos, la SCJN concedió el amparo a las radios comunitarias fundamentando su decisión en la prohibición de restricciones indirectas a la libertad de expresión. En aquellas oportunidades se señaló, retomando la Declaración de Principios de Libertad de Expresión elaborados por la CIDH, que:

*La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y debe estar expresamente prohibido por la ley.*¹¹⁴

Además, la SCJN consideró que al determinar la asignación de publicidad oficial solamente en función del alcance general (capacidad de difusión) de un medio, y no de su cobertura real a todas las regiones y comunidades del país, se hace posible que el otorgamiento de publicidad oficial se convierta en una forma discrecional y restrictiva al utilizarse con una distribución desigual indebida; medida que puede producir un menoscabo en la protección de los derechos de los demás radiodifusores; lo que a su vez puede generar restricciones indebidas a la comunicación y la circulación de ideas y opiniones mediante la asignación discriminatoria de publicidad oficial, ante la ausencia de legislación especializada, así como de criterios transparentes y medibles para la asignación de publicidad gubernamental; medidas de restricción que, en ese sentido, impiden el ejercicio pleno del derecho de expresión e información.¹¹⁵

Por ello, en los casos concretos, la SCJN concluyó que las negativas de contratación se sustentaron en medidas restrictivas carentes de razonabilidad y proporcionalidad, pues

¹¹⁴ Amparo en Revisión 531/2011..., *supra* nota 75.; y, Amparo en Revisión 248/2011..., *supra* nota 75.

¹¹⁵ *Idem*.

se basaron en la asignación discriminatoria de publicidad oficial a las radiodifusoras concesionarias, privando a las radiodifusoras permisionarias del derecho de contratación equitativa de publicidad oficial; lo cual se tradujo en medidas de restricción al derecho a la libertad de expresión.

Si bien, estos casos se refieren a estaciones de radio, los mismos criterios resultan aplicables para medios impresos, así como para otros medios electrónicos como la televisión, pues lo determinante para evaluar si la asignación de publicidad oficial resulta compatible con el derecho a la libertad de expresión, es que existan criterios transparentes, mesurables y equitativos para dicha asignación, de manera que se impida que a través de la publicidad oficial, se premie o castigue a los medios en atención a su línea editorial.

VII. Periodismo y Derechos Humanos

La jurisprudencia nacional e internacional ha reconocido la importancia del periodismo en el contexto de una sociedad democrática. Por ejemplo, la Corte IDH ha establecido que "es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca".¹¹⁶

Por su parte la SCJN ha resaltado labor del periodismo al grado de considerar que "las libertades de expresión e información alcanzan un nivel máximo cuando dichos derechos se ejercen por los profesionales del periodismo a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción".¹¹⁷

El ejercicio profesional del periodismo se encuentra indisolublemente relacionado con el ejercicio de la libertad de expresión. Por ello, la Corte IDH ha considerado que el establecimiento de la colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística constituyen una restricción ilegítima de la libertad de expresión, en tanto la libertad de expresión se encuentra reconocida para toda persona.¹¹⁸

A su vez, en los casos *Ríos vs Venezuela* y *Perozo vs Venezuela*, la Corte IDH ha sostenido que el ejercicio efectivo de la libertad de expresión requiere la existencia de condiciones y prácticas

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...*, *supra* nota 3., párr. 119.

¹¹⁷ Amparo Directo 28/2010..., *supra* nota 2.

¹¹⁸ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, *supra* nota 5.

sociales que lo favorezcan. Por ello, el Estado, en atención a su deber de protección y garantía, debe tomar medidas para impedir que la libertad de expresión "se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o de particulares".¹¹⁹

En atención a lo anterior, los Estados deben, por un lado, abstenerse de actuar de manera tal que se propicie, estimule, favorezca o profundice la vulnerabilidad de los periodistas, y por el otro, deben adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación de vulnerabilidad, así como, en su caso, investigar y sancionar hechos que los perjudiquen.¹²⁰

En los casos citados, la Corte IDH consideró que declaraciones de altos funcionarios públicos del gobierno de Venezuela incrementaron la vulnerabilidad de periodistas, que a la postre sufrieron agresiones por parte de particulares, sin que además se tomaran las medidas razonables para su protección, por lo que en esos casos se determinó la responsabilidad estatal por la violación del derecho a la libertad de expresión y el deber de prevención de violaciones a la integridad personal.¹²¹

Por otra parte, la SCJN reconoció, al resolver la *Acción de Inconstitucionalidad 66/2009*, que el derecho a la libertad de expresión protege el secreto profesional de los periodistas y, por ende, la reserva de sus fuentes de información, por lo que los periodistas no pueden ser compelidos u obligados a revelarlas.¹²²

VIII. Nuevas tecnologías de la información

El desarrollo de nuevas tecnologías de la información, en particular Internet, ha transformado de manera radical la comunicación humana. En particular, la apertura y flexibilidad de la estructura que hace posible a Internet, y la característica de multidireccionalidad que lo distingue de otros medios, ha facilitado el ejercicio del derecho a recibir, buscar y difundir información, de manera rápida, masiva y a un relativo bajo costo. Las posibilidades que Internet representa para la realización efectiva del derecho a la libertad de expresión lo deben colocar

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela...*, *supra* nota 19; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela...*, *supra* nota 19.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Acción de Inconstitucionalidad 66/2009...*, *supra* nota 12.

en el centro de la agenda para avanzar este derecho, pues Internet maximiza como nunca antes, las posibilidades de consecución de un flujo informativo dinámico, robusto, plural y equitativo.

La jurisprudencia nacional e interamericana ha contado con muy pocas oportunidades para desarrollar los principios del derecho a la libertad de expresión aplicados a Internet, no obstante, es posible derivar de los criterios que han sido desarrollados en general respecto del derecho a la libertad de expresión, conceptos que faciliten la adecuada adaptación de los mismos a las características particulares que presenta Internet.

En primer lugar no debe dejarse duda de que las obligaciones estatales en materia de libertad de expresión, no solo son vigentes respecto de Internet, sino que se encuentran reforzadas por sus características específicas y las posibilidades que este sistema representa. En general, los Estados poseen la obligación de respetar, en el sentido de que deben abstenerse de adoptar cualquier medida que viole la libertad de expresión en Internet; la obligación de proteger, en el sentido de que deben tomar medidas para prevenir o remediar las interferencias ilegítimas al derecho de libertad de expresión en Internet derivadas de actos de particulares; deben promover, facilitando el desarrollo y acceso a Internet, por ejemplo, a través de la adopción de políticas públicas que generen las condiciones idóneas para el desarrollo de esa tecnología; y deben garantizar, adoptando medidas positivas en aras de lograr el acceso universal a Internet y fomentar su desarrollo.

Lo anterior debe recalcar, el Estado posee, derivado de sus obligaciones generales respecto de la libertad de expresión, la obligación de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para promover y garantizar el acceso universal y libre a Internet. Asimismo debe respetar y proteger su desarrollo, observando en todo momento, que se respeten las características de apertura, libertad, neutralidad, privacidad y desarrollo progresivo.

De igual manera que respecto a otros medios, la libertad de expresión en Internet, no es un derecho absoluto. Sin embargo, los estrictos requisitos para la adopción de restricciones al derecho a la libertad de expresión resultan enteramente aplicables. En concreto, se encuentra prohibida la censura previa, por ende, no es compatible ninguna medida encaminada a impedir el libre flujo informativo en Internet, como la filtración, bloqueo o remoción de expresiones, sitios web, direcciones IP, puertos o protocolos. Las restricciones derivadas de expresiones realizadas a través de Internet, solamente pueden tomar la forma de responsabilidades ulteriores, las cuales deben cumplir con los requisitos del *test tripartito*. Al respecto, vale la pena notar que las posibilidades de comunicación interactiva que permite Internet,

pueden hacer menos necesaria o proporcional la imposición de responsabilidades ulteriores, pues, por lo general, los interlocutores poseen posibilidades simétricas de comunicación, permitiendo que el intercambio de opiniones permita mitigar o eliminar la necesidad de la intervención estatal.

A su vez, subsiste la prohibición de adopción de restricciones indirectas. Dado que por la propia naturaleza de Internet, existen una pluralidad de intermediarios que posibilitan el libre y dinámico flujo de información a través de la red, resultan particularmente relevantes los criterios que han sido adoptados respecto de la incompatibilidad de sistemas de distribución de responsabilidades que incentiven el establecimiento de controles privados de vigilancia y censura.¹²³ Por ello, la responsabilidad de intermediarios en Internet, como los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) por el uso de sus servicios debe estar estrictamente limitada y cualquier medida adoptada por un ISP que tenga como intención o efecto obstaculizar el libre y neutral flujo informativo, debe considerarse prohibida.

De igual manera, la adopción de medidas que tengan como intención o efecto, el establecimiento de ese tipo de mecanismos de vigilancia, filtrado o censura de expresiones en el uso de servicios en línea, debe ser considerado como una restricción indirecta a la libertad de expresión en Internet, por ende, incompatible con el derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, debe resaltarse la importancia que el acceso a Internet posee para la realización de otros derechos, como el derecho a la educación, a tomar parte en la vida cultural, a la participación en asuntos públicos, entre otros. Por lo tanto deben adoptarse medidas apropiadas para facilitar el acceso universal a Internet a todas las personas, sin discriminación, lo cual implica la necesidad de promover la alfabetización digital o medidas para garantizar que no existan grupos marginados del uso de esa tecnología, como lo son por ejemplo las personas con discapacidad o las comunidades rurales.

De esta forma es claro que Internet juega hoy en día un papel fundamental en el desarrollo de las posibilidades de realización efectiva del derecho a la libertad de expresión, dado que tanto Internet como el entramado jurídico que consagra el derecho a la libertad de expresión, poseen un mismo objetivo y carácter funcional, la circulación de información con la máxima eficiencia posible.

De esta forma debe valorarse que el derecho a la libertad de expresión se encuentra ante una posibilidad histórica de realización efectiva. México, como pocos países en el mundo, cuenta

¹²³ Amparo Directo 8/2012..., *supra* nota 6; y Amparo en Revisión 1302/2009..., *supra* nota 70.

con el marco normativo más generoso, el sistema de interpretación constitucional y de derechos humanos más garantista y con el potencial técnico para desarrollar en su plenitud las posibilidades que este derecho representa para el construcción de una sociedad más justa, más libre, más democrática.

1. Nacionales

- Acción de Inconstitucionalidad 26/2006. Sentencia de 7 de mayo de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=82884>> (5 de julio de 2006)
- Acción de Inconstitucionalidad 66/2009. Sentencia definitiva de 24 de marzo de 2011. México. Disponible en; <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112759>> (4 de julio de 2013)
- Amparo Directo 25/2010. Sentencia definitiva de 28 de marzo de 2012. México. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=122981>> (5 de julio de 2013).
- Amparo Directo 26/2010. Sentencia definitiva de 28 de marzo de 2012. México. Disponible <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=122980>> (5 de julio de 2013).
- Amparo Directo 28/2010. Sentencia definitiva de 23 de noviembre de 2011. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>> (3 de julio 2013)
- Amparo Directo 8/2012. Sentencia definitiva de 4 de julio de 2012. México. p. 49-50. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136042>> (3 julio de 2013)
- Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva de 17 de junio de 2009. México. Disponible <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404>> (4 de julio de 2013)
- Amparo Directo en Revisión 27/2009. Sentencia definitiva de 22 de febrero de 2010. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105049>> (5 de julio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1621/2010. Sentencia definitiva de 15 de junio de 2011. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119580>> (5 de julio de 2013).

- Amparo en Revisión 2676/2003. Sentencia de 5 de octubre de 2005. México. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/243/03026760.002.doc> (5 de julio de 2013).
- Amparo en Revisión 91/2004. Sentencia de 20 de octubre de 2004. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=63415> (5 de julio de 2013).
- Amparo en Revisión 1595/2006. Sentencia definitiva de 29 de noviembre de 2006. México. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233> (5 de julio de 2013)
- Amparo en Revisión 1302/2009. Sentencia de 12 de mayo de 2010. México. Disponible: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110591> (5 de julio de 2013).
- Amparo en Revisión 248/2011..., *supra* nota 75. Sentencia de 13 de julio de 2011. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=126069> (5 de julio de 2013)
- Amparo en Revisión 531/2011. Sentencia de 24 de agosto de 2011. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129102> (5 de julio de 2013);
- TEPJF. Recurso de Apelación SUP-RAP-58/2008. Sentencia de 4 de junio de 2008, México. Disponible: <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2008/RAP/SUP-RAP-00058-2008-Inc1.htm> (5 de julio de 2013).
- TEPJF. Recurso de Apelación SUP-RAP-64/2008. Sentencia de 11 de junio de 2008. México. Disponible: <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2008/RAP/SUP-RAP-00064-2008.htm> (5 de julio de 2013).
- TEPJF. Sala Superior. Recurso de Apelación SUP-RAP-156/2009. Sentencia de 11 de junio de 2009. México. Disponible: <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2009/RAP/SUP-RAP-00156-2009.htm> (5 de julio de 2013)
- TEPJF. Sala Superior. Recurso de Apelación SUP-RAP-174/2012. Sentencia de 24 de abril de 2012. Disponible: <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2012/RAP/SUP-RAP-00174-2012.htm> (5 de julio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5
- Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 107
- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 194.
- Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195.
- Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135.

- Corte IDH. *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207.
- Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238.
- CIDH. Caso 11.230. Francisco Martorell. Perú. Informe No. 11/96. 3 de mayo de 1996.

Artículo 16 Constitucional. Derecho a la privacidad

Diego GARCÍA RICCI

SUMARIO: I. *Diferencias conceptuales*. II. *Fundamentos constitucionales e internacionales*. III. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IV. *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; privacidad; derecho a la vida privada; libertad de expresión; derecho al honor.

I. Diferencias conceptuales

Definir la *privacidad* no es una labor sencilla. Requiere tomar en cuenta los valores que tanto un individuo como la propia sociedad le conceden.¹ Las definiciones pueden articularse desde la perspectiva antropológica, sociológica o jurídica.² Para algunos, resultarán excesivas; para otros, incompletas o confusas. Sin embargo, a pesar de que no existe un acuerdo unánime sobre su definición, la privacidad es un elemento consustancial a la dignidad humana y, por esa misma razón, precisa ser protegida por el Derecho. En cambio, el *derecho a la privacidad* sí podría definirse como aquél que todo individuo tiene a separar aspectos de su vida privada del escrutinio público.

Las primeras conceptualizaciones del derecho a la privacidad fueron acuñadas por la doctrina estadounidense a finales del siglo XIX, cuando Samuel Warren y Louis Brandeis publicaron su ensayo *The Right to Privacy* en 1890. La preocupación de los autores era –al igual que hoy– la protección de la persona frente al surgimiento de las innovaciones tecnológicas que en ese

¹ Véase Bennett, Colin J. y D. Raab, Charles, *The Governance of Privacy. Policy Instruments in Global Perspective*, 2a. ed., Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology Press, p. 3 y ss.

² Véase Nissenbaum, Helen, *Privacy in Context. Technology, Policy and the Integrity of Social Life*, Estados Unidos de América, Stanford University Press, 2010, p. 2 y ss. La autora sostiene que definir la privacidad es una labor altamente controvertida, pues puede ser considerada como un reclamo, un derecho, un interés, un valor, una preferencia o simplemente un "estado de existencia".

momento eran las fotografías instantáneas. La difusión masificada de éstas, lograda a través de los periódicos, había invadido "los más sagrados recintos de la vida doméstica y privada".³ Los autores entendieron que todos los seres humanos tenemos un derecho a la privacidad, el cual definieron como el *derecho a no ser molestado (the right to be let alone)*. A finales de los años sesenta, Alan Westin amplió esta concepción e incluyó dentro del derecho a la privacidad la facultad que todo individuo tiene para determinar cómo, cuándo y hasta qué punto su información personal es comunicada a los demás.⁴ En este sentido, el derecho a la privacidad tiene dos componentes. El primero es el *derecho a aislarse* de todos, sin importar si se trata de la familia, la comunidad o el Estado. Esta dimensión le permite al individuo escudarse física y emocionalmente de las entremetedoras miradas de los demás. El segundo es el *derecho a controlar la información de uno mismo*, incluso después de haberla divulgado. Esta última dimensión en algunos otros países se le denomina como *derecho a la autodeterminación informativa*⁵ y es de suma relevancia en cualquier democracia, pues les permite a los ciudadanos intervenir activamente en la comunidad sin renunciar al control de sus datos personales, por lo que son ellos quienes deciden "cuándo participan en sociedad y cuando se retiran".⁶

El *derecho a la protección de los datos personales* se encuentra vinculado a este segundo componente, pues protege un aspecto importante de nuestra privacidad: los datos personales. Los orígenes de este derecho se remontan a 1983, cuando el Tribunal Constitucional Alemán determinó que:

...el libre desarrollo de la personalidad presupone, en las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección de los individuos frente a la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales. [...] El derecho fundamental garantiza de esta manera la capacidad del individuo principalmente para determinar la transmisión y empleo de sus datos personales.⁷

³ Warren, Samuel y Brandeis, Louis, "The Right to Privacy" en *Harvard Law Review*, vol. IV, No. 5, 1890, p. 193 y ss. Disponible en: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>> (31 de julio de 2012).

⁴ Véase Westin, Alan, *Privacy and Freedom*, Nueva York, Ateneum, 1967, p. 7.

⁵ Se considera que Alemania fue el país donde se acuñó ese término cuando el Tribunal Constitucional Alemán falló el caso conocido como "Censo de Población". Véase Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población] en Schwabe Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 94. España, por ejemplo, considera que la *autodeterminación informativa*, esto es, el derecho a la protección de los datos personales es un derecho autónomo que no necesariamente está vinculado con el derecho a la privacidad. Al respecto, cfr. Herrán Ortiz, Ana Isabel, "El derecho a la Protección de Datos Personales en la Sociedad de la Información", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Núm. 26, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 20 y 21.

⁶ Cfr. Goldman, Janlori, "Privacy and Individual Empowerment in the Interactive Age" en Bennett, Collin y Grant, Rebeca. eds., *Visions of Privacy: Policy Choices for the Digital Age*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p. 101 y 102.

⁷ Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población] en Schwabe Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, supra nota 5, p. 97.

Así pues, se trata de un derecho que surgió en Europa, concretamente, en Alemania, a partir de una interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, párrafo 1) y del principio de protección de la dignidad humana (artículo 1, párrafo 1) previstos en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.⁸

En sí mismo, el derecho a la protección de los datos personales no agota el derecho a la privacidad, pues únicamente comprende el segundo de los dos componentes descritos líneas arriba. Esto es importante aclararlo, pues existen aspectos de la privacidad, como podrían ser los relacionados con los *espacios*, las *decisiones* o los *comportamientos*, que no pueden ser reducidos simplemente a 'información' o 'datos' y, por ende, escapan del ámbito del derecho a la protección de los datos personales. Sin embargo, como política pública, la protección de la privacidad se ha enfocado a salvaguardar, a través de las leyes, los aspectos de la vida privada que pueden ser reducidos a términos *informativos*, en el entendido de que los tribunales de cada país protegerán los *no informativos*.⁹ Por lo tanto, la protección de la privacidad no sólo puede ser confiada a las autoridades administrativas, sino que requiere también la actuación de los jueces, pues se encuentran mejor facultados para dirimir la posible colisión entre el ejercicio del derecho a la privacidad y algún otro derecho o libertad fundamental.

II. Fundamentos constitucionales e internacionales

El derecho a la privacidad no se encuentra expresamente reconocido como tal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución"). Sin embargo, el constituyente de Querétaro sí incluyó, en el artículo 16, ciertas protecciones aisladas sobre distintos aspectos relacionados con la privacidad, tales como el derecho que todos tenemos a no ser molestados en nuestras personas, familias, domicilios, papeles y posesiones, sino en virtud de una orden escrita firmada por autoridad competente. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), al resolver el Amparo en Revisión 134/2008¹⁰ abordó expresamente la pregunta sobre cuál es el fundamento constitucional

⁸ *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, trad. de Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann, Deutscher Bundestag, 2010. Disponible en: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>> (31 de julio de 2012).

⁹ Véase Bennett, Colin J., *The Privacy Advocates. Resisting the Spread of Surveillance*, Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology Press, pp. 5 y 6. El autor explica que la protección de la privacidad como política pública se insertó en la agenda de los países industrializados a finales de los años sesenta debido a dos características principales de la post-industrialización: la burocratización y las tecnologías de la información.

¹⁰ Véase Amparo en Revisión 134/2008. Sentencia del 30 de abril de 2008. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=97847>> (3 de julio de 2013) En este juicio de amparo, cuyo ponente fue el Ministro Genaro Góngora Pimentel, un ciudadano reclamó la inconstitucionalidad de los artículos 2o., 5o. y 20 de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia (Ley) por ser violatorios del derecho a la privacidad debido a que autorizaba la entrega, "sin su consentimiento", de datos bancarios

del derecho a la privacidad y estableció que es el primer párrafo del referido artículo. La SCJN estimó que éste establece la

...garantía de seguridad jurídica de todo gobernado no ser molestado en la privacidad de su persona, de su intimidad familiar, o de sus papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito.¹¹

La SCJN señaló además que dicho precepto se trata de:

...un reconocimiento del derecho a la persona que tiene su idea originaria en el respeto a la vida privada, siendo una de las libertades tradicionales protegidas por la [CPEUM] la inviolabilidad del domicilio, que tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar que, por regla general, debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de las demás, con la limitante que la propia Ley Fundamental establece para las autoridades.¹²

Incluso, la Corte no acotó el concepto de privacidad al espacio físico del domicilio, lugar donde *normalmente se desenvuelve la intimidad*, sino que incluyó también todas aquellas *intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en el ámbito de la vida privada*.¹³

a las sociedades de información crediticia (burós de crédito) que los explotarían comercialmente. La SCJN señaló que la develación de la historia de crédito tenía implicaciones en la situación patrimonial y económica de la persona y, por ende, en su privacidad, por lo que sí había una afectación a su vida privada. Incluso señaló que el secreto financiero podía quedar inmerso dentro del derecho a la privacidad. Sin embargo, precisó que se trataba de una limitación justificada, pues en esa reserva de información "coinciden más intereses que el del cliente, que obligan a la comunicación o divulgación de los datos crediticios cuando concurra causa que lo justifique", como podrían ser los casos de supervisión bancaria o persecución de delitos, en los que el propio legislador autoriza la solicitud de informes por parte de la autoridad judicial, la hacienda federal y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Para la Corte, en estos supuestos, no hay una violación a la garantía de seguridad jurídica, pues "el interés de las autoridades es la protección del sistema bancario y crediticio por constituir uno de los motores del desarrollo económico". La SCJN también abordó el supuesto de cuando un particular (sociedad de información crediticia) entrega información (historia crediticia) a otro particular (por ejemplo, un deudor) y se preguntó si en este caso ocurría una violación al secreto financiero o bancario. Al respecto, concluyó que ocurría una salvedad importante y es que, para que dicha entrega pudiera verificarse, los propios particulares, de acuerdo con la propia Ley (art. 28), debían otorgar su autorización expresa a la sociedad de información crediticia. Asimismo, destacó que la Ley le otorga a los particulares el control sobre los datos personales que afectan su intimidad, pues les confiere las facultades de acceder al conocimiento de las informaciones que se encuentran en la base de datos; de rectificar la que resulte errónea; de cancelar las que no tiene derecho a poseer y de conocer las que han sido comunicadas a terceros.

¹¹ Amparo en Revisión 134/2008, *supra* nota 10, p. 22 y 23.

¹² *Ibidem*, p. 23.

¹³ *Idem*. Este juicio de amparo dio origen a la tesis 2a. LXIII/2008, "DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVII, mayo de 2008, página 229. Reg. IUS. 169700.

Una segunda referencia constitucional donde claramente se observa la protección a la privacidad es la que prescribe la *inviolabilidad* de las comunicaciones privadas, la cual se incorporó a nuestra CPEUM en 1996 en el mismo artículo 16.¹⁴ El párrafo doce de este precepto refiere precisamente a la sanción penal que deberá aplicarse a todo acto que atente contra la libertad y *privacia* de dichas comunicaciones. Señala además que, para poder ser intervenidas, se debe cumplir estrictamente con ciertos requisitos, como lo son, entre otros, el obtener una orden de parte de un juez federal, previa solicitud formulada por una autoridad federal facultada por ley, o bien, por el Ministerio Público de las entidades federativas, en la que funden y motiven las causas legales por las que estiman procedente dicha orden.

En 2009, se reformó el artículo 16 constitucional para proteger otro aspecto de nuestra privacidad a través del *derecho a la protección de los datos personales*. Asimismo, se incorporaron también los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a la divulgación de dichos datos, también conocidos como *derechos ARCO*.¹⁵ Si bien, como ya se señaló, en sí mismo este derecho no agota el derecho a la privacidad, su incorporación en nuestra Constitución hará de él un instrumento eficaz para su mejor protección en el país.

Una cuarta previsión constitucional relacionada con la protección de la privacidad fue la incorporada en 2007 a la fracción segunda del artículo 6o. de la Constitución, la cual obliga a las autoridades federales, estatales y municipales a proteger, cuando concedan el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, lo referente a la *vida privada* y los *datos personales* de los ciudadanos, en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.¹⁶

Tampoco puede omitirse otra disposición constitucional encaminada a proteger la privacidad, la cual concede a las víctimas del delito el derecho a que sea *resguardada su identidad y sus datos personales* en los casos relacionados con menores de edad, delitos de violación, secuestro, delincuencia organizada o bien, cuando a juicio del juzgador, ello sea necesario para la protección de la víctima. Esta previsión se incorporó al artículo 20, apartado C, fracción V de la CPEUM en 2008, cuando se instituyó la justicia penal oral en nuestro país.¹⁷

¹⁴ Véase Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de julio de 1996. Disponible en < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4890768&fecha=03/07/1996> (e de julio de 2013).

¹⁵ Véase Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de junio de 2009. Disponible en < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5092143&fecha=01/06/2009> (3 de julio de 2013).

¹⁶ Véase Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007. Disponible en < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4994148&fecha=20/07/2007> (3 de julio de 2013).

¹⁷ Véase Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. Disponible en < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008> (3 de julio de 2013).

Finalmente, el artículo 7o. constitucional establece como límite a la libertad de imprenta el respeto a la vida *privada*.

Por otra parte, con la "reforma de derechos humanos" de 2011¹⁸ el contenido normativo del artículo 1o. constitucional se amplió considerablemente, al haberse incorporado al texto de la CPEUM todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte.¹⁹ Sin duda alguna, esta adición contribuirá enormemente a la protección del derecho a la privacidad en México, pues ahora las autoridades públicas tendrán obligación de respetar no sólo los instrumentos jurídicos internacionales, sino también la jurisprudencia de otros tribunales especializados en la protección de los derechos humanos, especialmente, la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte").²⁰

De esta forma, el fundamento del derecho a la privacidad en el orden jurídico nacional hoy día incluye, del Sistema Interamericano, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y el V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH) y, del Sistema Universal, los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP). Sobre este punto, cabe subrayar algo importante y es el hecho que, en el lenguaje castellano, el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* no habla de un *derecho a la privacidad* como tal, sino del *derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias en la vida privada*. Al respecto, también es importante señalar que las versiones en inglés de los instrumentos latinoamericanos refieren el término *private life*, mientras que las del Sistema Universal, *privacy*, por lo que se podría considerar que *vida privada* y *privacidad* se utilizan como términos sinónimos. Dado que las distinciones entre ambos van más allá de ser una mera cuestión semántica, resultaría muy arriesgado elaborar diferencias conceptuales tajantes. Sin embargo, como se verá más adelante, la SCJN si ha intentado llevarlo a cabo. Por ahora, primero se revisará la jurisprudencia que la Corte IDH ha establecido sobre esta materia, para después analizar los fallos emitidos por la SCJN.

¹⁸ Véase Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011. Disponible en < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011 > (3 de julio de 2013).

¹⁹ Véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, México, IJ-UNAM, 2012.

²⁰ Véase Expediente Varios 912/2012. Sentencia del 14 de julio de 2011, México. Disponible en < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011 > (4 de julio de 2013). La SCJN señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es *obligatoria* en aquellos casos en los que el Estado mexicano haya sido parte (párr. 15-19) y *orientadora* en los que no (párr. 20).

III. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Derecho a la vida privada

En el *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, la Corte IDH ha reconocido que:

El artículo 11.2 de la [CADH] protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas; [...] que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio deben estar protegidos ante tales interferencias. [De igual forma], considera que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.²¹

Años más tarde, reiteró este mismo criterio en el *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*.²² Así, de ambos casos, se puede advertir que la Corte IDH ha reconocido precisamente el primero de los componentes del derecho a la privacidad referido anteriormente, esto es, el derecho a quedar *exento* de las invasiones de terceros o de la autoridad pública. No obstante, en 2011, en el *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, la Corte IDH no sólo refrendó nuevamente este criterio sino además lo amplió considerablemente, pues estimó que

...el ámbito de la privacidad [...] comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y *controlar la difusión de información personal hacia el público* [énfasis añadido].²³

Esta ampliación conceptual resulta muy significativa, pues la Corte IDH ha reconocido ahora el segundo elemento del derecho a la privacidad referido anteriormente, esto es, el derecho a *controlar* la información de uno mismo.

²¹ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 193 y 194.

²² Véase Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 55.

²³ Corte IDH *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 48.

La Corte IDH también ha precisado que, cuando se trate de proteger el derecho a la privacidad, no basta que el Estado cumpla sus *obligaciones convencionales* con el solo hecho de *abstenerse* de realizar interferencias en la vida privada, sino que tiene la obligación de garantizarla mediante acciones positivas, lo cual puede implicar

...la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas.²⁴

2. Domicilio

También es importante destacar algunos de los *elementos* que la Corte IDH ha incorporado en el derecho a la privacidad. En el *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, la Corte IDH también precisó que el *domicilio* y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada.²⁵ Por ello, el domicilio se encuentra dentro del ámbito de protección de este derecho.

3. Vida sexual

Por otra parte, en los *Casos Fernández Ortega y otros vs. México y Rosendo Cantú y otra vs. México* (también conocidos como los *Casos de "Inés y Valentina"*), la Corte IDH incorporó la *vida sexual* dentro del concepto vida privada, al señalar que éste

...es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.²⁶

Por esta razón, la Corte IDH consideró que la violación sexual de la que fueron víctimas las señoras Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú

...vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones

²⁴ *Ibidem*, párr. 49.

²⁵ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, *supra* nota 21, párr. 194.

²⁶ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129 y *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119.

respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas.²⁷

Así, la vida sexual es también otro *elemento* que se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho a la privacidad.

4. Conversaciones telefónicas

La Corte IDH también ha incorporado las *conversaciones telefónicas* dentro del ámbito de protección de la vida privada, pues en el *Caso Tristán Donoso vs. Panamá* reconoció que

...aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una *forma de comunicación* que, al igual que la *correspondencia*, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada.²⁸ [Énfasis añadido]

Este criterio no sólo lo reiteró en el *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, sino además lo amplió, pues enunció mayores elementos que permiten entender los alcances de la protección de la vida privada en este contexto particular, al establecer que el referido artículo protegía las conversaciones realizadas a través de líneas telefónicas instaladas en residencias particulares o en las oficinas, sin importar si el contenido esté relacionado con asuntos privados del interlocutor o con el negocio o actividad profesional que desarrolla.²⁹

Asimismo, la Corte IDH también ha señalado que:

[...] el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la

²⁷ *Idem*.

²⁸ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra* nota 22, párr. 55.

²⁹ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 114.

grabación de las conversaciones. En definitiva [preciso la Corte IDH] la protección de la vida privada se concreta en el derecho a que otros sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.³⁰

De esta forma, lo tutelado por el derecho a la protección de la vida privada dentro de una conversación telefónica no sólo es el mensaje, sino los demás datos técnicos asociados a dicha conversación como podría ser la duración de la llamada, los números de teléfono que participaron, etcétera. Un aspecto relevante que destacó la Corte IDH en este fallo fue la "fluidez informativa", la cual coloca la vida privada de las personas en mayor riesgo debido a la irrupción de todas las herramientas tecnológicas que existen hoy día, pero no por esa razón, estimó la Corte, deben quedar los individuos en una situación de vulnerabilidad frente a los particulares o el Estado, por lo que es obligación de éste asumir un compromiso mayor ante los "tiempos actuales".³¹

En ambos Casos –*Tristán vs. Panamá* y *Escher vs. Brasil*–, la Corte IDH también reconoció que, en este contexto, el derecho a la vida privada no es absoluto, por lo que los Estados pueden restringirlo; sin embargo, para que una injerencia "no sea abusiva o arbitraria", debe: 1) estar prevista en una ley en sentido formal y material;³² 2) perseguir un fin legítimo y 3) ser necesaria en una sociedad democrática, esto es, que cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.³³ Si alguno de ellos no se verifica, la intervención será contraria a la CADH.³⁴

La Corte IDH también destacó el hecho que, en ambos casos, se había tratado de una conversación privada donde ni el emisor ni el receptor habían consentido que fueran conocidas por terceros, por lo que su divulgación sí implicó una *injerencia* en la vida privada de los señores Tristán Donoso y Escher. Sin embargo, para determinar si la injerencia había sido abusiva o arbitraria, la Corte IDH fue más allá y revisó, respectivamente, la legislación de Panamá y Brasil. Concluyó que las autoridades públicas no habían actuado conforme lo disponían las

³⁰ *Idem*.

³¹ *Idem*, párr. 115.

³² Cfr. Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A. No. 6, párr. 27 y 32.

³³ Cfr. Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra* nota 22, párr. 56 y *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, *supra* nota 29, párr. 116.

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra* nota 22, párr. 76 y *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, *supra* nota 29, párr. 129.

leyes de sus países, por lo que, efectivamente, se había configurado una violación a los derechos a la vida privada, a la honra y a la reputación tutelados en los artículos 11.1 y 11.2 de la CADH.³⁵

5. Derecho a la honra y reputación

En los casos *Tristán Donoso vs. Panamá* y *Escher y Otros vs. Brasil*, la Corte IDH también distinguió dos elementos importantes vinculados con la protección a la privacidad: *la honra y la reputación*. La Corte estimó que

...el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.³⁶

Sin duda alguna, estas conceptualizaciones son *teóricamente* fáciles de articular, pero su aplicación a los casos concretos es lo que resulta complejo. ¿Cómo se puede medir la estima y valía propia? ¿La opinión que de uno tienen los demás? El caso *Tristán Donoso vs. Panamá* ilustra muy bien un caso donde un tribunal determinó adecuadamente que había ocurrido una violación a la honra y reputación de una persona. El señor Donoso era un abogado de profesión y consultor jurídico de la Iglesia Católica en Panamá. La indebida interceptación y grabación de una conversación privada entre él y uno de sus clientes, donde se refieren supuestos actos preparativos de un delito, "obligó" al entonces Procurador y cabeza del Ministerio Público a divulgar la conversación interceptada frente a las autoridades de la Iglesia Católica y el Colegio Nacional de Abogados. La Corte IDH estimó que la divulgación hecha por el Procurador, quien calificó los hechos como un "plan de difamación" o "una confabulación en contra de la cabeza del Ministerio Público", se había hecho frente a dos auditorios "relevantes" para la vida del abogado, por lo que al implicar su participación en una actividad

³⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra* nota 22, párr. 66, 77-83 y *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, *supra* nota 29, párr. 146, 160-164. La ley panameña facultaba llevar a cabo intervenciones telefónicas cubriendo ciertos requisitos, pero en el caso del señor Tristán Donoso, no quedó probado que la *intervención y grabación* de la conversación telefónica tuviera un origen estatal, por lo que no se le determinó responsabilidad a Panamá. Respecto de la *divulgación* del contenido, la Corte IDH estimó que el haber hecho del conocimiento de terceros la conversación telefónica sin la debida autorización "no sólo estaba previsto sino reprimido por la ley" y, además, la forma en que se había divulgado, tampoco se basó en ella, por lo que Panamá violó los derechos a la vida privada y a la honra y reputación previstos en la CADH. En el caso del señor Escher, la Corte IDH también encontró que tanto la Constitución como la ley brasileña permitían las *intervenciones y grabaciones* telefónicas, pero no se llevaron a cabo conforme a lo dispuesto por la ley, por lo que Brasil violó el derecho a la vida privada. Respecto de la *divulgación* del contenido, la Corte IDH concluyó que las autoridades policiales y judiciales no guardaron "el secreto de justicia", esto es, no cumplieron con su obligación de mantener la conversación telefónica bajo el resguardo debido, lo cual es un deber estatal: a) necesario para proteger la vida privada de las personas sujetas a una medida de tal naturaleza; b) pertinente para los efectos de la propia investigación y c) fundamental para la adecuada administración de justicia, por lo que Brasil violó los derechos a la vida privada, al honra y a la reputación previstos en la CADH.

³⁶ *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra* nota 25, párr. 57 y *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, *supra* nota 26, párr. 117.

ilícita, se menoscabaron su honra y reputación, pues "la opinión que las autoridades de la Iglesia Católica y del Colegio Nacional de Abogados tuvieran sobre la valía y actuación de la víctima, necesariamente incidía en su honra y reputación".³⁷

6. Libertad de expresión vs. derecho al honor y el derecho a la privacidad

El derecho a la privacidad representa un límite legítimo al ejercicio de la libertad de expresión. Los casos de colisión entre este derecho y el derecho a la privacidad o el derecho al honor nunca estarán ausentes en una sociedad libre y democrática; por el contrario, indican los avances en el ejercicio de los derechos humanos por parte de los ciudadanos. Sobre el conflicto entre estos derechos, en el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte IDH ha reconocido expresamente que la libertad de expresión no es un derecho absoluto según lo dispone el propio artículo 13.2 de la CADH.³⁸ De acuerdo con éste, uno de los límites a esa libertad es el *respeto a los derechos o a la reputación de los demás*.³⁹ En este mismo numeral se aclara, no obstante, que el ejercicio de la libertad de expresión *no puede* estar sujeto a la previa censura *sino a responsabilidades ulteriores*, las cuales deben estar expresamente fijadas por ley. En este sentido, la Corte IDH, en el *Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay*, señaló que:

...es legítimo que quien se sienta afectado en su honor *recurra a los mecanismos judiciales* que el Estado disponga para su protección.⁴⁰ [énfasis añadido].

Esto quiere decir que la protección del derecho al honor frente al ejercicio de la libertad de expresión siempre será *a posteriori*, lo cual resulta un tanto lógico, pues lo contrario implicaría el establecimiento de medidas protectoras que podrían inhibir el ejercicio de la libertad de expresión de forma innecesaria.

En todo caso, la Corte IDH, en el *Caso Kimel vs. Argentina*, reconoció que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra revisten suma importancia y, por lo mismo, el ejercicio

³⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra* nota 22, párr. 80-83. La Corte IDH consideró que "poner en conocimiento una conversación privada ante autoridades de la Iglesia Católica porque en ella se menciona a un "monseñor" no es el procedimiento para previsto para prevenir las alegadas conductas delictivas". De igual forma, estimó que el Procurador no debió haber divulgado los hechos frente a los directivos del Colegio Nacional de Abogados sino ante el Tribunal de Honor del propio Colegio, de acuerdo con el procedimiento previsto en la legislación panameña ante una eventual falta de ética.

³⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120.

³⁹ *Idem*. Los derechos son: la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 101.

de ambos precisa ser garantizado por los Estados partes. En este fallo en particular, la Corte IDH determinó que la prevalencia de uno frente al otro, necesariamente, conllevará una adecuada *ponderación*, la cual deberá hacerse a través de un *juicio de proporcionalidad* donde la solución al conflicto requerirá el examen de cada caso, conforme a sus características, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.⁴¹ Este criterio resulta fundamental en cualquier Estado democrático, pues no se pueden limitar derechos humanos si no se elabora previamente un examen de proporcionalidad adecuado.

Es importante destacar que, los tres casos antes señalados, trataban de un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los *funcionarios públicos*, de *personas que ejercen funciones de una naturaleza pública* o de *políticos*. En ellos, un periodista –*Casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica y Ricardo Canese vs. Paraguay*– y un escritor –*Caso Kimel vs. Argentina*– fueron condenados civil y/o penalmente por haber publicado algo que, según estos personajes públicos, les causaba una afectación en su honor. Al resolverlos, la Corte IDH estableció un elemento importante, señaló que las expresiones que se hagan respecto de estas personas

...deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.⁴²

La Corte aclaró, no obstante, que eso no significa que el honor de esas personas

...no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.⁴³

Explicó entonces que en este tipo de casos

...se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino *en el carácter de interés público* que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada.⁴⁴ [énfasis añadido]

⁴¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 51.

⁴² Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *supra* nota 38, párr. 128.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, *supra* nota 40, párr. 103.

Detalló además que los funcionarios públicos, las personas que ejercen funciones de naturaleza pública o los políticos, al influir en cuestiones de interés público,

...se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.⁴⁵

De igual forma, la Corte fue tajante al aseverar que

...en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público *debe ser mucho mayor* que el de los particulares.⁴⁶ [énfasis añadido]

Esto es así, finalmente, porque de acuerdo con la Corte IDH,

...el control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.⁴⁷

A pesar de que la Corte IDH privilegió la libertad de expresión frente al derecho al honor de quienes resultaron afectados en los tres casos antes referidos, estos precedentes resultan fundamentales para el estudio del derecho a la privacidad, pues la Corte estableció reglas que sirven para entender dos cuestiones muy importantes. Por una parte, que el ámbito de protección del derecho al honor de funcionarios públicos, personas que ejercen funciones de naturaleza pública o políticos *es diferente* al de un ciudadano *privado*; por la otra, que esas personas deben tolerar un mayor grado de invasión en su honor y, por ende, en su privacidad en beneficio del propio sistema democrático. Hasta ahora, la Corte no ha resuelto algún caso donde la violación al derecho a la honra, como consecuencia del ejercicio de la libertad de

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay*, *supra* nota 40, párr. 103 y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *supra* nota 38, párr. 129.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay*, *supra* nota 40, párr. 103.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra* nota 41, párr. 89.

expresión, haya sido alegada en un conflicto donde *no* esté involucrado un funcionario público, un político o una persona que ejerza funciones de naturaleza pública.

Por otra parte, el *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* también trata de un conflicto entre la *libertad de expresión y el derecho a la vida privada*. Los señores Fontevecchia y D'Amico fueron condenados civilmente por los tribunales argentinos y la Corte Suprema por haber violado el derecho a la vida privada del expresidente Carlos Saúl Menem al publicar una serie de artículos y fotografías en los que se refería la existencia de un hijo no reconocido del ex presidente con una diputada, así como la relación entre el mandatario y su hijo. En este caso, la Corte IDH invocó los mismos estándares que había utilizado en los casos antes descritos, esto es, cuando ha entrado en conflicto el derecho a la libertad de expresión y los derechos a la honra y reputación, pues consideró que resultaban aplicables debido a que todos estos derechos, esto es, a la vida privada, a la honra y reputación están protegidos en el mismo artículo bajo una fórmula común e involucran principios similares vinculados con el funcionamiento de una sociedad democrática.⁴⁸ Por ello, la Corte estimó que

...la información difundida [...] posee el carácter de interés público y su publicación resultó en un llamado para ejercer el control público y, en su caso, judicial, respecto de aquellos hechos.⁴⁹

Esto es importante considerarlo, pues en los casos donde exista un conflicto entre el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, podría invocarse la jurisprudencia de la Corte IDH donde ya se hayan resuelto conflictos entre la libertad de expresión y los derechos al honor y a la reputación.

Adicionalmente, la Corte IDH estableció en el *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* algunas diferencias respecto a los otros casos analizados previamente y que valdría la pena subrayar. La Corte estimó que los hechos publicados por los señores Fontevecchia y D'Amico ya habían tenido difusión pública en medios escritos tanto nacionales como internacionales y que, cuando ello tuvo lugar, el ex-presidente Menem no interpuso medida alguna para resguardar su vida privada o bien, para evitar la difusión de dichos hechos. Más aún, la Corte destacó el hecho que el expresidente adoptó, con anterioridad a la difusión de la información, "pautas de comportamiento favorables a dar a conocer esas relaciones personales".⁵⁰

⁴⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra* nota 23, párr. 59.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra* nota 23, párr. 62.

⁵⁰ Las fotografías que ilustraban las publicaciones y donde aparecía el hijo no reconocido del ex-presidente Menem habían sido captadas con su consentimiento o conocimiento, pues no habían sido tomadas por la revista

En este sentido, la Corte aportó otro elemento que resulta muy importante para entender los alcances del derecho a la privacidad, pues argumentó que

...el derecho a la vida privada es *disponible* para el interesado y, por ello, resulta relevante la conducta desplegada por el mismo.⁵¹

Para la Corte IDH, la conducta que adoptó el ex-presidente Menem no fue de *resguardo* de su vida privada. Asimismo, la Corte determinó que, al resolver este tipo de conflicto de derechos, los poderes judiciales deben considerar *el contexto* en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público.⁵² De lo anterior se desprenden dos aspectos importantes. Por una parte, la Corte IDH reconoció que el titular tiene cierta *disponibilidad* sobre su derecho a la privacidad, esto es, el titular decide qué información hace pública o permite que otros lo hagan. Esta idea de *disponibilidad del derecho a la vida privada* resulta congruente con lo que se mencionó líneas arriba cuando se indicó que, en virtud del segundo componente del derecho a la privacidad, las personas deciden "cuando participan en sociedad y cuando se retiran", esto es, el ciudadano decide qué información hace del conocimiento de los demás y cual no. Por otra parte, la Corte IDH estableció la necesidad de considerar el *contexto* bajo el cual se verifican las supuestas invasiones al derecho a la privacidad, esto es, tomar en cuenta los hechos circundantes. No hacerlo podría llevar a los jueces a conclusiones desapegadas a la realidad.

Asimismo, la Corte también reconoció que las *imágenes o fotografías personales* se encuentran incluidas en el ámbito de protección de la vida privada, sin importar que el derecho a la propia imagen no se encuentre previsto en el artículo 11 de la CADH.⁵³ La Corte IDH destacó, no obstante, el hecho que las fotografías no sólo sirven para "respaldar o dar credibilidad" a informaciones escritas, sino que son, en sí mismas, un poderoso medio para ejercer la libertad de expresión y, por ende, caen en el ámbito de protección del artículo 13 de la misma CADH.⁵⁴

que las difundió, sino que le habían sido entregadas por la Oficina de Prensa de la Nación. Al respecto, *Cfr.* Corte IDH, *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra* nota 23, párr. 19, 63 y 69.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra* nota 23, párr. 65.

⁵² *Cfr.* Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra* nota 23, párr. 66. Específicamente, la Corte IDH señaló que "el juzgador debe "ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública".

⁵³ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra* nota 23, párr. 67.

⁵⁴ *Idem.*

Sin embargo, por esa misma razón, [la Corte IDH estimó que] por el contenido de información personal e íntima que pueden contener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto.⁵⁵

Otro elemento importante que destacó la Corte IDH en este caso y que resulta fundamental en la protección del derecho a la privacidad es que

...no toda publicación de imágenes requiere el consentimiento de la persona retratada, [más aún], si las imágenes se refieren a quien desempeñaba el más alto cargo ejecutivo de un país.⁵⁶

Este elemento es importante subrayarlo, pues en el caso de la divulgación de una conversación privada, *sí* se requiere el consentimiento de quienes participaron en ella. De cualquier forma, esta apreciación de la Corte deberá tomarse con cuidado, pues el haber señalado "no toda publicación" implica que habrá casos en donde *sí* se requerirá el consentimiento del titular de la imagen.⁵⁷

Finalmente, de la jurisprudencia de la Corte IDH convendría destacar que tanto las imágenes como las conversaciones telefónicas privadas forman parte de la privacidad; sin embargo, en el caso de las primeras, no necesariamente se requiere el consentimiento del titular para su divulgación, mientras que para las segundas, *sí*.

IV. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. Derecho a la vida privada, derecho al honor y derecho a la intimidad

Al resolver el Amparo Directo en Revisión 402/2007,⁵⁸ la SCJN articuló una primera definición del derecho a la vida privada. En ese juicio, se planteó la inconstitucionalidad del artículo 1o. de

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra* nota 23, párr. 67. Sin embargo, la Corte IDH consideró que en el caso en cuestión "las imágenes representaban una contribución al debate de interés general y no están simplemente dirigidas a satisfacer la curiosidad del público respecto de la vida privada del presidente Menem. Dado que las fotografías fueron entregadas a la revista que las difundió por la Oficina de la Presidencia de la Nación, la Corte IDH estimó que "no fueron obtenidas bajo un clima de hostigamiento o persecución o de cualquier otro medio que le hubiera generado un fuerte sentimiento de intrusión, tales como el ingreso físico a un lugar restringido o el uso de medios tecnológicos que posibiliten la captación de imágenes a distancia o que hayan sido tomadas de cualquier otra manera subrepticia". (párr. 68 y 69).

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra* nota 23, párr. 70.

⁵⁷ Véase *Aubry v. Éditions Vice-Versa* [1998] 1 S.C.R 591. En este caso, la Suprema Corte de Justicia de Canadá determinó los casos en los que *se sí* se requiere solicitar el consentimiento de los titulares de las imágenes antes de difundirlas.

⁵⁸ Véase Amparo Directo en Revisión 402/2007. Sentencia del 23 de mayo de 2007. México. Disponible en <<http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Primera%20sala/Novena%20%C3%A9poca/2007/133.pdf>> (5 de julio de 2013).

la Ley Sobre Delitos de Imprenta.⁵⁹ Uno de los agravios formulados por el quejoso fue que dicho artículo, al establecer conductas que debían considerarse como ataques a la vida privada, confundía el significado de honor o reputación con el derecho a la vida privada.⁶⁰ Por esta razón, la SCJN formuló algunas distinciones conceptuales entre los referidos conceptos que es importante mencionar; entendió por *derecho a la vida privada*:

...el *derecho fundamental* consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en todo aquello que desean compartir únicamente con quienes ellos eligen; tal derecho deriva de la *dignidad* de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. [Asimismo, señaló que este derecho] es muy amplio y se constituye con diversos derechos que tienen relación directa con la dignidad de la persona. *Entre estos derechos se encuentran, entre otros, el del honor y el de la intimidad.*⁶¹ [Énfasis añadido]

De la definición articulada por la SCJN se observa, por una parte, que recoge el primer componente del derecho a la privacidad señalado líneas arriba, esto es, el derecho a aislarse de los demás y, por la otra, que define el derecho a la vida privada como un *derecho fundamental* que deriva de la *dignidad* de la persona. Esto es importante destacarlo, pues en México la vida privada se había venido protegido no desde la perspectiva de los derechos humanos sino desde la lógica de la *responsabilidad* derivada del derecho civil o del derecho penal. Prueba de lo anterior es la redacción de los artículos 1916 y 1916 Bis del Código Civil Federal vigente; la de los hoy derogados artículos 1o. y 31 de la Ley de Delitos de Imprenta (que establecían los tipos penales de *ataques a la vida privada* y sus correlativas sanciones); y la de

⁵⁹ Este artículo fue derogado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de enero de 2012. Mientras estuvo vigente, estableció: Artículo 1o.- Constituyen ataques a la vida privada: I. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensajes, o de cualquier otro modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito o en su reputación o en sus intereses; II. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior, contra la memoria de un difunto con el propósito o intención de lastimar el honor o la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que aún vivieren; III. Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieran hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a una persona, o se hagan, con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos; IV. Cuando con una publicación prohibida expresamente por la Ley, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daños o en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios.

⁶⁰ Véase Amparo Directo en Revisión 402/2007 *supra* nota 58. El quejoso estimó que por vida privada debe entenderse "los expedientes médicos, legales y personales; las conversaciones o reuniones privadas; la correspondencia por cualquier medio; la intimidad sexual; la convivencia familiar o afectivas y todas aquellas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público".

⁶¹ *Ibidem*, p. 21.

los delitos de *injurias, difamación y calumnias*, así como sus respectivas sanciones que antes preveía el Código Penal Federal.⁶² Respecto del *honor*, la SCJN estableció en la misma sentencia de amparo lo siguiente:

*El honor es el aprecio y estima que una persona recibe en la sociedad en que vive, el cual se vincula directamente con la dignidad de la persona y por tanto, con su vida privada, pues de llegarse a afectar ese aprecio o estima, tal afectación no sólo tendrá un impacto estrictamente social, pues también lo tendrá en la vida privada, en la parte de la vida que la persona desarrolla a la vista de pocos.*⁶³
[Énfasis añadido]

La Corte señaló además que, cuando el honor se vulnera, se afecta la consideración que de esa persona tienen los demás, es decir, se lesiona la estima que los demás le profesan, tanto en el ámbito estrictamente social como en el privado. Para la SCJN esto es así en virtud de que el medio social en donde se desenvuelve una persona también se integra con otras que se encuentran dentro de su ámbito privado, esto es, por quienes gozan de una selección de la persona para compartir todo aquello que no desea sea de conocimiento general, sino sólo de unos cuantos.⁶⁴ Por esta razón, la SCJN determinó los alcances del derecho al honor en los siguientes términos:

...el derecho al honor tiende a proteger no sólo el aspecto personal del individuo frente al ámbito social donde se desenvuelve, sino también su ámbito privado, pues cualquiera afectación al mismo es incuestionable que también afecta el ámbito reservado por él y del que quedan excluidos los demás.⁶⁵ [Énfasis añadido]

Asimismo, en este fallo, la SCJN distinguió entre la vida privada y la intimidad al señalar que:

...la primera la constituye el ámbito privado reservado para la propia persona y del que quedan excluidos los demás; la *intimidad*, se constituye con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar, cuyo conocimiento está restringido a los integrantes de la unidad familiar.

⁶² Estos tipos penales fueron derogados por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de abril de 2007. Cabe destacar que, a la fecha de redacción de estas líneas, los estados de Baja California, Baja California Sur, México, Nayarit, Campeche y Nuevo León aún contaban, dentro de sus códigos penales, con alguno de los "delitos de honor".

⁶³ Amparo Directo en Revisión 402/2007, *supra* nota 58, p. 22.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 23.

El *concepto de vida privada* engloba todo aquello que no se requiere que sea de general conocimiento, dentro de ello, existe un *núcleo* que se protege con más celo, con mayor fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona y es a lo que se denomina intimidad.⁶⁶

Así, para la SCJN,

...dentro de la vida privada se encuentra inserta la intimidad; la vida privada es lo *genéricamente reservado* y la intimidad lo *radicalmente velado*, lo más personal.⁶⁷ [Énfasis añadido]

Este hecho llevó a determinar a la SCJN que vida privada e intimidad son derechos distintos y fue contundente al señalar:

La vida privada engloba a la intimidad y también al honor, por lo que la afectación ya sea de la intimidad o del honor, agravia a la vida privada. [Es por tanto que, para la SCJN] cuando se afecta el honor de una persona con *una expresión maliciosa*, se afecta su vida privada, sin que necesariamente se afecte su intimidad, por lo que al protegerse el honor y reputación de una persona, se protege su vida privada.⁶⁸ [Énfasis añadido]

Asimismo, en su fallo, la SCJN refirió a los artículos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos referidos líneas arriba y señaló que éstos consideran como parte integrante de la vida privada: la familia, el domicilio, la correspondencia y la reputación. Todo lo anterior llevó a la SCJN a concluir que el entonces vigente artículo 1o. de la Ley sobre Delitos de Imprenta, al proteger el honor y reputación de una persona de la libertad de expresión, no excedía el límite del respeto a la vida privada y, por ende, era constitucional.⁶⁹

Por otra parte, cuando la SCJN resolvió el Amparo Directo en Revisión 2044/2008, retomó lo argumentado en los párrafos precedentes, pero aclaró un poco más el concepto del derecho

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Cfr. Amparo Directo en Revisión 402/2007, *supra* nota 58, p. 24 que dio origen a la Tesis 1a. CXLIX/2007, "VIDA PRIVADA E INTIMIDAD. SI BIEN SON DERECHOS DISTINTOS, ÉSTA FORMA PARTE DE AQUELLA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVI, julio de 2007, p. 272. Reg. IUS. 171883 y Tesis 1a. CXLVIII/2007, "VIDA PRIVADA. EL ARTÍCULO 1o. DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA, AL PROTEGER EL HONOR Y LA REPUTACIÓN FRENTE A CUALQUIER MANIFESTACIÓN O EXPRESIÓN MALICIOSA, NO EXCEDE EL LÍMITE ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 7o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVI, julio de 2007, p. 272. Reg. IUS. 171882.

a la vida privada y añadió otros elementos importantes que vale tomar en cuenta. Por ejemplo, preciso que la idea de privacidad

...[apela] al derecho de las personas a mantener fuera del conocimiento de los demás (o a veces, dentro del círculo de la familia y de los amigos más próximos) ciertas manifestaciones o dimensiones de su existencia (conducta, datos, información objetos), al derecho a que los demás no se inmiscuyan en ellas sin su expreso consentimiento.⁷⁰

En esta sentencia, la SCJN señaló además que la protección constitucional de la vida privada no sólo implica conducir parte de nuestra vida protegido de la mirada y las injerencias de los demás, sino que además guarda conexiones con otras pretensiones que, según la Corte, algunas constituciones reconocen como derechos conexos, tales como: el derecho de poder tomar libremente ciertas decisiones relativas al propio plan de vida; el derecho a ver protegidas ciertas manifestaciones de la integridad física y moral; el derecho al honor o reputación; el derecho a no ser presentado bajo una falsa apariencia; el derecho a impedir la divulgación de ciertos hechos o la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías; la protección contra el espionaje; la protección contra el uso abusivo de las comunicaciones privadas o la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular.⁷¹ De esta forma, si bien la SCJN mencionó en este fallo ciertos derechos relacionados con la privacidad, no precisó específicamente la forma como se relacionan o las razones de por qué se consideran como "conexos". Por lo tanto, simplemente se trata de apreciaciones sobre las cuales habría sido interesante que la SCJN detallara un poco más la forma como esos "derechos conexos" se vinculan con el ámbito de protección del derecho a la privacidad.

No obstante lo anterior, este fallo destaca de manera importante debido a que la SCJN señaló que el contenido del derecho a la vida privada *está destinado a variar*, legítima y normalmente, tanto por motivos *internos* como por motivos *externos*. La SCJN entiende la *variabilidad interna* como la posibilidad de que los titulares del derecho a la privacidad *modulen*, de palabra o de hecho, el alcance del mismo. En virtud de esta modulación, precisó la SCJN, el titular del derecho disminuye la extensión de lo que, de entrada puede considerarse inscrito en el ámbito protegido por el mismo.⁷² Esta *modulación* a la que ha hecho referencia la SCJN no se

⁷⁰ Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia del 17 de junio de 2009. México, p. 24. Disponible en < <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404> > (5 de julio de 2013)

⁷¹ *Ibidem*, p. 24 y 25.

⁷² *Ibidem*, p. 25.

refiere a otra cosa sino al segundo de los componentes del derecho a la privacidad, señalado al iniciar estas líneas y que se refiere al derecho a *controlar* nuestra información personal. Por otra parte, argumentó la SCJN

...la *variabilidad externa*, alude a la diferencia normal y esperada entre el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y la protección real que ofrecen en casos concretos una vez contrapesados y armonizados con otros derechos e intereses que apunten en direcciones distintas e incluso opuestas a las que derivan de su contenido normativo.

En consecuencia, esta *variabilidad* desarrollada por la SCJN, no se refiere a otra cosa sino a los límites a los que puede estar sujeto el derecho a la privacidad por el ejercicio de otros derechos y libertades fundamentales como podría ser la libertad de expresión.

Lo anterior fue relevante al resolver el caso tratado en el Amparo Directo en Revisión 2044/2008 ya citado. El Director de un periódico había solicitado un amparo –el cual concedió la SCJN– en contra de una sentencia que lo había condenado a indemnizar al ex-presidente municipal de Acámbaro, Guanajuato, por la publicación de una entrevista a su ex-chofer y dónde éste hizo referencia "a aspectos sexuales" de la vida privada de su entonces jefe.⁷³ Si bien es cierto que en la entrevista se refirieron efectivamente 'aspectos sexuales' de la vida del ex-presidente municipal, los cuales se encuentran tutelados por el derecho a la privacidad, también lo es que la SCJN estimó que en este caso no era cierto que, por el sólo hecho de referirse a los aspectos sexuales de la vida de un funcionario público, los hechos caían *dentro de un ámbito inquebrantable e intocable del derecho a la privacidad*. Dado que la entrevista refería también a otros hechos que sugerían actuaciones indebidas del ex-alcalde, la SCJN estimó que en este caso, la libertad de expresión (en su modalidad del derecho a recibir información de los demás) fungía como un factor importante para que la entrevista fuera conocida y, por ende, se convirtió en una *variable externa* del derecho a la privacidad del ex-presidente municipal. En otras palabras, el derecho a la privacidad del ex-alcalde *varió* por una cuestión externa a su voluntad que, en el caso particular, fue el interés de los demás ciudadanos de conocer el testimonio del ex-chofer.⁷⁴ Finalmente, conviene subrayar que estas variabilidades *interna* y

⁷³ Cfr. Amparo Directo en Revisión 2044/2008, supra nota 70, pp. 1 y 2. El fragmento de la entrevista decía: "¿Hubo algo a lo que te negaras, algo que no quisieras hacer? –Bueno, un día estando en el hotel de la Ciudad de México; se tendió desnudo en la cama y me pidió que le sobara la espalda".

⁷⁴ Véase Amparo Directo en Revisión 2044/2008, supra nota 70 que dio origen a la Tesis 1a. CCXIII/2009. "DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO ES VARIABLE TANTO EN SU DIMENSIÓN INTERNA COMO EXTERNA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, diciembre de 2009, p. 276. Reg. IUS. 165824 y Tesis 1a. CCXIV/2009. "DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO GENERAL Y LA IMPORTANCIA DE NO DESCON-

externa fueron reiteradas por la SCJN, al resolver el Amparo Directo 6/2008, al cual se referirá más adelante.

2. Derecho a la privacidad y la identidad sexual de las personas

Al resolver el Amparo Directo Civil 6/2008,⁷⁵ la SCJN desarrolló un aspecto importante del contenido del derecho a la privacidad que es la *identidad sexual*. La quejosa, una persona transexual, había solicitado la rectificación de su nombre y sexo contenidos en su acta de nacimiento, tras habersele diagnosticado pseudohermafroditismo femenino, transexualismo y luego de haberse sometido a una cirugía de reasignación sexual, además de que en su vida laboral, familiar y social se desenvolvía con un nombre y sexo femeninos, por lo que existía una discordancia con su documento de identidad. A pesar de que la jurisdicción civil le había concedido la rectificación, la quejosa consideró que el fallo violaba, entre otros, su derecho a la privacidad, pues de acuerdo con el artículo 138 del Código Civil para el Distrito Federal entonces vigente, la resolución sólo ordenó una "anotación marginal" en el acta, sin que incluyera la expedición de una nueva donde constaran su nombre y sexo femeninos. Para la quejosa, el acta rectificadora violaba su derecho a la privacidad, pues en cada acto civil o administrativo donde se le llegara a requerir el documento, se revelaría su condición de transexual.⁷⁶

En la sentencia, la SCJN destacó la *dignidad humana* como el fundamento principal de los derechos humanos y derivó de ella una "teoría de los derechos de la personalidad", la cual la desarrolló desde una *perspectiva* de derechos humanos, no así desde la del derecho civil como algunos autores ya lo habían hecho.⁷⁷ La SCJN dijo que esos derechos

...componen un sector dentro del más amplio de los derechos humanos, en el cual se encuentran los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.⁷⁸

TEXTUALIZAR LAS REFERENCIAS A LA MISMA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, diciembre de 2009, p. 277. Reg. IUS. 165823.

⁷⁵ Véase Amparo Directo Civil 6/2008. Sentencia del 6 de enero de 2009. México. Disponible en < <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=100190> > (5 de julio de 2013)

⁷⁶ *Idem*. En su demanda la quejosa destacó el hecho de que la propia legislación civil preveía la expedición de nuevas actas de nacimiento en los casos de adopción y reconocimiento de hijo precisamente para proteger la privacidad de los titulares de dichas actas, por lo que su caso ameritaba darle el mismo tratamiento.

⁷⁷ Véase Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho Civil*, 16a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 321-340 y Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, 5a. ed., México, 1996, p. 263-275.

⁷⁸ Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 75, p. 85.

La SCJN consideró además que *el derecho a la imagen* implica la imagen que uno conserva para mostrarse a los demás y reconoció que la doctrina lo ubica dentro del derecho a la intimidad.⁷⁹

Dentro de los derechos *personalísimos* referidos en el párrafo anterior, la SCJN también incluyó el *derecho a la identidad personal*, el cual definió como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo en la propia conciencia y en la opinión de otros y, a su vez, incluyó dentro de él el *derecho a la identidad sexual* como el derecho a la proyección de uno mismo y frente a la sociedad desde la perspectiva sexual, lo cual incluye no sólo las preferencias sexuales sino la percepción sexual de uno mismo. La SCJN consideró que la sexualidad, al ser un elemento esencial de la persona humana, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos.⁸⁰ Por esta razón, la SCJN concluyó que la mera rectificación del acta de nacimiento materializaba

[...] una injerencia en su intimidad y vida privada, [pues la obligaba] a exteriorizar, en muchas de sus actividades, su condición anterior, lo que a su vez *genera eventuales actos discriminatorios* hacia su persona en aspectos laborales o en sus relaciones sociales.⁸¹ [énfasis añadido].

Este fallo resulta importante no sólo por los hechos mismos o los conceptos en él desarrollados, sino porque presenta un caso donde la vulneración del derecho a la privacidad trae aparejada también la violación a otro derecho fundamental como lo es el derecho a la no discriminación.⁸²

3. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas

Otro fallo fundamental para entender los alcances del derecho a la privacidad en México es el del Amparo Directo en Revisión 1621/2010, donde la SCJN determinó el alcance de la protección de las comunicaciones privadas, concretamente, de los *correos electrónicos*. En este caso, la recurrente se inconformó con una sentencia dictada en favor de su entonces esposo, en un juicio de amparo civil, donde se impugnó un fallo emitido en un juicio de

⁷⁹ *Ibidem*, p. 88.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 89.

⁸¹ *Ibidem*, p. 98 y 99.

⁸² El Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 75, dio origen a la Tesis P. LXVII/2009. "DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GRANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7. Reg. IUS. 165821.

divorcio y donde él había probado la causal de divorcio a través del ofrecimiento de más de 300 correos electrónicos intercambiados entre ella y su supuesto amante, los cuales tomó, de la cuenta personal de ésta, sin su consentimiento.⁸³

El caso resulta importante por dos motivos. Primero, porque la violación al derecho a la privacidad se efectuó a través de la violación a otro derecho, *el de inviolabilidad de las comunicaciones privadas*, al cual la SCJN le dio un tratamiento por separado, pues señaló que es un derecho con autonomía propia reconocida por la Constitución.⁸⁴ La Corte argumentó que este derecho

...se configura como una garantía formal, esto es, las comunicaciones resultan protegidas con independencia de su contenido.⁸⁵

Segundo, porque se trató de la violación de un derecho fundamental de un particular (esposa) cometido por otro particular (esposo), lo cual consideró la SCJN que sí es factible y lo llamó *ilícito constitucional*. Con esto, la SCJN reiteró su vocación de extender la vigencia de los derechos fundamentales a las *relaciones entre particulares* con los límites que, en cada caso, pudieran llegar a surgir.

En este caso, la SCJN reconoció que:

[...]Lo que se encuentra prohibido por el artículo 16 constitucional es la interceptación o el conocimiento antijurídico de una comunicación ajena, por lo que la violación se consuma en el momento en que se escucha, se graba, se almacena, se lee o se registra –sin el consentimiento de los interlocutores– una comunicación ajena, con independencia de que, con posterioridad, se difunda el contenido de la conversación interceptada.⁸⁶

La Corte también incluyó, dentro del ámbito de protección de este derecho fundamental, los datos que identifican la comunicación, también conocidos como *datos de tráfico de las*

⁸³ Véase Amparo Directo en Revisión 1621/2010. Sentencia del 15 de junio de 2011. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119580>> (6 de julio de 2013).

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Amparo Directo en Revisión 1621/2010, *supra* nota 83, p. 39. La SCJN destacó que "no se necesita en modo alguno actualizar el contenido de la comunicación o de sus circunstancias para determinar su protección por el derecho fundamental". Asimismo, precisó que "este elemento distingue claramente el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del derecho a la intimidad", pues en este último caso, para considerar que se ha violado, "resulta absolutamente necesario acudir al contenido de lo que se predica su pertenecía al ámbito íntimo o privado".

⁸⁶ *Idem*.

comunicaciones.⁸⁷ De lo anterior se desprende que la SCJN no se separó del criterio que, sobre esta misma materia, ha seguido la Corte IDH en los casos referidos líneas arriba.⁸⁸ La SCJN señaló que la CPEUM protege todas las formas existentes de comunicación y aquellas que sean fruto de la evolución tecnológica, entre ellas, el correo electrónico. Señaló que la clave de seguridad para acceder a éste (contraseña o *password*) tiene un contenido privado y, por ende, se encuentra "investido de todas las garantías derivadas de la protección de los comunicaciones privadas y la intimidad", por lo que el correo electrónico se intercepta cuando, sin autorización judicial o del titular de la cuenta, se ha violado el *password* o clave de seguridad.⁸⁹ Finalmente, la Corte consideró que, en el caso planteado, los correos electrónicos, al haberse obtenido sin el consentimiento de su titular, no debieron considerarse como prueba válida para acreditar una causal de divorcio.⁹⁰

4. Libertad de expresión vs. derecho a la privacidad y el derecho al honor

La SCJN también ha conocido del conflicto entre estos derechos a través de diferentes juicios de amparo promovidos por particulares en contra de los medios de comunicación y/o los periodistas. En estos casos se ha notado la influencia de los casos resueltos por la Corte IDH, así como la de los propios precedentes que la SCJN ha establecido en la materia, por lo que sólo se mencionarán algunas ideas generales de estos fallos desde la perspectiva de la protección del derecho a la privacidad. El primero en tratar este conflicto de derechos fue el Amparo Directo en Revisión 2044/2008 ya referido.⁹¹ La SCJN consideró que la protección de la vida privada de las personas que han ejercido un cargo público es *menos extensa* debido a que ellas mismas, al ocupar dicho cargo, se expusieron a un mayor escrutinio público, por lo que la posibilidad de crítica que la sociedad les dirija debe entenderse con criterio amplio. Eso no quiere decir que sus derechos a la privacidad y al honor queden anulados, ni tampoco que deban soportar una crítica absoluta libre de restricciones, sino que, como se trata de publicaciones de interés público, para que la libertad de expresión de los periodistas o los medios pueda limitarse, se debe cumplir con estándares más estrictos.⁹²

⁸⁷ *Ibidem*, p. 40.

⁸⁸ Véase Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra* nota 22 y *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, *supra* nota 29.

⁸⁹ Cfr. Amparo Directo en Revisión 1621/2010, *supra* nota 83, p. 43 y 44.

⁹⁰ El Amparo Directo en Revisión 1621/2010, *supra* nota 83 dio origen a la Tesis 1a. CLIII/2011, "DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS.SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 221. Reg. IUS. 161334.

⁹¹ Amparo Directo en Revisión 2044/2008, *supra* nota 70.

⁹² Véase Amparo Directo en Revisión 2044/2008, *supra* nota 70; la SCJN siguió el sentido del fallo dictado en el *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra* nota 22 y señaló que, "para que la exigencia de responsabilidades posteriores por emisión de discurso alegadamente invasor del honor de funcionarios públicos u otras personas relacionadas

El Amparo Directo 6/2009 se relaciona con el anterior debido a que involucra también a una persona que desarrollaba funciones relacionadas con la función pública. Los hechos del caso consistieron en la publicación, por parte de la periodista Olga Wornat y el *Semanario Proceso*, de ciertos datos relacionados con la vida privada de la ex-primer dama del país.⁹³ La SCJN reiteró el criterio de que las personas públicas o notoriamente conocidas deben soportar un nivel mayor de invasión a la intimidad a diferencia de las privadas o simples particulares,⁹⁴ pues, argumentó la Corte, existe un interés legítimo de la sociedad de recibir información sobre ellas y, por ende, de los medios de comunicación social de difundirla.⁹⁵ Esos *personajes públicos*, consideró la Corte,

...se someten al riesgo de que tanto su actividad como su información personal sea difundida y, por tanto, a la opinión y crítica de terceros, incluso aquella que pueda ser molesta, incómoda e hiriente. [Estas personas, aclaró la SCJN,] se encuentran protegidas constitucionalmente en cuanto a su intimidad o vida privada, por lo que podrán hacer valer su derecho a la intimidad frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas de aquél y la solución ameritará realizar un *ejercicio de ponderación* entre cuál derecho tiene un plus de protección en cada caso.⁹⁶ [Énfasis añadido]

Para lo cual, será necesario analizar la propia actitud o reserva de la persona respecto a la publicación de datos de su vida privada. En el presente caso, la SCJN estimó que la ex-primer dama no se comportó como una persona interesada en mantenerse alejada del conocimiento público, sino que voluntariamente expuso diversos aspectos de su vida privada por lo que le negó el amparo.⁹⁷

con el ejercicio de funciones públicas constituya una reacción jurídica necesaria, idónea y proporcional deben satisfacerse al menos las condiciones de: 1) cobertura legal y redacción clara; 2) intención específica o negligencia patente; 3) materialidad y acreditación del daño; 4) doble juego de la *exceptio veritatis* y 5) minimización de las restricciones indirectas." Al respecto. En este punto en específico, este juicio de amparo dio origen a la Tesis 1a. CCXIX/2009. "DERECHO AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, diciembre de 2009, p. 278. Reg. IUS. 165820.

⁹³ Véase Amparo Directo 6/2009. Sentencia del 7 de octubre de 2009, México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110353>> (6 de julio de 2013).

⁹⁴ La SCJN definió a las personas públicas o notoriamente conocidas como aquellas que, por circunstancias sociales, familiares, artísticas, deportivas o bien porque ellas mismas difundieron hechos y acontecimientos de su vida privada o cualquier otra análoga, tienen proyección o notoriedad en una comunidad y, por ende, se someten voluntariamente al riesgo de que sus actividades o su vida privada sean objeto de mayor difusión.

⁹⁵ Amparo Directo 6/2009, supra nota 93, p. 78.

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ Véase Amparo Directo 6/2009, supra nota 93 que dio origen a la Tesis 1ª XLI/2010. "DERECHOS A LA PRIVACIDAD, A LA INTIMIDAD Y AL HONOR. SU PROTECCIÓN ES MENOS EXTENSA EN PERSONAS PÚBLICAS QUE TRATÁNDOSE DE

Por otra parte, si bien el Amparo Directo en Revisión 1496/2008 se relaciona también con información difundida por un periódico, se distingue de los casos precedentes porque la afectación del derecho a la privacidad recayó en un particular y no en una persona pública o notoriamente conocida. En este caso, un diario de Tabasco presentó a un hombre como "acosador sexual de menores" que transportaba como chofer. La publicación se hizo a través de unas notas periodísticas donde se incluyeron expresiones como "Entregan autoridades de transporte a chafirete abusivo", "Chafirete caliente", "Quería echarse el mañanero". El quejoso estimó que dichas expresiones rebasaban los límites señalados en los artículos 6 y 7 de la CPEUM y, en consecuencia, le causaban una afectación en su honor y su reputación. En este caso, la SCJN confirmó las sentencias dictadas tanto por la primera como por la segunda instancia y en las que se argumentó que las expresiones no constituían hechos ilícitos porque lo difundido se basaba en *hechos reales*, derivados de una averiguación previa, en donde el chofer tenía el carácter de indiciado. La SCJN confirmó el argumento de que si bien las expresiones eran "ofensivas en sus términos", éstas, al estar basadas en acontecimientos que fueron motivo de una investigación penal, no podían considerarse maliciosas y, por ende, ilegales o contrarias a los artículos 6o. y 7o. constitucionales.⁹⁸

Otro fallo relevante donde se discutieron los alcances de la libertad de expresión y de imprenta, en relación con el derecho a la privacidad de los particulares, es el Amparo Directo en Revisión 1302/2009. En este caso, un periódico de circulación nacional publicó, por cuenta de un particular, una esquela donde se expresaban las condolencias por el fallecimiento de otro particular y en la cual se asentó la expresión: "*Y expresamos nuestras más sentidas condolencias por la irreparable pérdida: que se suma a las cifras de este mal del siglo*". La persona a quien "se honoraba" a través la esquela no sufría de esa enfermedad ni había fallecido, por lo que, tras haber intentado infructuosamente una rectificación por parte del periódico, le demandó el pago de una indemnización por daño moral. Este asunto plantea los alcances del límite *respeto a la vida privada* de la libertad de imprenta tutelada en el artículo 7o. constitucional en el contexto de publicaciones pagadas por particulares en los medios impresos. Para el afectado, el periódico tenía la obligación de verificar que las inserciones pagadas –como lo son las esquelas– no ofendieran su moral, sus sentimientos y su honra.⁹⁹ La SCJN consideró que los periódicos no tienen *un deber de cuidado*

PERSONAS PRIVADAS O PARTICULARES". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXXI, marzo de 2010, p. 923. Reg. IUS. 165 050.

⁹⁸ Véase Amparo Directo en Revisión 1496/2008. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102423>> (6 de julio de 2013)

⁹⁹ Véase Amparo Directo en Revisión 1302/2009. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110591>> (6 de julio de 2013).

...consistente en controlar y verificar el ejercicio de la libertad de expresión hecho por otro particular para asegurar que queden respetados los derechos de la personalidad (entre ellos, el honor, la vida privada, la reputación) que podrían considerarse potencialmente afectados.¹⁰⁰

Pues ello los convertiría en *controladores de los contenidos* e iría en contra del artículo 7o. constitucional. Sin embargo, estimó que los periódicos están obligados a tomar medidas para que, en caso de que un particular considere que se han afectado sus derechos por la expresión hecha por otro particular a través de inserciones pagadas, pueda hacer valer sus derechos ante los tribunales. Para la SCJN, lo anterior se considerará satisfecho si los periódicos cumplen con dos requisitos:

Primero, solicitar de los contratantes la información necesaria para determinar quiénes son y cuáles son los datos básicos de identificación del autor y responsable de los dichos que se publican en las inserciones, de manera tal que esos datos permitan a los afectados saber y tener contra quién interponer una demanda judicial por supuesta violación al derecho al honor o la intimidad o cualquier otro derecho fundamental [... Segundo:] cerciorarse que el texto que queda inserto en el medio de difusión corresponde en sus términos con aquel cuya publicación le fue solicitada.

Así, la SCJN encontró una fórmula que pudo conciliar el ejercicio de la libertad de imprenta, por un lado y el respeto del derecho a la privacidad de los eventuales afectados, por el otro.

Otro asunto donde tuvo lugar un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión fue el tratado en el Amparo Directo 28/2010. En este caso, el periódico *La Jornada* consideró que la revista *Letras Libres*, al publicar el artículo "Cómplices del Terror", violó sus derechos al honor, reputación y vida privada (la SCJN la llamó 'intimidad'), pues en dicha columna se informaba la 'parcialidad' del periódico debido a la no difusión de un convenio celebrado entre *La Jornada* y el diario *Gara*, a quien calificó como el brazo político de la organización terrorista vasca "ETA" y, también, por el manejo informativo que dio a la visita del juez español Baltazar Garzón a un Reclusorio en el D.F. donde se encontraban detenidos unos presuntos etarras. Este fallo es relevante porque la Corte definió algunos aspectos importantes relacionados con la protección del derecho a la privacidad.¹⁰¹ Primero, señaló que a pesar de que ni

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 53.

¹⁰¹ Véase Amparo Directo 28/2010. Sentencia del 23 de noviembre de 2011. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>> (6 de julio de 2013).

el honor ni la reputación se encuentran reconocidos en el texto constitucional, éstos si son un límite a la libertad de expresión. Definió al honor

...como el concepto que una persona tiene de sí misma o que los demás se han formado de ella, en virtud de su proceder o de la expresión de su calidad ética y social". [Explicó además] que existen dos formas de sentirlo y entenderlo: 1) en el aspecto subjetivo o ético, el honor se basa en un sentimiento íntimo que se exterioriza por la afirmación que la persona hace de su propia dignidad; 2) en el objetivo, externo o social, en la estimación interpersonal que la persona tiene por sus cualidades morales y profesionales dentro de la comunidad. [...] la *reputación* es el aspecto objetivo del derecho al honor, que se define como el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros.¹⁰²

Lo más relevante del fallo es, no obstante, que la SCJN reconoció que

...las personas morales son titulares de aquellos derechos fundamentales que sean acordes con la finalidad que persiguen, por estar encaminados a la protección de su objeto social, así como aquellos que aparezcan como medio o instrumento necesario para la consecución de la referida finalidad.¹⁰³

Entre dichos derechos reconoció al del honor. De esta forma, una *persona moral* también *puede*

...ver lesionado su derecho al honor, a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando otra persona la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.¹⁰⁴

Sin embargo, tras un cuidadoso desarrollo, la SCJN concluyó que, en el caso en cuestión, la columna publicada por *Letras Libres* se encontraba amparada constitucionalmente por la libertad de expresión.

¹⁰² Amparo Directo en Revisión 28/2010, *supra* nota 101, p. 6.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰⁴ *Idem*.

5. Créditos Fiscales

Finalmente, la SCJN también se ha ocupado de otro aspecto de la privacidad que resulta relevante para los ciudadanos y es el relativo a la información que le entregamos al Estado en materia de contribuciones. En el Amparo Directo en Revisión 1102/2012,¹⁰⁵ la quejosa planteó la inconstitucionalidad, por ser violatoria del derecho a la privacidad, del artículo 32, fracción VIII de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, el cual obliga a los contribuyentes a reportar mensualmente a la autoridad fiscal la información correspondiente sobre el pago, retención, acreditamiento y traslado del IVA en las operaciones con sus proveedores. La quejosa consideró que dicha disposición legal "le permite a la autoridad "inmiscuirse en forma permanente en la vida privada del particular". En este caso, la SCJN ratificó la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado de Circuito en el sentido de que el derecho a la privacidad previsto en la Constitución mexicana no es absoluto y que, en el presente caso, el límite se dirige a proteger o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos como es la actividad recaudatoria del Estado. Adicionalmente, la Corte subrayó el hecho que la información entregada por los contribuyentes se encuentra protegida por el secreto fiscal previsto en el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, por lo que negó el amparo.

Por todo lo anterior, se puede decir que en el orden jurídico nacional, el *derecho a la privacidad* cuenta con los fundamentos constitucionales y los precedentes judiciales suficientes para garantizar su adecuada vigencia.

¹⁰⁵ Véase Amparo Directo en Revisión 1102/2012. Sentencia del 16 de mayo de 2012. México.

1. Nacionales

- Amparo Directo 28/2010. Sentencia del 23 de noviembre de 2011. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>> (6 de julio de 2013).
- Amparo Directo 6/2009. Sentencia del 7 de octubre de 2009, México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110353>> (6 de julio de 2013).
- Amparo Directo Civil 6/2008. Sentencia del 6 de enero de 2009. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=100190>> (5 de julio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1302/2009. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. México. Disponible en < <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110591>> (6 de julio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1496/2008. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102423>> (6 de julio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1621/2010. Sentencia del 15 de junio de 2011. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119580>> (6 de julio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia del 17 de junio de 2009. México. Disponible en < <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404>> (5 de julio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 402/2007. Sentencia del 23 de mayo de 2007. México. Disponible en <<http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Primera%20sala/Novena%20%C3%A9poca/2007/133.pdf>> (5 de julio de 2013).

- Amparo en Revisión 134/2008. Sentencia del 30 de abril de 2008. México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=97847>> (3 de julio de 2013).
- Expediente Varios 912/2012. Sentencia del 14 de julio de 2011, México. Disponible en <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011> (4 de julio de 2013).
- Tesis 1a. CCXIII/2009. "DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO ES VARIABLE TANTO EN SU DIMENSIÓN INTERNA COMO EXTERNA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, diciembre de 2009, p. 276. Reg. IUS. 165824.
- Tesis 1a. CCXIX/2009. "DERECHO AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, diciembre de 2009, p. 278. Reg. IUS. 165820.
- Tesis 1a. CLIII/2011, "DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS.SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 221. Reg. IUS. 161334.
- Tesis 1a. CXLIX/2007, "VIDA PRIVADA E INTIMIDAD. SI BIEN SON DERECHOS DISTINTOS, ÉSTA FORMA PARTE DE AQUELLA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVI, julio de 2007, p. 272. Reg. IUS. 171883.
- Tesis 1a. CXLVIII/2007, "VIDA PRIVADA. EL ARTÍCULO 1o. DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA, AL PROTEGER EL HONOR Y LA REPUTACIÓN FRENTE A CUALQUIER MANIFESTACIÓN O EXPRESIÓN MALICIOSA, NO EXCEDE EL LÍMITE ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 7o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVI, julio de 2007, p. 272. Reg. IUS. 171882.
- Tesis 1a. XLI/2010. "DERECHOS A LA PRIVACIDAD, A LA INTIMIDAD Y AL HONOR. SU PROTECCIÓN ES MENOS EXTENSA EN PERSONAS PÚBLICAS QUE TRATÁNDOSE DE PERSONAS PRIVADAS O PARTICULARES". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXXI, marzo de 2010, p. 923. Reg. IUS. 165 050.

- Tesis 1a. CCXIV/2009. "DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO GENERAL Y LA IMPORTANCIA DE NO DESCONTEXTUALIZAR LAS REFERENCIAS A LA MISMA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, diciembre de 2009, p. 277. Reg. IUS. 165823.
- Tesis 2a. LXIII/2008, "DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVII, mayo de 2008, página 229. Reg. IUS. 169700.
- Tesis P. LXVII/2009. "DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GRANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7. Reg. IUS. 165821

2. Internacionales

- Corte IDH Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Corte IDH. Caso Escher y Otros vs Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros vs México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.
- Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y Otra vs México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.
- Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

El derecho de réplica.
Artículo 6 de la Constitución
Política de los Estados
Unidos Mexicanos

Janine OTÁLORA MALASSIS*

* Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Doctora en Ciencias Políticas por la Universidad de la Sorbonne.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco normativo nacional y convencional*. III. *El derecho de réplica en el ámbito civil y penal*. IV. *El derecho de réplica en el ámbito electoral*. V. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Derecho de Réplica; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Derecho a la Honra y la Dignidad.

I. Introducción

El derecho de réplica se encuentra previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "Constitución") en su artículo 6, primer párrafo, en el que se dispone que este derecho será ejercido en los términos dispuestos por la ley. Su inclusión en la norma suprema se dio el 13 de noviembre de 2007.¹

Durante el proceso de la reforma Constitucional, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación, de Radio, Televisión y Cinematografía, y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores (Cámara de origen), se dijo que la inclusión del derecho de réplica en el artículo sexto tenía como fin colmar un vacío de nuestro orden jurídico, en virtud de que la única ley que lo contemplaba, hasta entonces, era la Ley de Imprenta, lo que lo convertía en un derecho inoperante. Por ello, se pretendía que al introducir este derecho en la Constitución que el Congreso actualizara de manera integral el marco jurídico que tutela y protege el derecho a la información en su universalidad.

¹ Ver Decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 6o.; se reforman y adicionan los artículos 41 y 99; se reforma el párrafo primero del artículo 85; se reforma el párrafo primero del artículo 108; se reforma y adiciona la fracción IV del artículo 116; se reforma el inciso f) de la fracción V de la base primera del artículo 122; se adicionan tres párrafos finales al artículo 134; y se deroga el párrafo tercero del artículo 97, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de noviembre de 2007.

A su vez, el Dictamen emitido por la Cámara de Diputados señaló que la adición del derecho de réplica en el artículo 6 tendía a incorporarlo al conjunto de normas que regulan el ejercicio de la garantía individual relativo a la libre expresión. Con ello, se pretendía ampliar la protección de la libertad de expresión, tanto para los emisores de ideas como para quienes las reciben, y quienes se ven involucrados o afectados con ellos, de manera que toda persona pueda replicar informaciones que resulten contrarias a sus legítimos derechos.

Así, por su disposición dentro de la estructura de nuestra Carta Magna, el derecho de réplica es un derecho humano, y forma parte de la llamada cuarta ola de derechos del hombre.

Su ejercicio está íntimamente vinculado con otros dos derechos humanos: el de la libertad de expresión y el derecho a la información, relación que será analizada posteriormente.

Si bien el derecho fue introducido en la Constitución con motivo de la reforma constitucional del año 2007, conocida como la reforma electoral, lo cierto es que a la fecha no se ha emitido ley alguna que reglamente su ejercicio, no obstante que el artículo tercero transitorio, dispuso que el Congreso de la Unión debía realizar las reformas necesarias a las leyes federales en un plazo de treinta días naturales a partir de la entrada en vigor de la reforma. Ante la omisión legislativa, el juez ha tenido que integrar la norma para darle al derecho de réplica su plena vigencia.

El derecho de réplica es en efecto un derecho fundamental elevado a rango constitucional, es decir que es una garantía que permite proteger la dignidad del individuo frente a intervenciones arbitrarias o ilegales en su vida privada, así como ataques a su honra o reputación. En ejercicio de dicho derecho una persona que se ve afectada por los dichos difundidos por un tercero, tiene derecho a que se publique a través de los medios de comunicación, su rectificación o respuesta a lo sostenido de manera infundada.

Así el derecho de réplica se convierte, por una parte, en el contrapeso entre el derecho a la honra y la dignidad de la persona y el derecho a la libertad de expresión y, por otra parte, se ubica entre la libertad de expresión y el derecho a la información de todo individuo, pero también de una comunidad.

Ante el vacío legislativo los tribunales constitucionales, es decir la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante "Tribunal Electoral") se han avocado a integrar la norma para permitir el ejercicio pleno de esta garantía, de conformidad con la reforma al artículo primero constitucional.

En efecto, con dicha reforma² el Constituyente dispuso que en nuestro país todas las personas gozarán de los derechos humanos previstos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, y su ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos expresamente previstos por la misma Constitución. Para ello, las normas relativas a los derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la norma fundamental, así como con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas, la protección más amplia de estos derechos. Para ello, todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Dicho principio constitucional fija un parámetro obligatorio de carácter interpretativo, ya que si bien no establece derechos humanos de manera directa, constituye una norma que instruye la forma de interpretación aplicable a todas las autoridades respecto de las disposiciones conforme al texto constitucional y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, concediendo siempre a todas las personas la protección más amplia o favorable a ellas, bajo el principio *pro homine o pro persona*.

En ese sentido, cuando el precepto constitucional bajo análisis (artículo primero) dispone que todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, ello implica que se realice de manera universal, esto es, a todas las personas por igual. Esto implica que el ejercicio de un derecho humano necesariamente debe ser respetado y protegido, conjuntamente con los demás derechos vinculados; los cuales no podrán dividirse, ni dispersarse y, cuya interpretación se debe realizar de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los medios establecidos para el ejercicio de los mismos.

Así, partiendo del principio de control de convencionalidad establecido por la Constitución, los tribunales constitucionales han emitido diversas sentencias en las cuales se ha interpretado el alcance del derecho de réplica, las modalidades de su ejercicio y la potencialización del mismo.

Partiendo del análisis de estas resoluciones, se realizará el diagnóstico de la situación jurisdiccional en la que se encuentra el derecho de réplica en nuestro país.

² Ver Decreto por el que se expide el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de enero de 2008.

II. Marco normativo nacional y convencional

En el ámbito nacional, el derecho de réplica está previsto en el artículo 6 de la Constitución Política, cuya interpretación debe realizarse de conformidad con lo establecido en el artículo primero de la Carta Magna.

En el marco convencional, diversas convenciones y tratados de los cuales México forma parte, lo contemplan: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP),³ en su artículo 17, establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. El precepto citado dispone que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques o injerencias.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ (en adelante CADH o "Convención Americana") en su artículo 14, establece expresamente el derecho de rectificación o de respuesta. Dispone que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes en su contra, difundidas a través de medios de comunicación, tiene derecho a efectuar a través del mismo medio su rectificación o respuesta, en los términos de ley, ello independientemente de las otras responsabilidades legales. El precepto referido establece que para el ejercicio del derecho de réplica se requieren los siguientes elementos: debe existir una persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes que le perjudiquen, que la información sea difundida al público a través de los medios de comunicación y, al cumplirse con los dos requisitos anteriores, la persona afectada tiene derecho a realizar su rectificación o respuesta por los mismos medios, de conformidad con lo establecido por la ley.

Ahora bien, en el ámbito de la ley, en nuestro país aún no existe la ley reglamentaria del primer párrafo del artículo 6 constitucional. Las normas vigentes sólo son aplicables en materia de responsabilidad administrativa, civil y penal en caso de vulneración a los derechos al honor y a la dignidad de la persona. El Código Civil prevé la acción por daño moral mediante la cual se puede obtener una indemnización monetaria. La Ley de Imprenta determina que toda manifestación o expresión que se dé a conocer públicamente es un ataque a la vida privada

³ AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, art. 17.

⁴ OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, art. 14.

si expone a la persona al odio, desprecio o ridículo o afecte la reputación del interesado, por lo que la sentencia condenatoria debe ser publicada a costa del responsable.

El Código Penal Federal prevé la publicación de la sentencia en uno o dos diarios de circulación nacional acorde con lo estipulado por el juez. Finalmente, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal dispone que el derecho al honor y a la propia imagen le son también reconocidos a las personas morales. La reparación del daño comprende la publicidad de la sentencia condenatoria a costa del responsable.

De lo anterior se advierte un vacío en nuestra legislación secundaria en cuanto a la vigencia y al ejercicio del derecho de réplica que ha hecho necesario que tanto la Suprema Corte como el Tribunal Electoral, en sus respectivos ámbitos de competencia, interpreten este derecho.

Para ello se analizarán las principales sentencias que han emitido ambos órganos jurisdiccionales, así como la jurisprudencia emanada de estos.

III. El derecho de réplica en el ámbito civil y penal

La Suprema Corte analizó el referido derecho de réplica al conocer el Amparo Directo 6/2009.⁵ Al emitir su resolución la SCJN tomó en consideración lo resuelto por tribunales y cortes europeos y latinoamericanos, en cuanto a la libertad de expresión. Así, citó las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Thomas vs Luxemburgo*,⁶ y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en el caso *Herrera Ulloa*,⁷ en las cuales establecieron: "El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público".

La Suprema Corte determinó que las opiniones de periodistas no son sujetas al canon de veracidad, en tanto que la información sí lo es. La SCJN también tomó en consideración la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Handyside vs. Reino Unido*⁸ en el que sentó jurisprudencia respecto de la libertad de expresión y sus límites frente a los

⁵ Amparo Directo 6/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>> (20 de junio de 2013).

⁶ TEDH. *Caso Thoma vs Luxemburgo*. App. no. 38432/97. Sentencia dictada el 29 de marzo de 2001.

⁷ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73

⁸ TEDH. *Caso Handyside vs Gran Bretaña*. App. no. 5493/72. Sentencia dictada el 7 de diciembre de 1976.

derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, disponiendo que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática.

Asimismo, se refirió al Caso *Lingens vs. Austria*,⁹ del mismo Tribunal Europeo, en el que éste determinó que los límites de la crítica son más amplios tratándose de una persona dedicada a la vida política que de un simple ciudadano.

Señaló que el Tribunal Europeo ha reiterado la importancia que tiene la protección de la vida privada de las personas que va más allá del círculo privado de la familia y tiene también una dimensión social.

De igual manera, la SCJN se refirió a la resolución dictada por el Tribunal Constitucional español, en el caso *Preysler*,¹⁰ en la que sostuvo que si la información denunciada no tiene interés público y viola la intimidad de una persona puede ser considerada como una intromisión ilegítima, a pesar de la notoriedad de la persona.

En la sentencia dictada por la Suprema Corte se señaló que los tribunales constitucionales han sostenido que el derecho de réplica no tiene relevancia cuando se trata de reparar violaciones a la intimidad de las personas, ya que la intromisión ilegal no se repara, a diferencia de lo que sucede tratándose de la vulneración al derecho al honor. Por lo tanto, en esos casos, el hecho de tener la posibilidad de ejercer el derecho de réplica, relatando la versión personal del afectado, sólo incita a que se siga hablando del tema, sin que la intromisión pueda repararse.¹¹ Así mismo, para determinar si la información denunciada goza de protección constitucional, es necesario saber si se ha extralimitado al tener una injerencia indebida en la vida personal y familiar de una persona.

Cabe señalar que en la resolución dictada por la Suprema Corte en el Amparo Directo 6/2009, si bien se dictó tomando en consideración lo dispuesto por tratados y convenciones internacionales de los cuales el Estado mexicano forma parte, así como en sentencias dictadas por tribunales y Cortes extranjeros, lo cierto es que sólo se consideró lo establecido por éstos respecto de los límites de la libertad de expresión frente a la vida privada de las personas,

⁹ TEDH. *Caso Lingens vs Austria*. App. no. 9815/82. Sentencia dictada el 8 de julio de 1986.

¹⁰ Ver TCE. Sala Segunda. Sentencia 115/2000. Recurso de amparo 640-97. 5 de mayo de 2000 (BOE núm. 136 de 07 de junio de 2000).

¹¹ Ver TEC Sala Segunda. Sentencia 197/1991. Recurso de amparo 492-1989. 17 de octubre de 1991 (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 1991).

distinguiendo si éstas tienen el carácter de públicas o de privadas, más no respecto del derecho de réplica *per se*.

De igual manera, al resolver el Amparo Directo en revisión 2044/2008,¹² la Suprema Corte se refirió a la protección del derecho a la vida privada, establecido por diversos instrumentos convencionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12), el PIDCP (artículo 17), la CADH (artículo 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 16).

En su sentencia, la Suprema Corte determinó que la vida privada de una persona, la libertad de expresión y el derecho a la información son derechos que se enfrentan y que están íntimamente vinculados.

Sostuvo que el derecho de réplica tiene un menor impacto que los medios de responsabilidad civil y penal, en términos de afectación de derechos, pero que con su desarrollo ocupará un lugar cada vez más importante ante las consecuencias jurídicas del ejercicio de la libertad de expresión, cuando ésta se enfrenta al derecho a la vida privada de las personas. Por ello, el ejercicio de la réplica es parte de todo debate democrático.

De estas dos resoluciones han sido aprobadas dos tesis de la primera Sala de la Suprema Corte. La primera, es relativa a que la responsabilidad por invasiones al honor de funcionarios u otras personas con responsabilidades públicas sólo puede darse bajo ciertas condiciones más estrictas que las que se aplican en el caso de expresiones referidas a ciudadanos particulares.¹³ En esta tesis, se fijaron las condiciones que deben cumplirse para que se de la responsabilidad por la difusión de expresiones que afecten el honor de personas públicas, y que son: cobertura legal y redacción clara, intención específica o negligencia patente, materialidad y acreditación del daño, doble juego de la *exceptio veritatis*, gradación de medios de exigencia de responsabilidad, y minimización de las restricciones indirectas.

Posteriormente, con motivo de la resolución dictada en el Amparo Directo 6/2009, se aprobó la tesis relativa a que el derecho de réplica no repara la intromisión en el derecho a la

¹² Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva 17 de junio de 2009. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404> (19 de junio de 2013).

¹³ Tesis: 1a. CCXXI/2009 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RESPONSABILIDAD POR INVASIONES AL HONOR DE FUNCIONARIOS U OTRAS PERSONAS CON RESPONSABILIDADES PÚBLICAS SÓLO PUEDE DARSE BAJO CIERTAS CONDICIONES, MÁS ERICTAS QUE LAS QUE SE APLICAN EN EL CASO DE EXPRESIONES O INFORMACIONES REFERIDAS A CIUDADANOS PARTICULARES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 283. Reg. IUS. 165763.

intimidad,¹⁴ en la que estableció que el derecho a la intimidad protege la no divulgación de datos de la vida privada de una persona, por lo que el derecho de réplica no es suficiente para reparar la injerencia ilegal en la esfera privada de la vida, ya que no se responde por la falsedad de la información sino por decir la verdad. Por lo tanto, en este ámbito el ejercicio del derecho de réplica sólo fomenta que se siga hablando del tema, sin reparar la violación a la intimidad situación que sí ocurre tratándose del derecho al honor.

De estas resoluciones, se advierte que la Suprema Corte se ha pronunciado más sobre los límites de la libertad de expresión ante el derecho a la honra de las personas, que sobre la garantía del derecho de réplica.

IV. El derecho de réplica en el ámbito electoral

Cabe señalar la relevancia del derecho de réplica en el ámbito electoral en virtud de que éste fue incluido en nuestra Carta magna con motivo de la reforma electoral del año 2007. Con anterioridad a dicha reforma, no existía disposición alguna que previera el ejercicio de este derecho con motivo de actividades político-electorales, su validez sólo se daba en el espacio privado de los ciudadanos, ya que aún cuando estuviese involucrado un funcionario público, el caso se daba ante un medio de comunicación o un particular y con motivo de actos vinculados a la vida privada.

Posteriormente a la reforma electoral constitucional, en el 2007 el legislador concretó la reforma legislativa, introduciendo en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales,¹⁵ en el artículo 233, párrafo 3, el derecho de réplica. En dicho precepto se dispone que los partidos políticos, los precandidatos y candidatos podrán ejercer este derecho respecto de la información que presenten los medios de comunicación, cuando estimen que se han deformado hechos o situaciones referentes a sus actividades o su imagen. El ejercicio del derecho de réplica se hará en los términos de la ley respectiva y sin perjuicio de los correspondientes a las responsabilidades o al daño moral de conformidad con la ley de imprenta y las disposiciones civiles y penales.

Cabe señalar que el artículo transitorio décimo de la reforma al Código Electoral dispuso que el Congreso de la Unión debería, a más tardar el 30 de abril de 2008, expedir la ley reglamen-

¹⁴ Tesis: 1a. XLIV/2010 (9a.), DERECHO A LA INTIMIDAD. EL DERECHO DE RÉPLICA NO REPARA LA INTROMISIÓN EN AQUEL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 922. Reg. IUS. 165052.

¹⁵ *Supra* nota 2.

taria del derecho de réplica previsto en el párrafo primero del artículo 6 de la Constitución Política. El plazo que se estableció al Congreso se debió, en términos de lo sostenido en el Dictamen de la Comisión de Gobernación de la Cámara de Diputados, a que el derecho de réplica era "una de las aportaciones más significativas de la reforma constitucional".

No obstante ello, a la fecha no se ha expedido ley alguna que reglamente el ejercicio de este derecho humano.

Y fue justamente, en el año 2009 cuando se planteo ante el Tribunal Electoral el primer caso relativo al ejercicio del derecho de réplica en materia electoral, habiendo desde entonces emitido diversas resoluciones¹⁶ sobre el tema.

En la resolución de los diversos juicios, el Tribunal Electoral tomó en consideración las disposiciones convencionales que rigen el derecho de réplica: el artículo 14 de la Convención Americana y el artículo 17 del PIDCP.

Asimismo, se basó en la Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte IDH, de 29 de agosto de 1986,¹⁷ en la que se determinó la exigibilidad internacional del derecho de réplica o de respuesta, al establecer que se trata de un derecho al que se aplican las obligaciones de los Estados parte, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en virtud de que la Convención reconoce derechos y libertades. En esta Opinión se estableció que cuando el derecho de rectificación no puede hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico de un Estado parte, éste tiene la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias.

Porque al regular el derecho de réplica o rectificación los Estados deben respetar el derecho de libertad de expresión y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el de réplica, en virtud de que el derecho de réplica se encuentra ubicado

¹⁶ Ver, TEF. RECURSO DE APELACIÓN. SUP-RAP-175/2009. Sentencia definitiva 26 de junio de 2009. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2009/RAP/SUP-RAP-00175-2009.htm>> (19 de junio de 2013); TEF. JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL. SUP-JRC-28/2011. Sentencia definitiva 9 de marzo de 2011. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2011/JRC/SUP-JRC-00028-2011.htm>> (19 de junio de 2013) y TEF. RECURSO DE APELACIÓN EXPEDIENTE, SUP-RAP-451/2011. Sentencia definitiva 23 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2011/RAP/SUP-RAP-00451-2011.htm>> (19 de junio de 2013).

¹⁷ Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

dentro de la estructura de la Convención Americana (artículo 14) justo después del derecho a la libertad de pensamiento y expresión (artículo 13).

Si se restringe en exceso el derecho de la libertad de expresión, es decir más allá de razonables y proporcionales a los derechos de terceros, lo que se está limitando es el derecho de recibir información, por lo tanto debe buscarse el equilibrio entre el derecho del individuo de expresarse y el derecho colectivo de recibir información, así como el del respeto a la dignidad y a la honra.

De lo anterior, se desprende que el derecho de réplica involucra diversos derechos humanos como el de tener información veraz y exacta, que en materia político-electoral es fundamental para una toma de decisión del ciudadano en su calidad de elector; el derecho al honor, reputación y dignidad de una persona.

Por lo tanto, la ley debe proteger esos derechos contra ataques ilegales y, de conformidad con el artículo primero de la Constitución, todas las autoridades deben interpretar las normas que rigen los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales aplicables, a fin de favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia, todo ello acorde con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En el ámbito electoral, el legislador aún no ha expedido una ley que regule el ejercicio del derecho de réplica, por lo que el Tribunal Electoral tuvo que integrar la norma para darle vigencia a este derecho humano y potencializar su ejercicio.

El Tribunal Electoral ha determinado que en el ámbito electoral, en la búsqueda de votos, se pueden difundir informaciones sobre una persona o partido político que son erróneas, por lo que el derecho de réplica tiene una dimensión particular, en el entendido que el ejercicio de este derecho no es un instrumento para propiciar un debate entre personas o para ilustrar diferencias de criterios entre ellas, sino para rectificar informaciones que no son reales.

Por ello, se garantiza al afectado la rectificación cuando hechos o situaciones han sido deformados, en particular la honra y la reputación de una persona. En el caso de personas que desempeñan o han desempeñado cargos públicos, la información sobre sus actividades que se estima es distorsionada debe ser protegida.

Es en estos casos, cuando el derecho de réplica adquiere una dimensión social en cuanto a la recepción de nueva información que se confronte con la difundida por los medios de co-

municación, ya sea directamente por ellos o que sólo sean el medio de difusión de la información, de manera que la sociedad disponga de una información completa.

En la sentencia dictada por el Tribunal Electoral en el recurso de apelación número 175 (SUP-RAP-175/2009) se determinó que en el ámbito electoral, el derecho a la honra y la reputación de un candidato a un cargo de elección popular sí se puede violar por la opinión de un periodista. Asimismo, se estableció que para que la violación se dé, no se requiere que un actor político financie la publicación de la nota difamatoria. Con esta decisión el Tribunal Electoral amplió el acceso al derecho de réplica en el ámbito político-electoral permitiendo que éste se solicite aún cuando la información controvertida no fue financiada por un ente político.

Es necesario tener presente que el derecho de libertad de expresión del periodista tiene como límite la honra de la persona, siendo que esta última en materia electoral tiene una doble vertiente: por una parte, el derecho a la honra de un candidato o de un partido político y, por la otra, el derecho a la información de un ciudadano elector. Con ello, puede afirmarse que este derecho humano tiene dos dimensiones: la individual, relacionada directamente con quien puede ejercer el derecho, y la social o colectiva, vinculada con el grupo social que se ve beneficiado con el ejercicio de dicho derecho, al poder confrontar informaciones divergentes. Por lo tanto, si un medio de comunicación pone en entredicho la honra de un candidato, está obligado en respetar su derecho de réplica.

En efecto, los artículos 1 y 133 Constitucionales disponen que las garantías previstas en la Constitución no pueden restringirse, salvo en los casos previstos en su propio texto, y que la Constitución es ley suprema por lo que los jueces deben apegarse a ella. En virtud de lo anterior, el Tribunal Electoral determinó que no le asistía la razón a la autoridad administrativa electoral (Instituto Federal Electoral) en el sentido de que si no hay ley reglamentaria que regule el derecho de réplica, no se puede ejercer dicho derecho, porque aceptar ese argumento equivale a hacer nugatorio tal derecho.

En efecto, las normas relativas al derecho de réplica permiten su aplicación directa, en virtud de que dicho derecho está previsto en una norma constitucional de eficacia directa, es decir que la estructura del artículo 6 de la Constitución es lo suficientemente completa para ser aplicada y funcionar de manera inmediata y directa sin requerir de otra norma para su vigencia, a diferencia de las normas constitucionales de eficacia indirecta, cuya estructura no alcanza para que el derecho que establece sea vigente sin una norma secundaria.

Por lo tanto, la omisión legislativa no puede impedir el ejercicio de un derecho humano. Como ya se señaló, ante una petición de ejercicio de cualquier derecho humano, los órganos

de Estado tienen el deber de darle la protección más amplia. Cabe señalar que la Constitución no contiene disposiciones declarativas, sino normas obligatorias y, en algunos casos, de manera directa y en otros indirecta. Por ello, ante una omisión legislativa y la necesidad de proteger un derecho humano la tutela se da por la vía judicial e incluso la actividad administrativa lo que permite el ejercicio del derecho, particularmente en los casos en que directamente se confiere un control de constitucionalidad.

En el ámbito electoral, si bien el derecho de réplica, previsto en el artículo 6 Constitucional, es contemplado por el artículo 233 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, lo cierto es que el legislador no ha expedido la ley reglamentaria prevista en el artículo décimo transitorio del Código Electoral, pero el Tribunal Electoral fijó desde su primer sentencia relativa al ejercicio de este derecho humano, que la ausencia de una ley no es justificación para que el Instituto Federal Electoral decline su competencia en este rubro, sino que debe reglamentar e instruir este derecho humano en su ámbito de competencia.

En efecto, el Instituto Federal Electoral tiene la facultad normativa para expedir reglamentos, y con ello proteger y respetar el derecho de réplica. De conformidad con el artículo 118 del Código Electoral, el Instituto es competente para dictar acuerdos necesarios para hacer efectivas las atribuciones que lo obligan, por una parte, a vigilar que las actividades de los partidos políticos nacionales y de las agrupaciones políticas se desarrollen de conformidad con la ley y cumplan con sus obligaciones legales y, por otra parte, conocer de las infracciones y, en su caso, imponer las sanciones correspondientes. Tiene incluso competencia para que en ejercicio de una atribución implícita, apruebe los acuerdos necesarios para cumplir con las demás funciones que le impone el Código de la materia.

En efecto, el Instituto Federal Electoral tiene a su cargo de manera integral y directa, las actividades relativas a los derechos y prerrogativas de los partidos políticos.

Además, el propio Código Electoral dispone que la aplicación de las normas previstas en dicho ordenamiento, entre las que se encuentra la relativa al derecho de réplica en materia electoral, le corresponde al Instituto, para que en una interpretación gramatical, sistemática y funcional, se funde en los principios generales del derecho y establezca una solución al asunto.

Por lo tanto, el Tribunal Electoral determinó que en virtud de que el Instituto Federal Electoral tiene entre otros fines el de asegurar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos político-electorales, así como garantizar que las elecciones se lleven de conformidad con los principios constitucionales que las rigen, entonces las atribuciones del Consejo General del Instituto consistentes en vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y lega-

les en el ámbito electoral, deben estar encaminadas al cumplimiento de este fin y, en general, de los principios estructurales del ordenamiento jurídico electoral, así como de los principios y valores protegidos constitucionalmente, como es el caso del derecho de réplica.

De igual forma, los partidos políticos tienen deberes específicos para cumplir con el derecho de réplica en caso de infracción, es decir cuando en su propaganda política utilicen expresiones que denigren a las instituciones o a los partidos políticos, o calumnien a los precandidatos, candidatos y a las personas. Para efecto de no afectar el principio de no censura previa, se debe dar el derecho de réplica posteriormente a la difusión de la información.

En lo relativo a la libertad de expresión, el derecho de réplica y la censura previa, el Tribunal Electoral ya se ha pronunciado¹⁸ en diversa sentencia en la que conoció sobre la regulación del derecho de réplica, en el ámbito electoral, en el Estado de Guerrero. En dicho juicio el apelante, que era un partido político nacional, impugnó un Acuerdo del Consejo del Instituto Electoral estatal, en el que se fijaban los lineamientos para el ejercicio del derecho de réplica en el ámbito electoral. El Partido basó su impugnación principalmente en el hecho de que el Acuerdo contenía disposiciones que se asemejaban a una censura previa para el ejercicio de dicho derecho.

Es de destacar que en dicha sentencia la Sala Superior tomó en consideración, además de las diversas disposiciones convencionales aplicables a este derecho humano, algunas decisiones tomadas por diversos tribunales europeos y latinoamericanos.

Así, del Tribunal Constitucional Español, tomó la jurisprudencia constitucional 187/1999,¹⁹ aprobada el 25 de octubre de 1999, en la que se estableció que el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información no tienen otros límites que los fijados constitucionalmente, por lo que se veda la censura previa. Debiendo entenderse por ésta la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir la difusión de mensajes o ideas. La censura consiste en cualquier limitación consistente en someter a un examen previo por una autoridad, el contenido de la obra de una persona, con lo cual se pretende restringir su difusión. Por lo tanto, la medida de la censura es una restricción previa a la libertad de expresión, por lo que no es viable permitirla.

¹⁸ Ver SUP-JRC-28/2011..., *supra* nota 10.

¹⁹ Ver TCE Sala Segunda. Sentencia 187/1999. Recurso de Amparo. 25 de octubre de 1999 (BOE núm. 286 de 30 de noviembre de 1999). Número de registro 601/94 y 640/94 (acumulados).

Asimismo, en la sentencia se hizo referencia a la resolución de la Corte IDH dictada en el caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile, el 5 de febrero de 2001, en la que determinó que la prohibición, confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile, de difundir en ese país la referida película, constituía un acto de censura previa violatorio del artículo 13 de la Convención Americana.

De igual manera, se hizo referencia a la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay,²⁰ en la que estableció que la libertad de pensamiento y la libertad de expresión en el marco de una campaña electoral, son un elemento fundamental del debate, ya que el ejercicio de dichas libertades es esencial para la formación de la opinión pública de los electores y fortalece la contienda entre candidatos y partidos políticos. Por lo tanto estimó indispensable proteger y garantizar el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político, por ser fundamental para la formación de la voluntad colectiva. La Corte IDH sostuvo que el debate democrático implica la libre circulación de ideas e información por parte de los medios de comunicación, como de los actores en el proceso electoral.

En su sentencia el Tribunal Electoral hizo también referencia al artículo 10, numeral 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que prohíbe la censura previa, en virtud que si bien la libertad de expresión puede estar sujeta a ciertas formalidades, restricciones o sanciones, de donde se podría interpretar que al hacer referencia restricciones en el ejercicio de este derecho, la restricción podría asimilarse a un tipo de censura previa.

Ahora bien, una vez fijados los precedentes de tribunales extranjeros, para analizar si en la emisión de los lineamientos impugnados la autoridad estaba ejerciendo una censura previa, se precisó en la sentencia que el derecho de réplica al haber sido incorporado en nuestra Constitución en el apartado de las garantías individuales, entonces de conformidad con el artículo primero de la norma fundamental, su ejercicio sólo puede restringirse o suspenderse en los casos y en las condiciones que la propia Constitución prevé.

Por lo tanto, el Tribunal Electoral determinó en su sentencia que, en efecto la autoridad había violado el artículo 6 Constitucional al restringir el ejercicio del derecho de réplica al auto atribuirse facultades de censor o calificador del derecho de réplica. Ello, porque el Instituto Electoral del Estado de Guerrero al determinar que para que un ciudadano pudiese ejercer dicho

²⁰ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

derecho debe presentar a la autoridad una solicitud requiriendo su autorización, siendo que los derechos fundamentales no requieren de autorización para su ejercicio, ya que la autoridad está obligada en respetarlos y facilitar su ejercicio. Por lo tanto, al restringirse el ejercicio de derecho de réplica, se violó el artículo 6 constitucional en relación con el primero del mismo ordenamiento.

También, en su sentencia el Tribunal Electoral declaró que era inconstitucional exigir al solicitante de la réplica que realizará una narración expresa y clara de los hechos en los que basaba su petición. En efecto, el incumplimiento de cualquiera de los requisitos fijados por la autoridad administrativa implicaría una restricción del ejercicio de este derecho humano, que podría incluso hacerlo nugatorio, lo que es contrario al artículo primero que obliga a toda autoridad a garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Por lo tanto, la previsión de que la solicitud para ejercer este derecho pueda ser desechada de plano, sin prevención alguna, cuando el solicitante haya omitido aportar diversos datos o cuando la autoridad *motu proprio* considere que los hechos denunciados no constituyen una violación evidente al artículo 6 constitucional, fueron declarados contrarios a la Constitución. De igual manera, se determinó que no se le puede exigir al interesado que aporte pruebas para que pueda ejercer su derecho de réplica.

Por todo lo anterior, el Tribunal Electoral estableció que los lineamientos emitidos por el Instituto Electoral del Estado de Guerrero, eran inconstitucionales al convertir al Consejo General de dicho Instituto en una autoridad censora o calificadora del ejercicio del derecho de réplica.

Finalmente, en otro juicio de revisión constitucional²¹ el Tribunal Electoral determinó que no se puede dividir el derecho de réplica en dos: es decir, uno para los ciudadanos en general y otro para los actores involucrados en el ámbito electoral. Por lo tanto, cualquier ciudadano, precandidato, candidato, partido político, o dirigente partidista, es titular del derecho y lo puede ejercer.

Partiendo de esa premisa, la Sala Superior declaró que era inconstitucional un acuerdo que excluye a los ciudadanos, precandidatos y dirigentes partidistas del ejercicio de dicho derecho, porque se violan los artículos 6 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²¹ TEF. JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL. SUP-JRC-292/2011. Sentencia definitiva 23 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JRC/SUP-JRC-00292-2011-Acuerdo1.htm> (19 de junio de 2013).

No obstante ello, en su sentencia el Tribunal declaró que el requisito consistente en que para poder acudir al Consejo General del Instituto Electoral Estatal, se tenía previamente que haber solicitado por escrito y en forma directa, el ejercicio del derecho de réplica ante el medio de comunicación involucrado, no se traducía por parte de la responsable en censura previa. En efecto, el titular del derecho tiene primero que ejercerlo ante la instancia responsable y sólo en caso de negativa, puede acudir ante un ente del Estado para solicitar la protección de su derecho.

Cabe señalar que una de las innovaciones que aportó el Tribunal Electoral en el ejercicio de este derecho, fue el relativo a que tratándose de propaganda política de un partido político que afecte a un tercero, en caso de acreditarse dicha afectación, se podría ordenar que el derecho de réplica se ejerza en los tiempos de estado pautados al partido político infractor.

De sus diversas sentencias, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aprobó en el año 2010 una tesis relevante,²² relativa a la tutela del derecho de réplica en el ámbito electoral, mediante el procedimiento especial sancionador que se tramita ante el Instituto Federal Electoral.²³ En dicha tesis, se establece a partir de una interpretación de los artículos 1 y 6 constitucionales, 233, párrafo 3; 367 y 368, párrafo 2, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se advierte que para tutelar el derecho de réplica de los precandidatos, candidatos y partidos políticos, son aplicables las reglas del procedimiento especial sancionador. Ello porque la réplica debe resolverse a la brevedad, ya que si ésta se ejerce en un plazo ordinario, con posterioridad a la difusión de la información que se pretende corregir, los efectos de la réplica ya no serían los mismos y la rectificación no lograría su fin reparador, por la brevedad de los plazos electorales.

V. Conclusiones

De las diversas sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, puede concluirse que el derecho de réplica previsto en el artículo 6 de la Constitución Política se define como siendo un derecho humano fundamental, desde el punto de vista formal, porque está previsto en normas jurídicas de carácter fundamental o supremas del Estado mexicano y, desde una

²² TEF, Tesis VII/2010, DERECHO DE RÉPLICA. SU TUTELA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, núm. 6, 2010, pp. 41 y 42.

²³ La característica de este procedimiento administrativo sancionador es su expedito, los plazos de resolución son muy breves, a diferencia del procedimiento ordinario (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales).

óptica material, porque es un derecho indispensable para proteger la dignidad de la persona.

Los máximos órganos de justicia constitucional han definido las características del derecho de réplica con los siguientes elementos: es un derecho de exigencia inmediata y directa hacia el responsable (no se puede establecer su suspensión o restricción más que en los casos previstos por la propia Constitución de conformidad con el artículo 1 de la norma fundamental); se ejerce de manera directa e inmediata, es decir con anterioridad a un proceso administrativo o judicial; la reparación del daño es a costa del infractor; la exigencia de reparación debe estar dirigida al responsable; el responsable es quien realiza la publicación por sí mismo o por encargo de un tercero (en el supuesto de los medios de comunicación se debe establecer si existe responsabilidad directa o bien, derivada del deber que tienen de realizar un análisis del contenido de sus publicaciones). Además, en materia político electoral la rectificación debe darse sobre los tiempos estatales o a costa de quien perjudique. Si el responsable es un tercero la réplica se formulará a su costo.

En las diversas decisiones judiciales se ha determinado que el derecho de réplica está estrechamente vinculado al derecho de la libertad de expresión, en virtud de que el medio de contestar a un dicho expresado en el ejercicio de la libertad de expresión, lo es el derecho de réplica conforme a lo estipulado por el artículo de la Constitución que contempla tres derechos fundamentales: libertad de expresión, derecho a la información y derecho de réplica. Por ello, se ha dicho que este derecho integra la cuarta ola de los derechos fundamentales.

En efecto, el derecho de réplica no sólo tiende a proteger la dignidad y la honra de la persona, sino que es también un elemento fundamental para lograr que la información pública sea lo más completa posible y objetiva.

En obvio de razones, el ejercicio del derecho de réplica tiene, como todo derecho límites. Por ejemplo, en el ámbito político electoral, la respuesta ejercida con motivo del derecho de réplica debe estar relacionada con el contenido del texto al que se pretende dar respuesta, en efecto no puede convertirse en el ejercicio de un discurso libre que permita que partidos políticos o un funcionario público difundan sus teorías, programas o acciones. De darse tal situación, el ejercicio de dicho derecho sería desproporcionado con su finalidad.

Es de destacar la labor *pro homine* que han llevado a cabo los tribunales constitucionales en México para dotar de vigencia este derecho humano. En efecto, el juzgador ha tenido que integrar la norma para darle vigencia al derecho. De no haberlo hecho y, ante la omisión

legislativa, el derecho humano no tendría validez. Cabe señalar que en nuestro sistema jurídico, en materia de réplica, sólo existe la Ley de Imprenta que no es una ley de garantías.

Incluso el Tribunal Electoral en sus diversas sentencias ha establecido que, si bien el derecho de réplica es un derecho individual de toda persona, también es un derecho social por su vínculo con el derecho a la información, al estar relacionado con violaciones al canon de veracidad.

Tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el Tribunal Electoral se han pronunciado sobre este derecho partiendo de lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales ratificados por México, así como lo decidido por Cortes latinoamericanas y europeas, respetando con ello el principio relativo a que el derecho de réplica es internacionalmente exigible.

Ciertamente, si bien la labor jurisdiccional ha permitido que este derecho tenga una plena vigencia, no obstante la omisión del legislador de aprobar las leyes que regulen el ejercicio de dicho derecho en los diversos ámbitos, es de señalar la urgencia de que el legislador garantice la validez universal de un derecho humano creado por el Constituyente.

En el ámbito político electoral, en el cual se han dictado la mayoría de las sentencias que garantizan el ejercicio de este derecho, la ley deberá contener las características del derecho de réplica definidas por el Tribunal Electoral, a fin de que su ejercicio abone al fortalecimiento de la democracia y a la información política de los ciudadanos.

En este espacio la ley deberá prever que en el ámbito político-electoral, cuando la información que afecte la imagen o la honra de un precandidato, candidato o partido político y sea difundida en radio y/o televisión, el ejercicio de la réplica sea ordenado en los tiempos asignados al partido político responsable. De igual manera deberán regularse las condiciones del ejercicio de este derecho en el ámbito del internet.

Así, puede concluirse que ha sido sólo a través del control de convencionalidad ejercido por nuestros tribunales constitucionales, que este derecho humano es vigente en México, muy a pesar de las omisiones legislativas.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Amparo Directo 6/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>> (20 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva 17 de junio de 2009. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404> (19 de junio de 2013).
- Tesis: 1a. CCXXI/2009 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RESPONSABILIDAD POR INVASIONES AL HONOR DE FUNCIONARIOS U OTRAS PERSONAS CON RESPONSABILIDADES PÚBLICAS SÓLO PUEDE DARSE BAJO CIERTAS CONDICIONES, MÁS ERICTAS QUE LAS QUE SE APLICAN EN EL CASO DE EXPRESIONES O INFORMACIONES REFERIDAS A CIUDADANOS PARTICULARES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 283. Reg. IUS. 165763.
- Tesis: 1a. XLIV/2010 (9a.), DERECHO A LA INTIMIDAD. EL DERECHO DE RÉPLICA NO REPARA LA INTROMISIÓN EN AQUÉL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 922. Reg. IUS. 165052.
- TEF. RECURSO DE APELACIÓN. SUP-RAP-175/2009. Sentencia definitiva 26 de junio de 2009. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2009/RAP/SUP-RAP-00175-2009.htm>> (19 de junio de 2013).
- TEF. JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL. SUP-JRC-28/2011. Sentencia definitiva 9 de marzo de 2011. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JRC/SUP-JRC-00028-2011.htm>> (19 de junio de 2013).
- TEF. RECURSO DE APELACIÓN. SUP-RAP-451/2011. Sentencia definitiva 23 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/RAP/SUP-RAP-00451-2011.htm>> (19 de junio de 2013).

- TEF. JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL. SUP-JRC-292/2011. Sentencia definitiva 23 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2011/JRC/SUP-JRC-00292-2011-Acuerdo1.htm>> (19 de junio de 2013).
- TEF. Tesis VII/2010, DERECHO DE RÉPLICA. SU TUTELA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, núm. 6, 2010, pp. 41 y 42.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- TEDH. *Caso Thoma vs Luxemburgo*. App. no. 38432/97. Sentencia dictada el 29 de marzo de 2001.
- TEDH. *Caso Handyside v. Gran Bretaña*. App. no. 5493/72. Sentencia dictada el 7 de diciembre de 1976.
- TEDH. *Caso Lingens v. Austria*. App. no. 9815/82. Sentencia dictada el 8 de julio de 1986.

Derecho de acceso a la información pública

John M. ACKERMAN*

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Se agradece al Lic. Gabriel Paris León García por su generoso e indispensable apoyo con las tareas de investigación y documentación del presente texto.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho de acceso a la información pública en México.* III. *El derecho de acceso a la información pública de acuerdo con los tratados y tribunales interamericanos.* IV. *Las implicaciones de la reforma al artículo primero de la CPEUM.*

PALABRAS CLAVE: Acceso a la información; Libertad de expresión; Derecho a la información ambiental; Acceso público; Personas morales privadas; Vida privada; Datos personales; Información reservada; Derecho a la verdad.

I. Introducción

México destaca al nivel internacional en materia de derecho de acceso a la información pública tanto en términos normativos como institucionales. El texto del artículo 6o. constitucional establece una serie de garantías procesales e institucionales a favor del gobernado que son difíciles de encontrar en otros países, sobre todo al nivel de su respectiva Carta Magna. Así mismo, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (en adelante LFTAIPG) cuenta con innovaciones importantes que incluso han sido retomadas por instancias internacionales especializadas en la materia como la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA).¹ Numerosas leyes de transparencia de las entidades federativas, como las de Chihuahua y el Distrito Federal, incluso superan a la LFTAIPG al establecer garantías aún más amplias para el acceso ciudadanos a la información pública. El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos (en adelante IFAI), así como sus homólogos en las entidades federativas, también son excepcionales al nivel internacional al tener un alto grado de autonomía y especialización en la materia.

¹ Véase "Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información" (Aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 8 de junio de 2010). Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2011/0310/doctos/LeyModeloyGuiadelmpelentacion.pdf>.

Sin embargo, a pesar de estos importantes avances normativos e institucionales, la aplicación e interpretación del derecho a la información en el orden jurídico mexicano muchas veces dejan mucho que desear. Tanto el IFAI como la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante TEPJF) a veces parecen desconocer los principios constitucionales básicos en la materia y permiten acciones de abierta simulación y evasión de parte de los sujetos obligados.

La esperanza es que estos deslices interpretativos ahora sean menos frecuentes a raíz de las reformas al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o la Constitución) que incorporan dentro de la máxima norma del país la obligación del Estado mexicano de garantizar la vigencia de los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales ratificados por México. Sin embargo, también existe el peligro de que la plena incorporación de estos tratados tenga algunos impactos negativos, ya que el marco jurídico mexicano es mucho más robusto que el marco internacional en la materia.

El presente comentario constitucional ofrece un panorama general con respecto al estado de los criterios jurisdiccionales en México en materia de derecho de acceso a la información pública² así como la manera en que estos podrían modificarse a raíz de las reformas al artículo 1o. de la Constitución en materia de derechos humanos. Este comentario inicia con un diagnóstico tanto del marco normativo como de los criterios de interpretación al nivel federal en México. Posteriormente, se revisan tanto los acuerdos internacionales más relevantes³ como los fallos claves de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte") en materia de acceso a la información pública. Finalmente, concluimos con algunas reflexiones sobre las implicaciones que podrían tener la plena incorporación de los instrumentos interamericanos y los criterios de la Corte IDH en el orden jurídico mexicano.

II. El derecho de acceso a la información pública en México

1. Marco normativo

El 20 de julio de 2007, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una histórica reforma al artículo 6o. constitucional que amplía de manera significativa tanto las obligaciones del

² Es importante señalar que nos limitaremos a analizar el tema del acceso a la información pública y no abordaremos el tema más amplio del "derecho a la información" como tal, y mucho menos el tema del derecho de réplica y los otros temas abordados en el artículo 6to constitucional.

³ Los artículos más importantes son tanto el 13 sobre "Libertad de pensamiento y de expresión" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el mismo tema, ambos basados en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Estado Mexicano como los derechos de los ciudadanos en materia de acceso a la información pública. La inclusión de siete nuevos incisos que delinean los principios y las bases para el ejercicio del derecho de acceso a la información en todos los ámbitos y órdenes de gobierno implica una profunda transformación en la manera en que el Estado pueda manejar los documentos y la información en su poder.

Uno de los elementos más importantes de esta reforma es que hoy la Constitución requiere que rija el principio de *máxima publicidad* en la interpretación del derecho de acceso a la información. En otras palabras, la carga de la prueba siempre se encontrará del lado de aquellos funcionarios públicos que quisieran justificar alguna restricción al acceso a la información y nunca del lado de los ciudadanos que solicitan acceso a los documentos gubernamentales. Así mismo, este principio implica que las leyes de transparencia siempre tendrían que interpretarse a favor del gobernado. Los únicos limitantes infranqueables para el acceso ciudadano a la información en poder del gobierno serían los datos sobre la vida privada y los datos personales.

Este nuevo texto constitucional también garantiza la gratuidad del acceso a la información y señala que no será necesario "acreditar interés alguno o justificar su utilización" para poder acceder a la información gubernamental. Estos requisitos son esenciales, porque de lo contrario los sujetos obligados muy rápidamente ponen obstáculos que hacen nugatorio el acceso para la mayor parte de la ciudadanía. Como derecho humano fundamental, el acceso a la información no puede depender de recursos económicos o de algún interés jurídico específico, sino que tiene que ser accesible a todos los ciudadanos en un plano de estricta igualdad.

El inciso cuarto del artículo 6º constitucional también establece garantías procesales claves. Aquí se refiere a la necesidad de establecer mecanismos de acceso y procedimientos de revisión que sean "expeditos" y que se sustancien ante órganos "especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión". Una vez más, se establece un piso básico para asegurar que el derecho de acceso a la información no quede como un simple buen deseo plasmado en la Constitución, sino que el Estado tome acciones específicas para asegurar su cumplimiento. Sin un proceso expedito y un órgano imparcial que pueda revisar las decisiones de los sujetos obligados, rápidamente los sujetos obligados pondrían trabas insuperables al ejercicio efectivo de este derecho.

Los últimos tres incisos del Artículo 6º también fortalecen la tutela práctica del derecho de acceso a la información, aunque su redacción algo abstracta ha dificultado su implementación en la práctica. El inciso quinto habla de la necesidad de contar con "archivos administrativos actualizados" así como publicitar los "indicadores de gestión". El inciso sexto requiere

que los sujetos obligados hagan público "información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales". Y finalmente, el inciso séptimo señala que las leyes correspondientes deberían incluir "sanciones" para aquellos servidores públicos que incumplen con las disposiciones legales en la materia.

Una enorme omisión en materia de acceso a la información pública en México es que hasta la fecha de elaboración de este comentario⁴ a nivel federal el Congreso de la Unión aún no ha reformado la LFTAIPG para que cumpla con todos los principios y bases señaladas en el nuevo texto del artículo 6o. constitucional. La actual LFTAIPG data de 2002 y el segundo transitorio de la reforma al artículo 6o., publicado el 20 de julio de 2007, otorgaba máximo un año para que la realización de todas las "modificaciones necesarias" a las leyes en existencia. Algunas modificaciones claves serían, por ejemplo, refinar las causales de reserva incluidas en la ley para que cumplan con el "principio de máxima publicidad" así como dotarle de mayor autonomía y de poder sancionador directo al IFAI. El 20 de julio de 2012 se cumplirán cuatro años de vencimiento de este mandato constitucional sin el cumplimiento de la acción legislativa correspondiente.

Aún así, desde el punto de vista internacional la LFTAIPG mexicana constituye un sobresaliente ejemplo del nuevo tipo de leyes de acceso a la información pública que se han venido gestado recientemente en el mundo, sobre todo en las democracias emergentes. Junto con Sudáfrica, Corea del Sur, Tailandia y más de 20 países de Europa Oriental, México ha establecido estándares internacionales en materia de acceso a la información. Estas leyes tienden a ser más fuertes y sólidas que los clásicos marcos normativos originados en Suecia, Colombia y los Estados Unidos, e incluso han rebasado las leyes recientemente aprobadas en Alemania, Inglaterra y Suiza que cuentan con sistemas democráticos más antiguos.⁵

En una democracia nueva, el acceso a la información no es simplemente una buena idea que ayude a combatir la corrupción y haga que el gobierno sea más efectivo. El derecho a la información también es concebido como una garantía primordial que permite a la ciudadanía empujar la democracia hasta sus últimas consecuencias. Tras décadas de asfixia y represión en los regímenes autoritarios, los actores sociales se cansan de ser tratados como súbditos pasivos y se encuentran dispuestos a asumir su papel como ciudadanos activos. De ahí que las leyes de acceso a la información pública en estos países suelen ser más fuertes y favorecer mayormente a los intereses ciudadanos.

⁴ 10 de febrero de 2012.

⁵ Véase Ackerman John M. & Sandoval Irma E., *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), 2005. ISBN: 968-5954-21-6.

La LFTAIPG en particular destaca por cuatro características innovadoras. En primer lugar, señala que ninguna de las excepciones para el acceso a la información pública se aplicará "cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad".⁶ Así, supuestamente toda aquella información relacionada con asuntos como las desapariciones forzadas, los magnicidios, la persecución de las minorías étnicas y la censura, debe ser pública aún si se arguyera que ello afectaría "la seguridad nacional" o algún otro interés del Estado incluido en los artículos 13 y 14 de la ley. La mera existencia de una cláusula tan de avanzada representa un gran logro y distingue a México dentro del ámbito internacional, aún cuando en la práctica la interpretación e implementación de la misma ha generado algunos debates y problemas.

Segundo, la LFTAIPG también contiene garantías procedimentales particularmente fuertes. Cada dependencia del Poder Ejecutivo debe establecer una unidad de enlace que atienda las solicitudes de información y responda a las mismas en un plazo máximo de 20 días hábiles. Si la unidad no responde dentro de este plazo, automáticamente la solicitud se asume como aceptada y la dependencia debe proporcionar la información respectiva en un plazo de 10 días hábiles. Esto es conocido como *afirmativa ficta* y su existencia resulta crucial, pues presiona de forma considerable a las dependencias gubernamentales para que respondan en forma expedita a las solicitudes de la ciudadanía. Al respecto, sólo las leyes de acceso en Colombia y en Austria contienen garantías procedimentales similares.⁷

Las investigaciones sobre el tema han mostrado que las "negativas mudas" son una forma de evasión muy generalizada a nivel internacional, lo cual mina seriamente la efectividad de las LAI.⁸ Pero México es una excepción. Sus salvaguardas procedimentales hacen que la responsabilidad por entregar la información recaiga sobre la dependencia gubernamental en caso de que ésta no responda. Así, un estudio del *Instituto para la Sociedad Abierta* (OSI, por sus siglas en inglés) sitúa a México en primer lugar a nivel mundial en lo relativo a respuestas escritas explícitas a solicitudes de información.⁹

Tercero, el IFAI destaca en el escenario mundial por ser un órgano garante particularmente poderoso. El IFAI funciona simultáneamente como un tribunal administrativo, encargado de

⁶ Artículo 14 LFTAIG.

⁷ Véase Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información en el mundo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2006.

⁸ *Transparency & Silence: A Survey of Access to Information Laws and Practices in 14 Countries*, New York, Open Society Institute Justice Initiative, 2006, p. 38. Disponible en: <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/transparency_20060928.pdf> (6 de julio de 2013)

⁹ *Ibidem*, pag. 43.

revisar las respuestas negativas emitidas por las dependencias federales, y como un *ombudsman*, responsable de fortalecer la "cultura de la transparencia" tanto en el Estado como en la sociedad. Aunque forma parte del Poder Ejecutivo Federal, cuenta con una autonomía financiera y operativa considerable, y está encabezado por cinco consejeros que ocupan sus cargos por períodos de siete años y cuya designación debe ser aprobada por el Senado. En el mundo, sólo unos cuantos países (como Irlanda, Sudáfrica, Serbia y Eslovenia, por ejemplo)¹⁰ cuentan con un organismo independiente tan poderoso encargado de supervisar las disposiciones en materia de acceso a la información.

Cuatro, y particularmente relevante para el estudio actual, es el hecho que la LFTAIPG incluye la obligación explícita de aplicar tanto los tratados internacionales como los criterios de los tribunales internacionales en la interpretación de la ley. El artículo 6o. de la LFTAIPG señala que:

...el derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados.

Así mismo, señala que "se deberá favorecer el principio de máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados".

Sin embargo, la LFTAIPG mexicana también muestra ciertas debilidades al examinarla desde una perspectiva internacional. Por ejemplo, el IFAI no cuenta con competencia sobre dependencias más allá del Poder Ejecutivo Federal. Si bien la LFTAIPG sí aplica para todos los poderes federales y organismos autónomos, los otros poderes y organismos manejan en forma independiente los recursos de revisión. Desafortunadamente, ninguno de los otros poderes o organismos han creado un órgano garante con un nivel de independencia equivalente al IFAI.¹¹

¹⁰ Ver: Ackerman, John y Sandoval, Irma, "The Global Explosion of Freedom of Information Laws," *Administrative Law Review*, Washington, Vol. 58, No. 1, marzo 2006, pp. 85-130: 105.

¹¹ *Estudio en materia de transparencia de otros sujetos obligados por la LFTAIPG*, CIDE-IFAI, 2007. Disponible en: <<http://inicio.ifai.org.mx/Estudios/EstudioenMateriaDeTransparencia.pdf>> (6 de julio de 2013)

México tampoco se encuentra a la vanguardia en materia de acceso a la información financiera. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es una de las dependencias que más frecuentemente niegan acceso a información gubernamental.¹² Una de las áreas claves de opacidad es la información sobre los fideicomisos, dependencias fuera del presupuesto en las que se entremezclan dineros gubernamentales y privados.¹³ La opacidad en esta área se basa en una reserva especial prevista en la ley mexicana por la cual el gobierno queda prohibido para compartir información que podría "dañar la estabilidad económica o financiera". Esta reserva abre un campo muy amplio para la evasión a la ley de acceso.

2. Jurisprudencias y criterios de interpretación

La SCJN y el TEPJF han tenido posicionamientos ambivalentes con respecto a los alcances y los límites del derecho de acceso a la información en el orden jurídico mexicano así como del peso de los principales tratados internacionales en la materia. Si bien en general han defendido el interés ciudadano en contra de los esfuerzos gubernamentales por evitar el flujo de información pública, también han tenido omisiones importantes.

a. Acceso ciudadano privilegiado para información ambiental

Al resolver el Amparo en Revisión 628/2008¹⁴ la SCJN desarrolló un importante criterio con respecto a la existencia de un derecho especial ciudadano de acceso a la información ambiental. Señala la corte que "en nuestro sistema jurídico, el medio ambiente es un tema de interés público y colectivo, respecto del cual se ha reconocido un derecho transindividual del que son titulares todos los integrantes de la sociedad, de ahí que la información que acerca del mismo posea el Estado sea información que, por ello, es información pública...".¹⁵

En el caso en particular, tanto la PROFEPA como el IFAI habían negado acceso a la información sobre algunas auditorías ambientales realizadas por la PROFEPA a una empresa. Valiaban los argumentos de la empresa que indicaban que la información solicitada contenía información que "se refiere a procesos de producción de la empresa, que en caso de ser

¹² Ver: Flores, Ulises, *El derecho de la información o Las nuevas reglas para la secrecía: el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública*, Tesis en Gobierno y Asuntos Públicos, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2006.

¹³ Sandoval, Irma E., *Rendición de Cuentas y Fideicomisos: el Reto de la Opacidad Financiera*, México, Auditoría Superior de la Federación, Serie Cultura de la Rendición de Cuentas No. 10, ISBN 978-968-5500-11-1, 95. Octubre 2007.

¹⁴ Amparo en Revisión 628/2008. Sentencia definitiva del 19 de agosto de 2009. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/detallepub.aspx?asuntoid=101354>> (6 de julio de 2013)

¹⁵ *Ibidem*, pag. 84-85.

difundida podría representar una desventaja respecto de sus competidores, ya que la misma podría ser utilizada en beneficio de terceros".¹⁶ Sin embargo, la SCJN cuestiona estos argumentos y sostiene que la información solicitada puede dividirse en dos diferentes clases 1) información medioambiental e 2) información de los procesos industriales y administrativos que sigue la persona auditada.

Con respecto a la información medioambiental decide la SCJN que no obstante que la información solicitada proviene de un particular se posibilita su acceso público "en función de que obra en archivos públicos y en función de sus contenidos medioambientales".¹⁷ Esto es el caso aún para la información que no haya sido generado directamente por el Estado. Señala la corte que se contempla la existencia de "versiones públicas" de la información que se solicite, mismas que permiten atender tanto la protección de la información que no es pública, como hacer efectivo el derecho de acceder a la información que sí lo es.

Sin embargo, la SCJN también decide proteger la información sobre los procesos industriales y administrativos de la empresa auditada. Aquí señala la SCJN que se trata de información que, guardadas todas las proporciones, es para la persona moral (en este caso de giro industrial), lo que el dato personal es para la persona física. De acuerdo con la SCJN "datos personales", al menos en los términos en que la Ley de Transparencia lo define, no puede hacerse extensivo para el caso de las personas morales. Sin embargo, "eso de ninguna manera obsta para que se entienda que las personas morales, como las personas físicas, tienen un cúmulo de información acerca de ellas mismas que, por regla general y salvo excepción, sólo ellas tienen derecho a decidir si la hacen o no pública (autodeterminación informativa)".¹⁸

En sus alegatos, el solicitante de la información había recurrido al Principio 10 de la *Declaración de Río sobre el Desarrollo y el Medio Ambiente* que señala que: "Toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas".¹⁹ Sin embargo, la SCJN no hace ninguna referencia explícita a este o algún otro

¹⁶ *Ibidem.*, pag 8.

¹⁷ *Ibidem.*, 84.

¹⁸ *Ibidem.*, pág. 107.

¹⁹ Principio 10: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes." Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

instrumento internacional en su fallo ya que estima que "resulta innecesario" porque ya se encontraría dentro del propio orden jurídico nacional la "tutela constitucional del derecho a la información medioambiental".

Posteriormente, al resolver el Amparo en Revisión 1922/2009²⁰ la SCJN consolida este criterio con respecto al derecho de acceso a la información ambiental. En esta sentencia la SCJN de nuevo decidió parcialmente a favor del quejoso en contra de una resolución del IFAI que avalaba la negativa de la PROFEPA de dar información a una persona física sobre una auditoría ambiental practicada voluntariamente a una empresa, en este caso dedicada a la explotación minera.

Si bien la SCJN resuelve que el IFAI, y por lo tanto también la SEMARNAT, tenían razón en reservar algunos datos comerciales de las empresas auditadas en materia ambiental, la SCJN reitera que existe de "un derecho fundamental a la información medioambiental";²¹ ya que para "prevenir efectos negativos sobre el medio ambiente, que dañen a los individuos y a la colectividad, precisa de la obtención de información oportuna".²² Por ello, la SCJN se pronuncia por la inconstitucionalidad de las resoluciones que negaron en su totalidad la información en medio ambiental solicitada por el ciudadano. Específicamente, considera la SCJN que el IFAI se inclinó por defender "en forma indiscriminada la privacidad empresarial, sin consideración alguna a la efectiva realización del derecho legal, internacional y constitucional a la información medioambiental, pasando totalmente inadvertida la dualidad de contenidos de las auditorías ambientales (datos públicos y confidenciales)".²³

En suma, al igual que el caso anterior, la SCJN resuelve estimando que la documentación generada por una auditoría ambiental contiene tanto información medioambiental, que debería ser puesta a la disposición del público, como información privada sobre el funcionamiento y bienes materiales de la empresa en cuestión, que puede ser declarada confidencial por la autoridad. Así mismo, los ministros de nuevo consideran que el concepto "datos personales" no puede extenderse a las personas morales. Sin embargo, las personas morales sí tienen un cúmulo de información confidencial que sólo ellas tienen derecho a decidir si la hacen pública o no.

²⁰ Amparo en Revisión 1922/2009. Sentencia definitiva 30 de junio de 2010, México. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110821>> (6 de julio de 2013).

²¹ *Ibidem*, pag. 43.

²² *Ibidem*, pag. 45.

²³ *Ibidem*, pag. 49.

En su argumentación de este caso, la SCJN también desarrolla un criterio adicional muy importante con respecto a la vigencia de los tratados internacionales específicamente en materia de acceso a la información pública. El Pleno sostiene que a pesar de lo señalado en el artículo 6o. de la LFTAIPG con respecto a la obligación de interpretar el derecho de acceso a la información conforme a los principales tratados internacionales y los criterios de los órganos garantes en la materia, esto solamente se debe cumplir cuando "resulte necesario e imprescindible justificar, mediante su contenido normativo, los actos de autoridad que aquéllos emitan en el ejercicio de sus funciones".²⁴ Es decir que si bien los tratados internacionales pueden servir de apoyo para justificar actos de autoridad, esto no quiere decir que "siempre y en todos los casos la ausencia de invocación y aplicación de los tratados internacionales sobre la materia respectiva, produzca una violación a las garantías de exacta aplicación de la ley, así como de fundamentación y motivación".²⁵

Desde este punto de vista, los tratados internacionales serían solamente herramientas para rellenar algún vacío u omisión en la ley, pero no contarían por sí mismos con suficiente fuerza para ser siempre tomados en cuenta y mucho menos para entrar en conflicto con o poner en duda la aplicación de alguna disposición explícita de la normativa nacional. En el caso concreto, el quejoso dolía de la aplicación mecánica tanto del artículo 14, fracción II de la LFTAIPG como del artículo 82 de la Ley de Propiedad Industrial, las cuales impiden la difusión de los secretos comerciales e industriales. El quejoso exigía que el IFAI cumpliera con el requerimiento de una interpretación conforme indicada en el artículo 6 de la LFTAIPG para justificar la negativa de dar acceso a la información solicitada. En este contexto, las reformas al artículo primero de la CPEUM complican este tipo de estrategias evasivas de las disposiciones internacionales, ya que ahora la obligatoriedad de tomar en cuenta los tratados internacionales se encuentra plasmada directamente en la Constitución y no solamente en la ley secundaria.

b. Acceso público a datos de personas morales privadas

Existe otro conjunto de casos claves que no tienen relación con el medio ambiente, pero dónde la SCJN también avala el acceso ciudadano a datos de particulares en posesión del gobierno. En primer lugar, se encuentra el Amparo en Revisión 191/2008.²⁶ En este caso una persona moral argumenta que hay cierta información de ella que tiene el carácter de

²⁴ *Ibidem*, pag. 19.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Amparo en Revisión 191/2008. Sentencia definitiva 7 de mayo de 2008. México Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=98635>> (6 de julio de 2013)

"datos personales" y que debería ser considerada confidencial. La quejosa señala que la información solicitada podría causarle un daño patrimonial sustancial e irreversible si fuera difundida públicamente. Así mismo, sostiene que el Artículo 3 de la LFTAIPG viola la garantía de igualdad (Artículo 1o. constitucional) ya que se priva de un beneficio a las personas morales en comparación con las físicas, quienes sí tienen derecho a la confidencialidad de su domicilio y patrimonio.

Sin embargo, en su sentencia la SCJN de nuevo señala claramente que los "datos personales" solamente le corresponden a las personas físicas y no a las personas morales. Esto porque corresponden al "derecho personalísimo a la intimidad" que de ninguna manera se puede aplicar a las personas morales ya que esto solamente se actualiza para las personas humanas.²⁷ Aquí la SCJN hace énfasis al texto del artículo 6o. constitucional que se refiere específicamente a la vida privada y los datos personales de los gobernados. No obstante lo anterior reconoce la SCJN que si bien la protección de datos personales no está referida a las personas morales, colectivas o jurídicas privadas; éstas gozan de algunas protecciones (como la información reservada referente a secretos comerciales, industriales o fiscales; la comercial reservada; la referente a expedientes judiciales, etc.)

Otro caso relevante es el Amparo en Revisión 1048/2005.²⁸ En este caso, una persona moral alega la inconstitucionalidad de la ley de transparencia ya que el legislador federal permite que las autoridades federales puedan proporcionar a cualquier persona que lo solicite información o documentación que sea propiedad de los particulares, lo que ocasionaría inseguridad jurídica. Estima la quejosa que se permiten a las autoridades federales realizar actos de molestia sin que se dé cumplimiento a lo previsto por los artículos 14 y 16 constitucionales. Al respecto la SCJN estimó que las normas reclamadas sí establecen los mecanismos necesarios para no trastocar las garantías de legalidad y seguridad jurídica, puesto que se establece en la ley la posibilidad de que se les requiera a los particulares titulares de la información solicitada, su consentimiento para proporcionar determinada documentación e incluso pueden negarse a ello.

El tema central del caso es con respecto a la publicidad de los "convenios de interconexión" entre empresas de telecomunicaciones y la SCJN resuelve que sí serían de acceso público.

²⁷ Al respecto cita la tesis de jurisprudencia "DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS, que en su parte final señala "por lo que respecta a la protección de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados."

²⁸ Amparo en Revisión 1048/2005. Sentencia 9 de noviembre de 2005. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=75143>> (6 de julio de 2013).

Esto porque en su celebración participan las autoridades administrativas, específicamente la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Es decir, además de ser un acuerdo de voluntades entre particulares también interviene directamente la autoridad administrativa ya que "son documentos que por sus propias características se encuentran depositados en un registro de telecomunicaciones, que de acuerdo con la Ley Federal de Telecomunicaciones es de carácter público y puede ser consultado por cualquier persona".²⁹

Ante el agravio de que supuestamente se vulneraba la garantía de audiencia, la SCJN recuerda que se le permite al titular de la información ejercer su facultad de calificar de determinada forma la documentación que obra en poder de la autoridad (facultad que en el caso la quejosa no ejerció). En el momento en que el titular de la información ejerce esa posibilidad que le otorga la ley, es ahí en la que se cumple el ejercicio de la garantía de audiencia.

Sobre el tema del derecho de audiencia, la SCJN ha emitido una tesis aislada: TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. TANTO LA LEY FEDERAL RELATIVA COMO SU REGLAMENTO, RESPETAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DE LOS TERCEROS INTERESADOS.³⁰ Esta tesis surge a raíz de resolver el Amparo en Revisión 75/2005.³¹ En este caso, BBVA Bancomer promovió un amparo contra la LFTAIPG en virtud de que el IFAI había ordenado a la CNBV a entregar información al particular, Federico Acosta, consistente en copia de diversas actuaciones de un juicio ordinario mercantil (Banco Bilbao Vizcaya vs. Federico Acosta) que estaba en poder de la CNBV donde el mismo quejoso era parte en el juicio.

BBVA Bancomer reclamó, en primer lugar, que la LFTAIPG es inconstitucional porque no ordena darle vista a las terceras personas involucradas directamente con la información y/o

²⁹ Emite voto concurrente el MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ, quien estimó que en caso se debió dar énfasis al análisis de los alcances y, en su caso, límites del derecho de los particulares para exigir, con base en la Ley de Transparencia, que se les dé acceso a la información de otros particulares cuando ésta obre en poder de alguna autoridad; manifestó que era menester analizar en qué casos podría negarse el acceso a la información por tratarse de uno de los límites al derecho a la información plasmado en el artículo 6o. de la Constitución (intereses nacionales y de la sociedad, como por los derechos de terceros). A su juicio era necesario abordar el análisis de los preceptos legales impugnados con independencia de lo establecido en la Ley Federal de Telecomunicaciones, pues "la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinadas disposiciones legales –específicamente, de la Ley Federal de Transparencia–, no puede hacerse depender de lo que establezcan otras disposiciones legales de igual jerarquía, sino de su adecuación o no al texto constitucional". VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN EL AMPARO EN REVISIÓN 1048/2005, *supra* nota 20. pág. 64.

³⁰ Tesis Aislada 1a. XXXVI/2006, TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. TANTO LA LEY FEDERAL RELATIVA COMO SU REGLAMENTO, RESPETAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DE LOS TERCEROS INTERESADOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, México, febrero de 2006, p. 651. Registro IUS 175 730.

³¹ Amparo en Revisión 75/2005. Sentencia definitiva 25 de febrero de 2005. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=71462>> (6 de julio de 2013)

documentación solicitada a la autoridad gubernamental (sea persona física o moral), violando el principio constitucional de garantía de audiencia. También argumentó que la resolución del IFAI viola el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito³² que señala que solo la autoridad judicial es autorizada para dar información o documentación sobre operaciones y actos judiciales.

Sostiene la SCJN que ante la figura del secreto bancario, si bien solo la autoridad judicial puede ser la excepción al requerir información de este tipo, la información protegida por esta prevención se refiere a los servicios y las operaciones en particular donde pudieran resultar afectados objetivamente derechos de terceros. Pero en este caso el "secreto bancario no se vulnera cuando... quien está solicitando... es el propio interesado".³³

Así mismo, la quejosa aduce violación a su garantía de audiencia, en tanto que no se le dio oportunidad para conocer la resolución del IFAI y no tuvo oportunidad de recurrirla mediante un procedimiento en el que pudiera ofrecer pruebas y alegatos. Aquí la SCJN estimó que la garantía de audiencia (artículo 14 constitucional) no debe ser entendida en el sentido de que sea "necesario que la ley pormenore un procedimiento detallado para ejercer el derecho correlativo",³⁴ sino que solamente debe contener los elementos mínimos para hacer valer el derecho del gobernado y para que la autoridad no incurra en arbitrariedades.

c. Reservas en normas secundarias diferentes a la LFTAIPG

En la resolución del Amparo en Revisión 50/2008³⁵ la SCJN tomó una decisión sumamente relevante con respecto a las reservas en materia de transparencia que existan en leyes diversas a la LFTAIPG. Específicamente, este caso versa sobre lo que era el artículo 121 de la Ley de Vías Generales de Comunicación (LVGC) que, de acuerdo con el juez de amparo, restringía "el acceso a la información a través de la figura de la 'información reservada', y clasifica como

³² Artículo 117.- La información y documentación relativa a las operaciones y servicios a que se refiere el artículo 46 de la presente Ley, tendrá carácter confidencial, por lo que las instituciones de crédito, en protección del derecho a la privacidad de sus clientes y usuarios que en este artículo se establece, en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, operaciones o servicios, incluyendo los previstos en la fracción XV del citado artículo 46, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario, fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio. (...)

³³ Amparo en Revisión 75/2005..., *supra* nota 31, pág. 22.

³⁴ *Ibidem*, pág. 54.

³⁵ Amparo en Revisión 50/2008. Sentencia definitiva 12 de marzo de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=97059>> (6 de julio de 2013)

confidencial la información que deriva de las inspecciones que realice el personal de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes".³⁶ Este artículo se utilizó para negar acceso de un particular a copias de los informes emitidos por la Dirección General de Aeronáutica Civil de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, acerca de las fallas e irregularidades encontradas en las aeronaves de una empresa. Alegaba la quejosa que los limitantes y restricciones deben estar previstas en el ordenamiento reglamentario de dicha prerrogativa, la LFTAIPG, y no en alguna otra diversa que no tiene relación con el tema.

La SCJN encuentra que las reservas incluidas en leyes secundarias diferentes a la LFTAIPG son válidas y que el artículo 14, inciso I de la LFTAIPG, que permite que otras leyes establezcan causales de reserva de manera unilateral,³⁷ no es anti-constitucional. La SCJN reconoce que la LFTAIPG es reglamentaria del artículo 6o. de la Constitución. Sin embargo, señala que tal circunstancia "no significa que en ese cuerpo normativo deban constar todas y cada una de las limitantes en las diversas materias susceptibles de generar información pública";³⁸ así que "es adecuado que las diversas leyes que regulen cada materia en forma específica sean las que establezcan las restricciones correspondientes".³⁹ Por lo tanto, de acuerdo con la SCJN las reservas de la LVGC no violan el principio de supremacía constitucional plasmada en el artículo 133 de la Constitución.

Así mismo, la SCJN resuelve que el derecho a la información "no es absoluto" y que "no puede ser garantizado indiscriminadamente". La finalidad de las limitantes de acceder a cierta información es "evitar que el derecho [a la información] entre en conflicto con otro tipo de derechos".⁴⁰ Considera la SCJN que el artículo 14, fracción I, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, al establecer límites al acceso a la información pública proveniente de las entidades gubernamentales, no es tampoco violatorio de la garantía de acceso a la información prevista en el artículo 6o. constitucional. Esto porque atiende precisamente a las restricciones que deben existir en las diversas materias vinculadas con la información en sus tres diversas vertientes, de informar, ser informado y allegarse de información.

³⁶ *Ibidem*, pág. 12.

³⁷ LFTAIPG Artículo 14. "También se considerara como información reservada: I. La que por disposición expresa de una ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial;"

³⁸ Amparo en revisión 50/2008. ..., *supra* nota 35, pág. 36.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Amparo en revisión 50/2008. ..., *supra* nota 35, pág. 19.

Sin embargo, la SCJN también reconoce que los límites al acceso a la información pública deben tener "una justificación racional, en función del bien jurídico que tienda a protegerse",⁴¹ y que "la restricción legislativa correspondiente debe ser adecuada para alcanzar el fin perseguido y ser necesaria para ese objetivo".⁴² Específicamente, menciona que las referidas limitantes al acceso a la información pública se pueden agrupar en tres tipos: "limitaciones en razón del interés nacional e internacional, limitaciones por intereses sociales, y limitaciones para protección de la persona".⁴³ En el caso específico, la SCJN justifica que la ley de vías de comunicación contenga la restricción que se impugna en tanto que a la luz del 28 constitucional los "elementos" relacionados con las vías generales de comunicación son cuestiones que atañen a la seguridad nacional.

Este caso es particularmente importante desde el punto de vista del presente estudio ya que con la incorporación de los tratados internacionales en el artículo 1o. de la Constitución se reconfigura lo que implica la "supremacía constitucional" en materia de acceso a la información pública. Específicamente, ahora la obligación de tomar en cuenta los tratados internacionales no será solamente del IFAI a la hora de emitir sus resoluciones, de acuerdo con el artículo 6o. de la LFTAIPG, sino también de la SCJN a la hora de evaluar la pertinencia de las reservas adicionales que podrían existir en otras leyes secundarias y la clasificación de la publicidad o privacidad de documentos específicos. En el contexto anterior, la SCJN ocupaba un espacio más "libre" que el IFAI para esgrimir justificatorios de la opacidad, situación que cambia ahora con la reforma en materia de derechos humanos.

d. Acceso a información entre poderes en materia de procuración e impartición de justicia

Uno de los casos recientes más importantes en materia de transparencia que ha tenido que resolver la SCJN fue la Acción de inconstitucionalidad 49/2009⁴⁴ dónde la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante CNDH) presenta una acción en contra del Congreso de la Unión y el Presidente de la República impugnando la fracción V, del artículo 5o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que establece que corresponde a la PGR: "proporcionar información a la Comisión Nacional de Derechos Humanos cuando la solicite en ejercicio de sus funciones, *siempre que no ponga en riesgo investigaciones en curso*

⁴¹ *Ibidem*, pág. 36.

⁴² *Idem*.

⁴³ Amparo en revisión 50/2008..., *supra* nota 35, pág. 29.

⁴⁴ Acción de inconstitucionalidad 49/2009. Sentencia del 9 de marzo de 2010. México. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110587>> (6 de julio de 2013).

o la seguridad de personas" (énfasis agregado). La CNDH alegaba que esta disposición implica una limitación a sus atribuciones ya que autoriza a la PGR retener casi cualquier información de manera discrecional y unilateral con el argumento que podría poner en riesgo investigaciones o la seguridad de personas, sin que existiera una revisión externa de estas decisiones.

La CNDH argumentaba que esta limitación se traduce en un impedimento institucional para cumplir con su mandato constitucional de proteger los derechos humanos. También sostenía que en consecuencia se traduciría en una afectación a los mismos ciudadanos por verse mermada el funcionamiento de la principal institución del Estado mexicano dotada con la responsabilidad de tutelar sus derechos.

La mayoría de los ministros estuvieron de acuerdo en que el tema involucraba un asunto esencial con respeto al alcance de la competencia de la CNDH. Señalaban que es estéril un derecho reconocido sin eficacia y que, por ello, la Constitución usa la categoría "garantías" para dotarlas de herramientas posibles, como la misma CNDH, para su protección. Por lo tanto, estuvieron a favor de la procedencia de la Controversia.

Sin embargo, la mayoría de los ministros al final de cuentas votaron a favor de la validez del artículo impugnado de la Ley Orgánica de la PGR y en contra de los argumentos del *ombudsman* nacional. En el fondo, la SCJN resuelve que es más importante defender la competencia y las funciones de la PGR que aquellas de la CNDH. Por ejemplo, en la sesión pública, el Ministro Franco Salas defiende la constitucionalidad de la Ley Orgánica de la PGR afirmando que "el precepto que estamos analizando concretamente protege de manera razonablemente aceptable la competencia y las funciones que tiene encargada la Procuraduría que finalmente, tiene como propósito proteger intereses superiores de quienes pueden estar involucrados en esos procedimientos...".⁴⁵

El problema con esta argumentación es que no queda claro como una libre investigación de parte de la CNDH implicaría una intromisión indebida o un obstáculo para las labores de la PGR. La función de la CNDH no es dañar a las otras instituciones del Estado sino solamente exigir cuentas con miras a mejorar, no empeorar, su desempeño. Es decir, en principio no existiría siquiera un conflicto entre competencias y funciones para resolver.

⁴⁵ SCJN, Sesión del Pleno del día 9 de marzo de 2010. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/mar5.pdf> (Consultado 5 de julio de 2013).

La SCJN también sostiene que habría que proteger la confidencialidad de los particulares que podrían estar sujetos a proceso penal. La SCJN sostiene que la información no sería segura en manos de la CNDH ya que de acuerdo a su propia ley los documentos en su poder serían de acceso público. Sin embargo, este argumento desconoce el hecho que la CNDH siempre podrá clasificar la información que reciba y decidir si la pone a disposición o no de los particulares. Los ministros de la minoría, por ejemplo, argumentaron que el principio de secrecía no es absoluto por lo que alegar la reserva de información de forma absoluta implicaría llegar al absurdo de que ningún órgano del Estado puede ver una averiguación previa, incluyendo los órganos jurisdiccionales.

Este caso se relaciona con una resolución previa, tomada en mayo de 2008 en que la SCJN niega el acceso pleno a la información sobre el funcionamiento del sistema de carrera judicial a la Auditoría Superior de la Federación (ASF).⁴⁶ En 2007, la ASF solicitó al Consejo de la Judicatura Federal (CJF) toda la información existente sobre la evaluación, promoción y calificación de los jueces y magistrados federales.⁴⁷ Esta solicitud se basaba en la facultad legal de la ASF de "requerir a las entidades fiscalizadas...la información y documentación que sea necesaria para realizar la función de fiscalización".⁴⁸

El CJF se niega a entregar la información a la ASF y posteriormente, la SCJN atrae el caso y avala que el Consejo no debe proporcionar todos los documentos solicitados, sino únicamente aquellos que a juicio del propio CJF estén vinculados con su gestión financiera. Afirman los ministros que este órgano técnico de la Cámara de Diputados no cuenta con facultades plenas para solicitar información a los órganos del Poder Judicial. De acuerdo con la SCJN, el Poder Legislativo únicamente tiene derecho de acceder a información que a juicio de los mismos jueces sea "pertinente" y "razonable". La Corte sostiene que de permitir a la ASF acceso libre a todos los documentos en su poder, el auditor se convertiría en una especie de superpoder, ya que podría "interferir" y "entrometerse" en las funciones propias del Poder Judicial.

⁴⁶ Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al veintiuno de abril de dos mil ocho, que recayó a la Solicitud de ejercicio de la facultad prevista en la fracción IX del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación número 3/2007. Solicitante: Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en su carácter de presidente del Consejo de la Judicatura Federal, en relación con el oficio número AED/DGADGF/398/07, de la Auditoría Superior de la Federación. Véase también versión taquigráfica de: SCJN, Sesión del Pleno, martes 15 de abril de 2008. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/2008abr7.pdf> (6 de julio de 2013).

⁴⁷ Auditoría Superior de la Federación. Oficio número AED/DGADGF/398/07.

⁴⁸ Ley Federal de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, Artículo 77.

En su sentencia, los ministros de la SCJN se erigen en defensores de la "autonomía judicial" en contra de los intentos de intromisión de la ASF. En palabras del ministro Gudiño Pelayo durante la sesión pública, "consentir que la Auditoría pueda supervisar, fiscalizar y emitir recomendaciones sobre políticas, procedimientos, métodos y parámetros aplicados para la selección de jueces y magistrados significaría también la vulneración de la garantía orgánica de independencia de la Judicatura".⁴⁹

Pero existe otra lectura de los hechos. Visto desde el punto de vista de la ASF y el interés público de garantizar la rendición de cuentas de los órganos del estado, en realidad no es el auditor quien se entromete en la funciones del Poder Judicial al solicitar información. Al contrario, es la SCJN quien se inmiscuye en las facultades del Poder Legislativo en materia de fiscalización al querer determinar qué información se encuentra o no relacionada con la revisión de la gestión financiera del CJF.

Estas dos resoluciones, que avalan límites al flujo de información en materia de procuración e impartición de justicia a órganos externos de control bajo el argumento que esto permitiría una intromisión o incluso una "subordinación" indebida, hablan de la permanencia de una lógica de opacidad y "razón de estado" en la materia. Como representantes del interés ciudadano de conocer la forma en que funcionan las instituciones y exigir cuentas, tanto la CNDH como la ASF tendrían que contar con acceso pleno a la información necesaria para que puedan cumplir con su mandato constitucional. Sin embargo, en estos casos la SCJN cierra se niega a cumplir con el principio de máxima publicidad.

e. Transparencia y democracia

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación también ha tenido que resolver casos muy importantes en materia de transparencia a la luz de los criterios de los tribunales internacionales. Un caso particularmente relevante en la materia es el SUP-JDC-216/2004⁵⁰ dónde el TEPJF abrió la procedencia de la JDC para incluir solicitudes de acceso a la información. Al resolver este juicio, se forjó la tesis S3EL 039/2005, con el rubro: DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIA ELECTORAL. EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS IMPUGNACIONES A SU

⁴⁹ SCJN, Sesión del Pleno. . . , *supra* nota 46, pag. 15.

⁵⁰ TEPJF. SUP-JDC-216/2004. 10 de septiembre de 2004. México. Disponible: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2004/JDC/SUP-JDC-00216-2004.htm>> (6 de julio de 2013).

CONTRAVENCIÓN, POR LA VÍA DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO.⁵¹

Otro caso clave es el SUP-JDC-512/2008⁵² dónde con base en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) el cual dispone que es derecho de las personas contar con un recurso "sencillo, rápido y eficaz";⁵³ los magistrados resuelven que los partidos políticos tienen la obligación de permitir a sus militantes pleno acceso a la información con el fin de garantizar su derecho de audiencia y acceso a la justicia. De acuerdo con el TEPJF, la brevedad de los plazos procesales en materia electoral pueden afectar el ejercicio del derecho a la información por no permitir con suficiente oportunidad acceder a documentos necesarios para fundamentar sus agravios.

El TEPJF entonces señala que el derecho a la información encarna "la condición de posibilidad" del derecho a la defensa en juicio. Así que cuando los términos procesales son demasiados cortos, en este caso fueron de apenas 24 horas, para presentar alguna impugnación, lo que hacen nula la posibilidad de defenderse oportuna y justamente. En general, los magistrados sostienen que los plazos y términos que se establezcan deben ser razonables para el ejercicio de los derechos de acción y defensa.

Relacionado con lo anterior, habría que mencionar el Ejercicio de la facultad de atracción 43/2006⁵⁴ donde la SCJN explícitamente señala la importancia de la tutela del derecho a la información, aún antes de las reformas al artículo 6o. constitucional en la materia. Lo relevante de este caso radica en que la SCJN reconoce de fundamental relevancia y trascendencia el tema del derecho fundamental a la información, ya que, si bien en principio un amparo no es procedente en materia electoral, la SCJN estimó en este caso que debe entrarse al análisis de fondo para delimitar hasta qué punto la norma impugnada es de carácter estrictamente electoral y hasta qué punto vulnera el derecho fundamental a la información. Sin embargo,

⁵¹ TEPJF. Tesis S3EL 039/2005. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIA ELECTORAL. EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS IMPUGNACIONES A SU CONTRAVENCIÓN, POR LA VÍA DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. 10 de septiembre de 2004. México. Disponible: <<http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/TESIS-TRANSPARENCIA.pdf>> (6 de julio de 2013).

⁵² TEPJF, SUP-JDC-512/2008, 23 de julio de 2008, México. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2008/JDC/SUP-JDC-00512-2008.htm>> (6 de julio de 2013).

⁵³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Artículo 25. Protección Judicial:

¹. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

⁵⁴ Ejercicio de la facultad de atracción 43/2006, Sentencia de 3 de septiembre de 2013, México, Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=87390>> (6 de julio de 2013)

a la hora de resolver el caso la SCJN terminó por desecharlo por tratarse de temas electorales y se emitió la tesis relevante P. LXI/2008,⁵⁵ BOLETAS ELECTORALES. LA NORMA GENERAL QUE ORDENA SU DESTRUCCIÓN UNA VEZ CONCLUIDO EL PROCESO RELATIVO, ES DE NATURALEZA MATERIALMENTE ELECTORAL.⁵⁶

Cuando el TEPJF tuvo que resolver el caso del acceso a las boletas electorales de las elecciones presidenciales de 2006 (SUP-JDC-10/2007 y SUP-JDC-88/2007 Acumulados)⁵⁷ se evidenció como los tratados internacionales pueden ser utilizadas no solamente para expandir la tutela de los derechos humanos sino también para limitarla. En su sentencia, el TEPJF primero recurre a los principales tratados internacionales en la materia para demostrar que existe un contexto de fuerte exigencia internacional para garantizar el derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, a la hora de recurrir a los criterios jurídicos específicos esgrimidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los magistrados únicamente retoman algunos casos aislados y los interpretan de manera sesgada con tal de extraer argumentos para negar el acceso en lugar de justificar la publicidad de la información solicitada.

Por ejemplo, los casos *Palamara Iribarne*,⁵⁸ *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*⁵⁹ y *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*⁶⁰ destacan como ejemplos en que la Corte IDH ha defendido con mucha solidez el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, en lugar de enfatizar estos elementos de avanzado, el TEPJF solamente cita aquellas partes de las sentencias donde la Corte IDH diserta sobre las limitaciones al derecho a la información. Por ejemplo, el Tribunal Electoral señala que, a raíz de los casos de Iribarne y Herrera Ulloa, la Corte IDH permite limitantes al derecho humano a la información cuando la restricción es "proporcionada al interés que la

⁵⁵ Tesis P. LXI/2008, BOLETAS ELECTORALES. LA NORMA GENERAL QUE ORDENA SU DESTRUCCIÓN UNA VEZ CONCLUIDO EL PROCESO RELATIVO, ES DE NATURALEZA MATERIALMENTE ELECTORAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, pág. 6, Registro IUS 168 988.

⁵⁶ Para un análisis completo sobre este fallo así como en general sobre la improcedencia del amparo en materia electoral ver, Ackerman, John M., "Elecciones, amparo y garantías individuales", en Ferrer-MacGregor, Eduardo y González Oropeza, Manuel (Coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, t. I, pp. 1-29.

⁵⁷ TEPJF. SUP-JDC-10/2007 y SUP-JDC-88/2007 Acumulados. Sentencia de 25 de abril de 2007. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2007/JDC/SUP-JDC-00010-2007.htm>> (6 de julio de 2013).

⁵⁸ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

⁵⁹ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

⁶⁰ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

justifica y [se ajusta] estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión".⁶¹

Con respecto al *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, el TEPJF saca totalmente de su contexto la afirmación de la Corte IDH de que "el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de restricciones"⁶² y que en la CADH "se prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa".⁶³

De manera sorprendente, a partir de estas citas el TEPJF deduce la existencia de los "principios" de la "racionalidad", "proporcionalidad" y "razonabilidad" *de la petición* en materia de acceso a la información pública:

El derecho de acceso a la información, se garantiza en la medida en que el titular del derecho, lo ejerza en forma que evite todo abuso en cuanto respecta tanto a su frecuencia como a la cantidad, contenido y forma de los documentos solicitados, de modo que el ejercicio de su facultad, sea compatible con las actividades propias de quien está llamando a permitir el acceso al documento a de sus demás conciudadanos. La petición debe ser, desde todo punto de vista, razonable.⁶⁴

Es decir, a partir del hecho que la Corte IDH reconoce que *pueden haber* sanciones *ex-post* a un eventual ejercicio abusivo de la *libertad de expresión*, el TEPJF salta a concluir que también *deberían haber* límites *ex-ante* al derecho de *acceso a documentos públicos* en poder del Estado. Así, los magistrados electorales equivalen algún abuso extremo como una abierta calumnia de mala fe en contra de un ciudadano común, con una solicitud ciudadana de acceso a documentos públicos utilizadas por las autoridades gubernamentales en la elección presidencial de 2006.

⁶¹ TEPJF. SUP-JDC-10/2007 y SUP-JDC-88/2007 Acumulados..., *supra* nota 57. (En esta sentencia el TEPJF retoma fragmentos de las sentencias de la Corte IDH citadas, en este caso, Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...*, *supra* nota 59, párr. 120-123).

⁶² Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay..., *supra* nota 60, párr. 95.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ TEPJF. SUP-JDC-10/2007 y SUP-JDC-88/2007 Acumulados, *supra* nota 38.

Así mismo, existe un peligro desliz entre la exigencia de la Corte IDH de que las *restricciones* a un derecho sean "racionales", "proporcionales" y "razonables" a la afirmación de parte del TEPJF que el mismo *ejercicio del derecho* tenga estas características. De un plumazo los magistrados invierten totalmente la carga de la prueba correspondiente. Desde su punto de vista sería el solicitante de los documentos él que tenga que demostrar que su solicitud es "proporcional" y "racional" y no la autoridad que tenga que demostrar que su negativa tenga estas características. Así, se elimina de manera preocupante el principio de máxima publicidad que debería regir en la materia.

f. *Transparencia y organismos autónomos*

En la Controversia Constitucional 32/2005⁶⁵ un municipio del Estado de Jalisco funge como actor al estimar que, en virtud de la reforma a la constitución local –Art. 9 en su fracción VI– por la que se crea el Instituto de Transparencia e Información Pública de Jalisco como un órgano constitucional autónomo (con personalidad jurídica y patrimonio propios), se violaban los artículos 116 y 133 de la CPEUM al violentarse el principio de división de los poderes públicos estatales con la creación de un nuevo organismo con facultades de autoridad. Así mismo, estimó el actor que al ser las resoluciones del instituto definitivas e inatacables, vinculantes y obligatorias para los Poderes, entidades y dependencias públicas del Estado y para todos los Ayuntamientos, se le colocaba por encima de los Poderes Estatales. También consideró que con la creación del instituto se transgredía lo dispuesto por la fracción I del artículo 115 de la CPEUM, ya que se constituyó como una autoridad intermedia entre el Gobierno del Estado y el Municipio. Esto sería violatoria de la normatividad porque el organismo público autónomo tiene facultades y atribuciones que "le permiten actuar de manera independiente, unilateral y con decisión, que no proviene de manera directa de los acuerdos y decisiones tomadas por los diferentes niveles de gobierno".⁶⁶

La SCJN rechaza las pretensiones del actor señalando que si bien no hay algún fundamento que confiera facultades a los Estados para crear organismos autónomos, también "de las prohibiciones expresamente contenidas en los artículos transcritos, no se advierte que alguna de ellas se refiera a que las entidades federativas no puedan crear organismos autónomos que tengan por objeto garantizar el derecho a la información".⁶⁷ Esto lo refuerza invocando el 124 constitucional que señala que las facultades que no estén expresamente concedidas a

⁶⁵ Controversia Constitucional 32/2005. Sentencia definitiva de 22 de mayo de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=74131>> (6 de julio de 2013).

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 22-23.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 92.

los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados, por lo que estima que no es atribución federal exclusiva el crear órganos constitucionales autónomos.

La SCJN estima que aunque la Constitución no autoriza expresamente la creación de órganos constitucionales autónomos se ha permitido su existencia en virtud de que éstos "surgen con motivo de una nueva concepción del Poder, bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando con ello la teoría tradicional de la división de poderes, por lo que se dejó de concebir la organización del Estado derivada de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que sin perder su esencia, ahora se habla de que dicho principio debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, para hacer más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado".⁶⁸ Específicamente, aduce que su creación se justificó por la necesidad de establecer órganos encaminados a la defensa de los derechos fundamentales, buscando transparencia y control en los actos del gobierno.

Estima la SCJN que aunque no se trata de órganos de poder propiamente dichos (en cuanto integrantes de alguno de los 3 poderes) estos forman parte del Estado con funciones bien delimitadas. Argumenta la SCJN que aunque las resoluciones de este órgano son "definitivas, vinculatorias, coercibles e inatacables, los sujetos inconformes con ellas pueden recurrir ante los tribunales federales para interponer los medios de control constitucional que consideren idóneos".⁶⁹

Todo esto se hace –argumenta la SCJN– con el fin de garantizar el derecho a la información, el cual "está estrechamente vinculado con el derecho de conocer la verdad, el cual exige que las autoridades se abstengan de dar a la ciudadanía información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación a los derechos fundamentales".⁷⁰ La SCJN también aprovecha para pronunciarse de manera contundente y clara sobre el papel esencial que juega el derecho de acceso a la información en un contexto democrático:

...la evolución del concepto del derecho a la información ha generado un proceso de cambio en la relación entre gobierno y gobernados, en donde los servidores públicos deben hacer una apertura informativa plena de todas las acciones

⁶⁸ Este texto posteriormente es retomado de manera literal en: TesisP/J. 20/2007. ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XXV, Mayo de 2007, p. 1647. Registro IUS 174 456.

⁶⁹ Controversia Constitucional 32/2005..., *supra* nota 65., pág. 99.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 100.

de gobierno, acotada tan sólo por criterios superiores del interés público, por lo que el derecho a la información implica ahora una herramienta para el combate a la corrupción, pues la sociedad ostentadora del poder soberano delegado a sus gobernantes, tienen el derecho y deben conocer toda la información relacionada con los entes gubernamentales.

(...)

Esto es, en tanto que el derecho de acceso a la información es un derecho subjetivo que le asiste a todo gobernado de recibir de parte del gobierno la información pública que le requiere y, por tanto, constituye el elemento esencial de la participación ciudadana, la transparencia de las instituciones públicas se refleja en los hechos, en la publicidad oportuna, completa, accesible y veraz de los actos y documentos que se derivan del ejercicio de sus facultades legales, es decir, es un acto voluntario de los órganos de gobierno de exponer a la sociedad, sin que medie solicitud o demanda alguna, sus tareas, acciones y resultados".⁷¹

La SCJN entonces considera que la creación de este instituto no violenta el marco constitucional (local ni federal) y que la garantía de este derecho deja implícitamente a las entidades federativas su regulación y la creación de estructuras institucionales necesarias para ello. Así mismo, considera la SCJN que el legislador local no otorgó facultades exclusivas a los municipios para hacerse cargo de garantizar la transparencia y acceso a la información pública, por lo que no se vulnera la esfera competencial de los municipios puesto que precisamente "existe corresponsabilidad del Municipio de promover y garantizar la transparencia y el derecho a la información pública en el ámbito de su competencia".⁷²

III. El derecho de acceso a la información pública de acuerdo con los tratados y tribunales interamericanos

1. Marco normativo

El nuevo texto del Artículo 1º de la Constitución señala que "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más

⁷¹ *Ibidem*, págs. 105 -106.

⁷² *Ibidem*, pág. 130.

amplia". En materia del derecho humano de acceso a la información pública, señalado en el artículo 6º de la Constitución, esto implica incorporar de manera más plena en el orden jurídico mexicano sobre todo el Artículo 13 de la CADH⁷³ y el Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁴ (en adelante PIDCP), ambos sobre los temas de libertad de expresión y derecho a la información y basados originalmente en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁵ (en adelante DUDH).

El Artículo 13 de la CADH versa sobre la "Libertad de Pensamiento y de Expresión" y en su numeral 1 menciona que este derecho "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole". El numeral 2 prohíbe la "previa censura" y señala que cualquier limitante a este derecho tendría que estar "expresamente fijada por ley" y "necesaria" para asegurar "el respecto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

Con respecto al PIDCP, su artículo 19, numeral 2, de igual manera señala que el "derecho a la libertad de expresión" comprende "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole". El numeral 3 igual hace referencia a la necesidad de que las restricciones existentes estén "expresamente fijadas por la ley" y "necesarias" para proteger los derechos de terceros o el "orden público".

Llama la atención que en los principales tratados internacionales no existe una referencia especial y exacta al derecho de acceso a la información pública sino que esto se encuentra subordinado a o inserto dentro del derecho más amplio de libertad de expresión. Lo mismo ocurría en el caso mexicano hasta antes de la reforma de julio de 2007, ya que el artículo 6º de la Constitución también tutela la libertad de expresión. Sin embargo, a partir de 2007 la CPEUM ya determina a detalle la forma en que se debe tutelar el derecho de acceso a la información pública, colocándolo muy por encima en comparación con los artículos correspondientes de los instrumentos internacionales en la materia.

Ahora bien, la vinculación entre la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública no es gratuita. Ambos se encuentran unidos en cuanto los dos forman parte del

⁷³ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁷⁴ AGNU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁷⁵ AGNU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

concepto más amplio del derecho a la información. Por ejemplo, el artículo 19 de la DUDH a la letra dice:

Todo mundo tiene el derecho de libertad de opinión y de expresión; tal derecho incluye la libertad de expresar opiniones sin interferencia y de buscar, recibir, e impartir información e ideas a través de cualquier medio de comunicación y sin importar fronteras (*Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Artículo 19, traducción nuestra).

De acuerdo con Mark Bovens,⁷⁶ debemos conceptualizar el derecho a la información como la cuarta gran ola de los derechos humanos, equivalente a los derechos civiles, políticos y sociales caracterizados en los textos clásicos de T.H. Marshall.⁷⁷ En el umbral del fin de la era industrial y con el advenimiento de la "sociedad de la información" el mundo necesita ajustar sus marcos constitucionales con objeto de incorporar los nuevos derechos universales a la información. En este punto el autor hace una distinción crucial entre transparencia definida como una cuestión de "higiene pública" y los derechos a la información como un asunto de ciudadanía.

Las reglas actuales sobre apertura gubernamental en la mayoría de los casos constituyen básicamente una cuestión de *higiene pública*. Esta regulación se orienta a aumentar la transparencia de la administración pública, con objeto de mejorar el control democrático y la rendición de cuentas a la sociedad por parte del gobierno. En contraste, los derechos a la información en su gran mayoría constituyen un elemento de *ciudadanía*. Ellos tienen que ver en primer lugar y de manera preponderante con el funcionamiento social de los ciudadanos, no sólo en relación con las autoridades públicas, pero también en sus mutuas relaciones y en relación con las entidades privadas. El derecho a la información debe ser parte de los derechos civiles garantizados en las constituciones de la misma forma que los otros derechos individuales.⁷⁸

⁷⁶ Bovens, Mark (2002) "Information Rights: Citizenship in the Information Society," *The Journal of Political Philosophy*, USA, Vol. 10, No.3, september 2002, pp. 317-341.

⁷⁷ T.H. Marshall: *Citizenship and Social Class* (1950); in: *Citizenship and Social Class*; T.H. Marshall/Tom Bottomore; London: Pluto Press, 1992.

⁷⁸ Bovens, *op cit.*, 56, p. 327, traducción del inglés del autor de este comentario, cursivas en el original.

Alasdair Roberts⁷⁹ también argumenta que los derechos a la información deben ser vistos como partes esenciales de los derechos básicos de participación política, los cuales incluyen pero rebasan el derecho de libertad de expresión. Como ejemplo de ello, Roberts refiere una resolución de la Suprema Corte de la India de 1981 la cual sostiene que:

Donde una sociedad ha elegido aceptar a la democracia como su fé fundamental, es elemental que sus ciudadanos deban conocer lo que su gobierno está haciendo... Ningún gobierno democrático puede sobrevivir sin rendición de cuentas y el postulado básico de la rendición de cuentas es que el pueblo cuente con información acerca del funcionamiento del gobierno. Únicamente si el pueblo sabe la forma en que su gobierno funciona es que el primero estará cumpliendo con el rol que la democracia le asigna y hacer de esta democracia realmente efectiva y participativa.⁸⁰

Aquí el derecho a la información esta sólidamente fundado en los principios básicos de la democracia, el buen gobierno y la participación ciudadana.

Al final de cuentas, habría que conceptualizar libertades como las de prensa y de participación ciudadana no sólo como *libertades negativas*, sino en primera instancia como libertades "positivas".⁸¹ Las libertades negativas nos permiten "*liberarnos de*" controles opresivos y externamente impuestos. A diferencia de ello las *libertades positivas* nos permiten avanzar hacia nuestra realización plena como seres humanos. Estas libertades nos llevan a "*liberarnos hacia*" el cumplimiento de una meta en particular. Una vez que logremos conceptualizar las libertades de expresión y de participación como derechos de tipo positivo para estar plenamente informados, y no solamente como derechos para deshacernos *de* la censura y el control, habremos entrado de lleno al terreno del Derecho a la Información el cual incluye el acceso a la información pública como uno de sus elementos centrales.⁸²

⁷⁹ Roberts, Alasdair, "Structural Pluralism and the Right to Information", 51 *University of Toronto Law Journal* 243, 2001, pp. 243-271.

⁸⁰ *S.P. Gupta v. Union of India*, 1981, citado en Roberts, 2001: *op. cit.*, 59, p. 262.

⁸¹ Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty: An Inaugural Lecture Delivered Before the University of Oxford" (Oct. 31, 1958).

⁸² Para una exposición completa sobre el concepto de "Derecho a la información" véase Carpizo, Jorge y Villanueva, Ernesto, "El Derecho a la información: propuestas de algunos elementos para su regulación en México", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001, pp. 71-102.

2. Jurisprudencias y criterios de interpretación

a. *Claude Reyes y otros vs. Chile*⁸³

Sin duda el caso más relevante resuelto en años recientes por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la información es el de *Claude Reyes vs. Chile*. Este caso es histórico porque explícitamente señala que una condición *sine qua non* para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión es el cumplimiento del derecho ciudadano de acceso a la información pública,⁸⁴ y específicamente la factibilidad de tener acceso pleno a los documentos en posesión de las instituciones gubernamentales. Es decir, reúne a ambos derechos (de expresión y de acceso a la información) y así sostiene que implícitamente los artículos 13 de la CADH y el artículo 19 del PIDCP requieren el establecimiento de procedimientos legales para garantizar el acceso a la información pública a los ciudadanos. Así, se llena el evidente vacío legal de que el acceso a la información pública gubernamental, como tal, no está contemplado en los principales tratados internacionales.

El caso de *Claude Reyes* involucra una solicitud realizada, por un grupo de personas pertenecientes a organizaciones pro-ambientales, al Comité de Inversiones Extranjeras (CIE) del gobierno chileno para acceder a información relacionada con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor (consistente en contratos, solicitudes de inversiones, montos de capitales a invertir, etc.). Este era un proyecto de industrialización forestal para el cual se realizaría deforestación en la décima segunda región de Chile. Los solicitantes alegaron que su solicitud de información buscaba "evaluar los factores comerciales, económicos y sociales del proyecto río Cóndor, midiendo el impacto sobre el medio ambiente; además de que ello constituía la activación de un control social sobre la gestión de los órganos del Estado que tuvieron injerencia en el desarrollo del proyecto de explotación".⁸⁵

⁸³ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros VS. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151.

⁸⁴ Para una excelente reseña de los elementos centrales y las implicaciones más amplias del caso *Claude Reyes* véase "Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información", Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, 2007.

⁸⁵ La Corte resume los detalles de la siguiente manera: "El 7 de mayo de 1998 el señor Marcel Claude Reyes, en su carácter de Director Ejecutivo de la Fundación Terram, remitió una comunicación al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, mediante la cual indicó que dicha organización se propuso "evaluar los factores comerciales, económicos y sociales del proyecto [Río Cóndor], medir el impacto sobre el medio ambiente [...] y activar el control social respecto de la gestión de los órganos del Estado que tienen o han tenido injerencia en el desarrollo del proyecto de explotación Río Cóndor". Véase en: *Cfr.* comunicación de 7 de mayo de 1998 dirigida al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras por el Director Ejecutivo de la Fundación Terram (expediente de anexos a la demanda, anexo 1.1, folios 40 y 41); y declaración testimonial rendida por el señor Marcel Claude Reyes ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 3 de abril de 2006.

El CIE se negó a entregar los documentos solicitados, sin expedir una respuesta formal que justificara esta decisión. Habiendo agotado las instancias de derecho interno y ante la ausencia de una solución satisfactoria, los afectados recurren ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), la cual se manifiesta a favor de los afectados estimando que Chile violó el derecho de los ciudadanos recurrentes a la información y a la protección judicial. La CIDH determina que el Estado Chileno debe institucionalizar cuanto antes mecanismos que efectivamente garanticen este derecho de acceso a la información pública.⁸⁶ Ante el incumplimiento por parte del Estado Chileno de esta recomendación, la CIDH somete el caso ante la Corte IDH.

Ante la Corte IDH, el Estado chileno alegó que el CIE ya había entregado la información que se le solicitaba en relación con el proyecto Río Cóndor, ajustándose a los criterios de publicidad y reserva imperantes en esa época.

Ante esto la Corte IDH resuelve que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera entre Chile y una empresa extranjera. Además, la información tenía que ver con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal: el Comité de Inversiones Extranjeras. Señala la Corte IDH que Chile "no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática, ya que la autoridad encargada de responder la solicitud de información no adoptó una decisión escrita fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos para restringir el acceso a tal información en el caso concreto".⁸⁷

La Corte IDH condena a Chile a reparar los daños causados a los ciudadanos por la negativa de información. Así mismo, determina que el Estado Chileno debe entregar la información solicitada o, en su caso, adoptar una decisión fundamentada para negar el acceso a la información. La Corte IDH sostiene que el derecho a la información tiene límites (por ejemplo, respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional,

⁸⁶ De acuerdo con la Corte IDH: "La Comisión indicó que tal negativa se dio sin que el Estado argumentar[a] una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena, así como a que supuestamente no [les] otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al acceso a la información y no [les] aseguró los derechos al acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública... la comisión recomendó al Estado Chileno [a]justar el orden jurídico interno, de conformidad con el artículo 13 de la Convención americana con respecto al acceso a la información y adoptar las medidas necesarias para la creación de prácticas y mecanismos que garanticen a los habitantes un acceso efectivo a la información pública o a la información de interés colectivo". El 7 de marzo de 2005 la Comisión, de conformidad con el artículo 50 de la Convención, aprobó éste Informe, No. 31/05.

⁸⁷ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros VS. Chile..., *supra* nota 63, párr. 95.

el orden público o la salud o la moral públicas), que dan pie a la confidencialidad y la privacidad de cierta información. Sin embargo, sostiene que el Estado siempre tiene que fundamentar y motivar sus negativas. Así mismo, debe partir del "principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones"⁸⁸ ya que la información gubernamental pertenece originariamente a los ciudadanos y no a los funcionarios gubernamentales. El Estado, y no los ciudadanos, es quien cuenta con la carga de la prueba para justificar cualquier reserva de la información.

Un criterio central que desarrolla la Corte IDH en esta sentencia es el señalamiento de que no es necesario demostrar "interés jurídico" alguno para tener derecho de acceso a la información sobre las actividades gubernamentales. Por ejemplo, el Estado Chileno señalaba que el proyecto Río Cóndor ya no se iba a realizar por lo que ya no existía interés alguno de los ciudadanos solicitantes de la información en la entrega de la misma. Aquí la SCJN señala que "el control social que se buscaba con el acceso a la información bajo el control del Estado y el carácter de la información solicitada son motivos suficientes para atender al requerimiento de información, sin que deba exigirse al requirente que acredite una afectación directa o un interés específico".⁸⁹

La Corte IDH también relaciona explícitamente el acceso a la información pública con la salud del sistema democrático. Señala que el derecho de acceso a la información implica también una condición indispensable para la participación ciudadana así como para la buena gestión pública. Aquí la Corte IDH cita, entre otros documentos, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA que señalan que:

84. (...) el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.⁹⁰

86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrá-

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 92.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 157.

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 84.

tico de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.⁹¹

Así, la Corte IDH coloca claramente a este derecho como un derecho fundamental básico para la sobrevivencia misma de la democracia.

Sin embargo, una debilidad en la sentencia es que la Corte IDH justifique el acceso a la información con base en los fines y objetivos de los solicitantes. Como vimos arriba, la CIDH señala que el acceso se debe permitir porque la información solicitada sirve un "interés público". En otras partes de la sentencia también resalta el hecho que Claude Reyes sea Diputado de la República. El problema con este tipo de argumentación es que se abre la puerta para que los gobiernos evalúen en cada caso tanto la identidad como los fines de los solicitantes. Esto necesariamente violentaría el anonimato de los solicitantes y los expondría a una persecución política de parte de la autoridad, lo cual podría en los hechos restringir de manera importante el flujo de información a los ciudadanos.

■ El derecho a la verdad de las víctimas

Algunas de las sentencias de la Corte IDH que son más fértiles en materia de acceso a la información pública son aquellas que abordan el derecho de los familiares de víctimas de desaparición forzada a conocer la verdad sobre lo que haya ocurrido con sus familiares así como el estado de las investigaciones correspondientes. En estos casos, la Corte IDH reconoce un derecho especial de los ciudadanos para acceder a la información contenida en los registros públicos ya que se tratan de violaciones graves a los derechos fundamentales.

Un asunto transversal importante en los casos que tienen que ver con este tema es que la Corte IDH no se limita a exigir la publicidad de la información que obra en archivos públicos, sino que también obliga a las autoridades a continuar y profundizar en sus investigaciones para acercarse a la verdad de los hechos. Así, se construye un enfoque de rendición de cuentas sumamente activa o "proactiva", que va más allá de la acción de divulgar la información solicitada por los ciudadanos para que la autoridad investigue a fondo los acontecimientos denunciados.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 86.

Sin embargo, un asunto transversal negativo desde el punto de vista de la rendición de cuentas es que una vez más la argumentación de la SCJN se basa en los motivos de los solicitantes y la naturaleza específica de la información solicitada. Es decir, si bien la corte exige casi total apertura e investigaciones a fondo cuando familiares de víctimas de desaparición forzada buscan a sus seres queridos, los magistrados son muy cuidadosos a la hora de redactar sus criterios con el fin de circunscribirlos a este tipo de casos. Así, evitan que los criterios puedan ser trasladados a otros ámbitos igual de importantes, pero que presentan mayores complicaciones desde un punto de vista político (como, por ejemplo, en el caso de las boletas electorales mencionado arriba).

b. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil⁹²

El caso Gomes Lund, resuelto en 2010, es uno de los más relevantes en la materia ya que la Corte IDH resuelve claramente a favor del "derecho de los familiares de las víctimas a conocer cuál fue el destino de ésta o, en su caso, dónde se encuentran sus restos". Esto implica no solamente la divulgación de los archivos públicos correspondientes, sino que las autoridades también tienen la obligación de investigar a fondo situaciones de desaparición forzada así como proporcionar toda la información disponible sobre los casos.

La Corte IDH argumenta que "resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial del presente caso".⁹³

Así mismo, señala que, "cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada"⁹⁴ ya que esto se presta a la simulación y fomenta la impunidad.

⁹² Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, No. 219.

⁹³ *Ibidem*, párr. 211.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 202.

La Corte IDH señala que si bien Brasil había realizado esfuerzos para atender a las familias de las víctimas y se había comenzado a realizar la búsqueda de sus restos, lo cierto es que dichas actuaciones no atendían a los requerimientos judiciales que le habían sido formulados. Asimismo, estima la Corte IDH que el argumento de la Abogacía General de la Unión sobre falta de pruebas sobre la existencia de información de la Guerrilha do Araguaia, no justifica la "imposibilidad" de cumplir con lo requerido. De acuerdo con la Corte IDH, los Estados no pueden ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que "deben fundamentar la negativa a proveerlos demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía".⁹⁵ Es decir, que corresponde a los Estados la carga de la prueba referente a la imposibilidad de relevar la información, y que "ante la duda o el vacío le gal debe primar el derecho de acceso a la información".⁹⁶ La Corte IDH también estima que es obligación de las autoridades estatales no ampararse en mecanismos como el "secreto de Estado" o la confidencialidad de la información en casos de violaciones graves a los derechos humanos.

La Corte IDH decide que Brasil debe indemnizar a los familiares directos de las víctimas desaparecidas y ejecutada bajo el régimen militar. Esto porque incumplió con su deber de dar acceso oportuno a la información correspondiente para poder conocer la verdad de los hechos y recurrir ante la jurisdicción para que investigará y castigara tales crímenes del Estado Brasileño durante ese periodo.

*c. Caso Rosendo Radilla vs. México*⁹⁷

Uno de los temas más importantes abordados en la sentencia del caso Radilla es precisamente con respecto al derecho a la información pública y a la verdad de las víctimas. La Corte IDH determina que el derecho de las víctimas a obtener copias de la averiguación previa conducida por la Procuraduría General de la República de México "no está sujeto a reservas de confidencialidad, en tanto que la misma se refiere a la investigación de delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, como lo es la desaparición forzada".⁹⁸

Aquí la Corte IDH va más allá de solamente señalar el derecho a conocer la verdad sino que incluye la negativa de acceso a la información como un elemento central del mismo delito de

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 211.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 230.

⁹⁷ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, No. 209.

⁹⁸ *Ibidem*, párr. 258.

desaparición forzada. Es decir, la corte afirma que la desaparición forzada se caracteriza entre otras cosas precisamente por la negativa de dar información acerca de la suerte o paradero de la víctima y que "los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas".⁹⁹ La Corte IDH reflexiona que "uno de los objetivos de la desaparición forzada es impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes"¹⁰⁰ para defenderse cuando una persona ha sido retenida, secuestrada o privada de la libertad para causar su desaparición. Así que "la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa, precisamente, de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido".¹⁰¹

Uno de los puntos medulares de la sentencia se refiere a lo denunciado por los representantes de las víctimas de que la participación de Tita Radilla como coadyuvante en el proceso ante la Corte IDH se veía limitada por su falta de acceso a la averiguación previa. Ante esto la Corte IDH determina que los Estados tienen la obligación de garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, "las víctimas puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación".¹⁰²

Estima la Corte IDH que el acceso al expediente es requisito *sine qua non* para asegurar la plena intervención procesal de la víctima en la causa. Considera que si bien ha considerado admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia de la administración de justicia, en ningún caso la reserva puede invocarse para impedir a la víctima el acceso al expediente de una causa penal. En todo caso "la potestad del Estado de evitar la difusión del contenido del proceso... debe ser garantizada adoptando las medidas necesarias compatibles con el ejercicio de los derechos procesales de las víctimas".¹⁰³

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 161.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 141.

¹⁰¹ *Ibidem*, párr. 161.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 247.

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 252.

En su resolución, la Corte IDH señala que el Estado debe, como una medida de reparación del derecho a la verdad que tienen las víctimas, continuar con su búsqueda efectiva y localización inmediata, o de sus restos mortales, realizándose las diligencias necesarias en presencia de sus familiares, peritos y representantes legales. Así mismo, la corte ordena al estado mexicano a que los resultados de los procesos sean públicamente divulgados, con la finalidad de que la sociedad mexicana conozca la verdad de los hechos.

d. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*¹⁰⁴

Este caso versa sobre la desaparición forzada de un grupo de niños durante el conflicto armado en El Salvador en la década de 1980. Específicamente, se alega que fueron "desaparecidos" entre 1981 y 1983 por diversos cuerpos militares en sus operativos de "contrainsurgencia" para acabar con grupos guerrilleros. Estos casos son presentados por dos organizaciones de la sociedad civil (Asociación Pro-búsqueda de Niños y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) ante la CIDH.

Los representantes de las víctimas alegaron, además de lo sostenido por la CIDH (violación a derechos del niño, a derechos de la personalidad, a la vida, a la integridad, a la protección judicial, a la protección a la familia) la violación del derecho a la verdad entendido como la violación de los derechos contenidos en los artículos 8, 13 y 25 de la CADH. A juicio de la Corte IDH, se trataba de una "privación de la verdad acerca del paradero de una víctima de desaparición forzada acarrea una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos".¹⁰⁵ Destaca la Corte IDH que:

83. Adicionalmente, en el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal le da un estatus de gravedad y el carácter de continuado o permanente al ilícito de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad, colocando a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso Contreras y otros VS. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de Agosto de 2011. Serie C, No. 232.

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 123.

parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.¹⁰⁶
(énfasis agregado)

La Corte IDH tiene como comprobado que muchos de los niños y niñas desaparecidos posteriormente eran "registrados bajo información falsa o se alteraban sus datos"¹⁰⁷ personales. Por ejemplo, en el caso de Gregoria Herminia se le imposibilitó buscar a su familia y conocer su identidad biológica y, por otro, a su familia de origen, se les obstaculizó el ejercicio de los recursos legales para restablecer la identidad biológica, el vínculo familiar. Reafirma la corte su criterio en el sentido de que "la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de las víctimas o de una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido ha sido considerada, por este Tribunal como causa de acrecentamiento del sufrimiento de los familiares".¹⁰⁸ Destaca la Corte IDH que "los Estados deben dotar a las autoridades correspondientes de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas".¹⁰⁹

La Corte IDH reconoce cierta actividad de investigación para el esclarecimiento de los hechos por parte de las autoridades nacionales. Sin embargo, señala que no se agotaron todas las medidas y posibilidades necesarias para identificar a los responsables. Por ejemplo, la Corte IDH señala que el gobierno no revisó el "material hemerográfico a través del cual pudiera eventualmente obtenerse información sobre las personas que participaron en los operativos militares"¹¹⁰ y tampoco tomó en cuenta el informe de la Comisión de Verdad para el Salvador "en las que se señala los nombres de algunos de los militares que participaron en los operativos".¹¹¹ También considera la corte que no hay constancia de que el Estado Salvadoreño haya realizado alguna inspección a los registros y archivos de los orfanatos, casas hogares infantiles, hospitales, instituciones médicas, instalaciones militares. Tampoco constaba que hubiera solicitado información al Comité Internacional de la Cruz Roja y a la Cruz Roja salvadoreña para determinar si los desaparecidos fueron atendidos en algunas de sus instalaciones.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 83.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párr. 89.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr. 87.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párr. 146.

¹¹⁰ *Ibidem*, párr. 149.

¹¹¹ *Idem*.

Así mismo, se percata la Corte IDH que en una de las inspecciones a los archivos de la quinta brigada de infantería, ésta tuvo que ser previamente consentida por el ministro de defensa pese a una clara orden judicial para inspeccionar; esto sumado al hecho de que no constaba gestión o diligencia alguna por parte de las autoridades para recabar información, llevaron a la corte a considerar que las autoridades salvadoreñas responsables, "denegaron sistemáticamente a la autoridad judicial y al Ministerio Público información y acceso a los archivos y expedientes militares",¹¹² con lo cual –a juicio de la Corte IDH– "se impide que en las investigaciones que se desarrollan se identifique a aquellas personas que formaron parte de la planeación y ejecución de los operativos, y se obtengan los datos personales de aquellos que han sido sindicados dentro del proceso".¹¹³

Resalta la Corte IDH la relevancia del derecho de la sociedad a conocer la verdad sobre hechos que vulneren derechos humanos ya que existe una "expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales".¹¹⁴ Destaca que para garantizar el derecho a la información "es esencial que los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas del presente caso".¹¹⁵

Considera la Corte IDH como esencial que los órganos a cargo de las investigaciones "estén dotados, formal y sustancialmente, de las facultades y garantías adecuadas y necesarias para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas".¹¹⁶ Así que el Estado "no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía".¹¹⁷ Señala que en tratándose de violaciones a los derechos humanos, las autoridades del estado responsable no pueden justificarse invocando reserva de información por seguridad nacional, interés público o invocando confidencialidad o secreto de estado, para

¹¹² Corte IDH. Caso Contreras y otros VS. El Salvador. . . , *supra* nota 84, párr. 169.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ Corte IDH. Caso Contreras y otros VS. El Salvador. . . , *supra* nota 84, párr. 170.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ Corte IDH. Caso Contreras y otros VS. El Salvador. . . , *supra* nota 84, párr. 171.

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 166.

dejar proporcionar información, por lo que deben aportar la información que les requiera la autoridad judicial o administrativa que lleve el proceso o investigación correspondiente.

*e. Caso Myrna Mack vs. Guatemala*¹¹⁸

Este caso fue presentado ante la Corte IDH en virtud del asesinato o ejecución extra-judicial de una antropóloga en el marco de una operación de inteligencia militar, alegándose que la víctima fue seleccionada por altos mandos del estado mayor Guatemalteco debido a su actividad profesional. Así mismo, se le acusa al Estado de Guatemala de intencionalmente entorpecer la investigación del homicidio y dejarlo en completa impunidad. Señalan los representantes de la víctima que la antropóloga representaba la expresión y difusión de la verdad, especialmente sobre las campañas de represión del Ejército en los sectores rurales, que tenían el propósito de no dejar pruebas sobre estas acciones militares, de no encontrar oposición y de no atraer el escrutinio internacional.

Amparados en el secreto de Estado contenido en el artículo 30 de la Constitución de Guatemala, el Ministerio de la Defensa Nacional rechazó la entrega de documentos que podrían contribuir a demostrar la responsabilidad de los imputados en este caso. Se solicitó información sobre procesos operativos y administrativos normales del Departamento de Seguridad Presidencial, el récord de la autorización de vehículos de esa época del Departamento de Seguridad Presidencial y el expediente de la occisa, el cual la Comisión de Esclarecimiento Histórico dio fe de haberlo visto por lo menos parcialmente, pero todo esto fue denegado. Asimismo, se pidió información sobre personas en puestos claves y especialmente si habían formado parte del sistema de inteligencia, lo que fue rechazado por razones de seguridad. También solicitaron los nombres, funciones y responsabilidades de los especialistas del Departamento de Seguridad, de las personas que estaban a cargo, la descripción de las funciones y responsabilidades del jefe y subjefe del Departamento que estaban siendo acusados como autores intelectuales y la nómina de personas que estuvieron en el servicio, lo cual no les fue proporcionado.

El estado de Guatemala señaló que la ley guatemalteca establece que la información debe de ser otorgada cuando la solicita un juez competente, y este será quien determine si es de seguridad nacional o no. Sin embargo –señalan las víctimas– no se ha entregado nada.

¹¹⁸ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang VS. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de Noviembre de 2003. Serie C, No. 101.

La Corte IDH reafirma su criterio con respecto al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo sucedido: "La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones".¹¹⁹ Determina que se violentó el derecho a la vida y a la integridad de la occisa, así como el derecho a las garantías judiciales de los familiares de la víctima. Determinó que el Estado debía investigar a fondo los hechos y sancionar a los responsables, así como remover los obstáculos que mantienen la impunidad en el caso. También obliga al Estado guatemalteco a publicar ciertos hechos probados en el caso.

Refiere la Corte IDH que las investigaciones en torno a la muerte de Myrna Mack además de las numerosas irregularidades que presentaron, no fueron diligenciadas de buena voluntad y con seriedad por las autoridades "ya que la policía no protegió adecuadamente el escenario de los hechos, no tomó muestras dactilares de la víctima aduciendo que había llovido, pese a que el parte meteorológico indica que ese día no llovió; no tomó las huellas que se pudieran encontrar en su vehículo; no tomó muestras de sangre; limpió las uñas de Myrna Mack Chang y desechó el contenido de los raspados "por ser muestras demasiado pequeñas" por lo que no realizó la investigación de laboratorio; no se sometió a examen su ropa; y el juego de fotos de las heridas resulta incompleto debido a que, según se indica *se arruinó la cámara o el flash*".¹²⁰

Esto resulta relevante en el sentido de que el derecho a la información es fundamental para la realización y ejercicio de otros derechos fundamentales, además de ser una herramienta sine qua non para que la actividad jurisdiccional encaminada a la justicia, llegue a buen puerto. A su vez estas investigaciones representaban un aspecto primordial para que las víctimas pudiesen, además de tener acceso a información, acceder a su derecho a conocer la verdad de lo sucedido y de lo que sucede dentro de la organización y el modus operandi del Estado guatemalteco.

Por otro lado, la Corte IDH dio por probado que "el Estado Mayor Presidencial y el Ministerio de la Defensa Nacional remitieron, a pedido de las autoridades encargadas de la investigación, en particular del Ministerio Público, documentos manipulados con la intención de ocultar información relevante para el esclarecimiento de los hechos".¹²¹ A decir de la Corte:

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 274.

¹²⁰ *Ibidem*, párr. 134.86.

¹²¹ *Ibidem*, párr. 173.

174. Esta conducta del Estado Mayor Presidencial y del Ministerio de la Defensa Nacional de manipular la información requerida por los tribunales constituye también un acto de obstrucción de la administración de justicia tendiente a encubrir con la impunidad a los miembros del Estado Mayor Presidencial involucrados, con el fin de evitar que se realizara una investigación seria, imparcial y efectiva del asesinato de la víctima.¹²²

Apelando a los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos, señala la Corte IDH que:

en los casos donde cierta evidencia es mantenida en reserva por motivos de interés público (seguridad nacional, por ejemplo), no es el rol del tribunal internacional determinar si la reserva de la información es o no necesaria ya que como regla general ello corresponde a los tribunales nacionales. En cambio, sí le corresponde determinar si el proceso interno respeta y protege el interés de las partes. Al respecto, dicho Tribunal Europeo señaló que el hecho de retener evidencia relevante argumentando el interés público, sin notificar al juez de la causa, no cumple con los requisitos del artículo 6 del Convenio Europeo, el cual es equivalente al artículo 8 de la Convención Americana".¹²³

En este sentido, la Corte reafirma su criterio en el sentido de que ante casos que impliquen posibles violaciones graves de derechos humanos, "las autoridades estatales no pueden ampararse en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes".¹²⁴ Sin embargo, la Corte IDH también se inclina hacia una posición de limitar el derecho a informar tales datos a las propias víctimas, atendiendo a lo delicado de la información.

En esta sentencia la Corte IDH también se pronuncia a favor de la autonomía política de los órganos garantes den materia de transparencia y acceso a la información pública:

Cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del

¹²² *Ibidem*, párr. 174.

¹²³ *Ibidem*, párr. 179.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 180.

hecho ilícito. No se trata pues de negar que el Gobierno deba seguir siendo depositario de los secretos de Estado, sino de afirmar que en materia tan trascendente, su actuación debe estar sometida a los controles de los otros poderes del Estado o de un órgano que garantice el respeto al principio de división de los poderes...".¹²⁵

Negar lo anterior, a juicio de la corte, constituye una obstrucción a la justicia.

IV. Las implicaciones de la reforma al artículo 1o. de la CPEUM

Desde antes de la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, el marco jurídico en materia de derecho de acceso a la información pública ya cumplía plenamente, e incluso rebasaba, los criterios de los principales tratados y tribunales internacionales. Así que si bien la plena incorporación de estos instrumentos en el orden jurídico nacional podrá fortalecer la tutela del derecho de acceso a la información pública en algunos aspectos, el impacto no será tan relevante como en otros ámbitos donde el marco jurídico mexicano se encuentra rezagado en comparación con el marco jurídico internacional. Así mismo, existe el peligro real de que a raíz de la reforma al artículo 1o. de la Constitución, las instituciones y jueces mexicanas ahora utilicen los criterios y los tratados internacionales para revertir algunos de los avances más importantes en la materia al nivel nacional.

Como hemos visto arriba, el texto del artículo 6o. de la Constitución, si bien tiene algunos puntos flacos, se compara favorablemente con la mayoría de los países del mundo, incluyendo de los Estados Unidos y Europa. Así mismo, desde 2003 la LFTAIPG explícitamente ya obligaba al IFAI y otras instituciones a recurrir tanto a los tratados internacionales como a los criterios de los tribunales internacionales a la hora de interpretar y aplicar el derecho de acceso a la información pública en el país. La LFTAIPG también prohíbe desde 2003 la reserva de cualquier información relacionada con las violaciones graves a los derechos humanos.

Así mismo, en el apartado anterior hemos percibido algunas debilidades en el marco jurídico internacional con respecto a la tutela del derecho de acceso a la información pública. Específicamente, los tratados internacionales más importantes no incluyen un énfasis particular a este derecho ni desglosan de manera pormenorizada las garantías procesales que deberían regir en la materia. Al contrario, subsumen este derecho al derecho más amplio del "derecho a la información" y a la "libertad de expresión", tal y como era el caso en México antes de las

¹²⁵ *Ibidem*, párr. 181.

reformas de 2007 al artículo 6o. constitucional. Hoy, con los siete incisos incluidos en 2007 en el Artículo 6o. constitucional, el marco jurídico en México se encuentra muy superior al marco jurídico internacional en la materia.

Es cierto que con la resolución del caso Claude Reyes en particular, así como los otros casos resumidos arriba, la Corte Interamericana dejó claro que el ejercicio de la ciudadanía en un contexto democrático requiere de un pleno acceso a la información y de libertad de expresión. Esto a su vez requiere de la existencia de procesos claros para garantizar el acceso ciudadano a la información pública en posesión del gobierno. Sin embargo, desde este enfoque el derecho a la información todavía se mantiene subordinado como un derecho subsidiario a otros derechos.

El caso Claude Reyes al final de cuentas cumple la misma función que un caso como *Richmond Newspapers v. Virginia* en los Estados Unidos¹²⁶ de abrir brecha hacia la tutela plena del derecho de acceso a la información pública dentro de un contexto jurídico desfavorable para el mismo. Por ejemplo, la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos conceptualiza las garantías de libertad de expresión y derecho a la información de una manera estrictamente "negativa", la cual dificulta de sobremanera deducir de las mismas un derecho de "acceso a la información pública". La enmienda a la letra dice:

El Congreso no diseñará ley alguna respecto al establecimiento de alguna religión, o que prohíba su libre ejercicio; o que limite la libertad de expresión, ni la de prensa; o el derecho de la gente a reunirse de forma pacífica y a peticionar al gobierno la solución de sus demandas.¹²⁷

Esta redacción, que se limita a *prohibir* las leyes que *prohiban* la libertad de expresión, ha permitido a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos adoptar una interpretación "estricta" de la Primera Enmienda, conceptualizando la libertad de expresión como un derecho estrictamente negativo y limitando el campo de intervención de esta reforma a la prohibición de la censura. Por ejemplo, en *Houchins v. KQED, Inc.*¹²⁸ la Suprema Corte de los Estados Unidos afirmó directamente que la Primera Enmienda no implica "un derecho a acceder a información gubernamental o fuentes de información bajo el control del gobierno".

¹²⁶ Suprema Corte de Estados Unidos, 448 U.S. 555 (1980) *Richmond Newspapers Inc., et al. v. Virginia et al.* No. 79-243, EEUU, julio de 1980.

¹²⁷ Constitución de los Estados Unidos de América, Primera Enmienda, 1791.

¹²⁸ Suprema Corte de los Estados Unidos, 438 U.S. 1(1978). *Houchins, Sheriff of the County of Alameda, California v. KQED, INC., et al.* No. 76- 1310, EEUU, junio de 1978.

Pero en años recientes algunas decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos han iniciado la tarea de reconceptualizar la Primera Enmienda dentro de la perspectiva más amplia del derecho a la información. El caso de *Richmond Newspapers v. Virginia* constituye un punto de referencia crucial en este sentido. La parte central de la decisión aludida señala que: La libertad de expresión conlleva la libertad de escuchar y esto es debido a que la Primera Enmienda va más allá de la protección de la prensa y de la autoexpresión de los individuos, prohibiendo al Estado limitar la masa de información a la cual pueden recurrir los miembros del público.¹²⁹

El caso Claude Reyes realiza un labor similar al abrir espacio para garantizar el derecho de acceso a la información pública en un contexto jurídico adverso. Por ejemplo, en Chile a la hora de la solicitud ciudadana de acceso a la información sobre el Proyecto Río Cóndor no existía una ley de acceso a la información pública en el país y por lo tanto el Estado no tenía siquiera la obligación de fundamentar y motivar sus negativas en la materia.

Ahora, con la resolución del caso Claude Reyes, queda claro que los tratados internacionales incluyen implícitamente el requerimiento de tutelar el derecho de acceso a la información pública. Por lo tanto, para cumplir con el mandato de la Corte Interamericana, ahora todos los Estados de América Latina y el Caribe deben promulgar leyes de acceso a la información que establezcan procedimientos claros que justifiquen y motiven racionalmente cualquier negativa a solicitudes de acceso a la información pública. Existe entonces motivo para celebrar los avances en la materia que implica el caso de Claude Reyes.

Sin embargo, también tenemos que reconocer que desde el punto de vista del marco jurídico mexicano el caso de Claude Reyes no representa un avance significativo. En México ya contamos, tanto en la Constitución como en la ley, con todas las garantías procesales exigidas por la Corte Interamericana en su sentencia. Esto también es el caso para las sentencias en materia del derecho a la verdad para las víctimas de desapariciones forzadas u otros crímenes de Estado resumidos arriba. Como ya hemos visto, la LFTAIPG ya prohíbe cualquier reserva de información relacionada con violaciones graves a los derechos humanos.

Pero más allá del avanzado marco jurídico en materia de acceso a la información pública con el cual se cuenta en México, existen importantes problemas con la implementación e interpretación del mismo por las autoridades administrativas y judiciales correspondientes. Es en este terreno que la incorporación plena de los tratados y los criterios de los organismos juris-

¹²⁹ *Richmond Newspapers v. Virginia*, *supra* nota. 106.

diccionales internacionales podría tener efectos positivos importantes en la tutela del derecho de acceso a la información de los ciudadanos mexicanos.

Por ejemplo, como vimos arriba, en la resolución del Amparo en Revisión 1922/2009¹³⁰ la SCJN buscó limitar el alcance del requerimiento del artículo 6o. de la LFTAIPG de interpretación conforme con los tratados y resoluciones internacionales en la materia. La SCJN resolvió que este tipo de interpretación no era necesario "siempre y en todos los casos" sino únicamente cuando "resulte necesario e imprescindible justificar los actos de autoridad". En el caso, la SCJN buscó limitar la utilización del marco jurídico internacional a un ámbito de apoyo para las resoluciones del IFAI, sin permitir que los ciudadanos pudieran basarse en este marco jurídico internacional para impugnar alguna reserva de información ratificada por el instituto de transparencia.

Es decir, de acuerdo con la SCJN el marco jurídico internacional debe ser utilizado más para favorecer los intereses de las instituciones públicas que para tutelar los intereses ciudadanos. Sin embargo, las reformas al artículo primero de la CPEUM complican este tipo de estrategias evasivas de las disposiciones internacionales, ya que ahora la obligatoriedad de tomar en cuenta los tratados internacionales se encuentra plasmada directamente en la Carta Magna y no solamente en un artículo de la ley secundaria en la materia.

La reforma en materia de derechos humanos también podría ayudar a la SCJN a tutelar el derecho de acceso a la información pública cuando están involucradas leyes secundarias diferentes a la LFTAIPG. Por ejemplo, antes de la reforma al artículo 1o. de la CPEUM la SCJN no estaba obligada a tomar en cuenta los criterios internacionales a la hora de evaluar la pertinencia de una restricción de acceso a la información incluida en otra ley secundaria. Por ejemplo, como vimos en la resolución del Amparo en Revisión 50/2008,¹³¹ la SCJN resolvió a favor de la constitucionalidad de la total reserva de información sobre las inspecciones realizadas por la SCT en materia aeronáutica incluida en la Ley de Vías Generales de Comunicación. Para tomar esta decisión, la SCJN no tuvo que recurrir a ningún criterio internacional, ya que este requisito solamente existía en el artículo 6o. de la LFTAIPG y no en la CPEUM. Por lo tanto, no formaba parte de los principios centrales que tenían que ser tomados en cuenta desde un punto de vista de "supremacía constitucional".

¹³⁰ Amparo en Revisión 1922/2009, *supra* nota 17.

¹³¹ Amparo en Revisión 50/2008, *supra* nota 25.

Pero ahora se reconfigura lo que implica la "supremacía constitucional" en materia de acceso a la información pública. Específicamente, hoy la obligación de tomar en cuenta los tratados internacionales no será solamente del IFAI a la hora de emitir sus resoluciones sino también de la SCJN a la hora de evaluar la pertinencia de las reservas adicionales que podrían existir en otras leyes secundarias y la clasificación de la publicidad o privacidad de documentos específicos. En el contexto anterior, la SCJN ocupaba un espacio más "libre" que el IFAI para esgrimir justificatorios de la opacidad, situación que cambia ahora con la reforma en materia de derechos humanos.

Otro elemento importante para destacar en los criterios de la Corte IDH es que muchas veces no se limita a exigir la publicidad de la información que obra en archivos públicos, sino que también exige a las autoridades a continuar y profundizar en sus investigaciones para acercarse a la verdad de los hechos. Así, como hemos mencionado arriba, se construye un enfoque de rendición de cuentas sumamente activa que va más allá de la acción de divulgar la información solicitada por los ciudadanos para que la autoridad investigue a fondo los acontecimientos denunciados.

Sin embargo, tenemos que estar conscientes de que también existe el riesgo de que la SCJN o el TEPJF utilicen los tratados y las resoluciones internacionales con el fin de restringir el acceso a la información pública. Por ejemplo, como ya hemos visto arriba, en su resolución del caso de la solicitud de acceso a las boletas electorales de las elecciones presidenciales de 2006, el TEPJF esgrimió una interpretación sumamente sesgada del marco jurídico internacional y los precedentes jurisdiccionales con el fin de cancelar el ejercicio efectivo de un derecho ciudadano.

Nuestro análisis arriba de algunos casos claves de la Corte IDH en la materia también revela que existen debilidades argumentativas que eventualmente podrían facilitar esta utilización regresiva del marco jurídico internacional. Por ejemplo, el constante énfasis en el tipo de información solicitada y en la identidad de los mismos solicitantes como argumentos a favor de la apertura, en su momento podría ser utilizado también para justificar de la opacidad. Esto porque si la transparencia depende de que la información sea solicitada por familiares de víctimas o por ciudadanos "bien intencionados" que buscan defender el bienestar general, se abre la puerta para negar el acceso a las solicitudes que, a juicio arbitraria y unilateral de las mismas autoridades, vengan de personas o intereses que operan "de mala fé" o con "intereses oscuros".

Para garantizar la plena tutela del derecho de acceso a la información pública es necesario abstraerse de cualquier consideración sobre la naturaleza del solicitante o los fines para los

cuales utilizaría la información, para analizar única y estrictamente la naturaleza de los documentos y la información solicitados. De otra forma, los criterios políticos, personales y de facción fácilmente invaden la esfera de la tutela de este derecho fundamental ciudadano.

Finalmente, habría que recordar que el nuevo texto del artículo 1º de la CPEUM únicamente hace referencia a los "tratados Internacionales" sin mencionar explícitamente los criterios de los tribunales u órganos garantes internacionales. Como hemos visto arriba, en materia de acceso a la información pública existe una diferencia muy significativa entre estos dos ámbitos. Por un lado, el simple contenido de los tratados internacionales aporta poco o nada al marco jurídico mexicano en materia de acceso a la información pública. Por otro lado, son los criterios de interpretación desarrollados por la Corte IDH en casos como el de Claude Reyes, y otros mencionados arriba, los que podrían ayudar a expandir la tutela del derecho a la información en México. Pero para que esto ocurra, faltaría que la SCJN extienda el alcance del texto del artículo 1o. de la CPEUM para que incluya no solamente la letra de los tratados sino también los criterios de los tribunales internacionales.

Criterios jurisdiccionales

1. Criterios Nacionales

- Amparo en Revisión 628/2008. Sentencia definitiva del 19 de agosto de 2009. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/detallepub.aspx?asuntoid=101354>> (6 de julio de 2013)
- Amparo en Revisión 1922/2009. Sentencia definitiva 30 de junio de 2010, México. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110821>> (6 de julio de 2013)
- Amparo en Revisión 191/2008. Sentencia definitiva 7 de mayo de 2008. México Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=98635>> (6 de julio de 2013)
- Amparo en Revisión 1048/2005. Sentencia 9 de noviembre de 2005. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=75143>> (6 de julio de 2013).
- Amparo en Revisión 75/2005. Sentencia definitiva 25 de febrero de 2005. México. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=71462>> (6 de julio de 2013)
- Amparo en Revisión 50/2008. Sentencia definitiva 12 de marzo de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=97059>> (6 de julio de 2013)
- Acción de inconstitucionalidad 49/2009. Sentencia del 9 de marzo de 2010. México. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110587>> (6 de julio de 2013)
- Controversia Constitucional 32/2005. Sentencia definitiva de 22 de mayo de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=74131>> (6 de julio de 2013).
- Ejercicio de la facultad de atracción 43/2006, Sentencia de 3 de septiembre de 2013, México, Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=87390>> (6 de julio de 2013)

- Tesis Aislada 1a. XXXVI/2006, TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. TANTO LA LEY FEDERAL RELATIVA COMO SU REGLAMENTO, RESPETAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DE LOS TERCEROS INTERESADOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, México, febrero de 2006, p. 651. Registro IUS 175 730.
- Tesis P/J. 20/2007. ÓRGANOS CONSTITUCIONALES ÁUTONOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XXV, Mayo de 2007, p. 1647. Registro IUS 174 456.
- Tesis P. LXI/2008, BOLETAS ELECTORALES. LA NORMA GENERAL QUE ORDENA SU DESTRUCCIÓN UNA VEZ CONCLUIDO EL PROCESO RELATIVO, ES DE NATURALEZA MATERIALMENTE ELECTORAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, pág. 6, Registro IUS 168 988.
- TEPJF. SUP-JDC-216/2004. 10 de septiembre de 2004. México. Disponible: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2004/JDC/SUP-JDC-00216-2004.htm>> (6 de julio de 2013).
- TEPJF. Tesis S3EL 039/2005. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIA ELECTORAL. EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS IMPUGNACIONES A SU CONTRAVENCIÓN, POR LA VÍA DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. 10 de septiembre de 2004. México. Disponible: <<http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/TESIS-TRANSPARENCIA.pdf>> (6 de julio de 2013)
- TEPJF, SUP-JDC-512/2008, 23 de julio de 2008, México. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2008/JDC/SUP-JDC-00512-2008.htm>> (6 de julio de 2013)
- TEPJF. SUP-JDC-10/2007 y SUP-JDC-88/2007 Acumulados. Sentencia de 25 de abril de 2007. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2007/JDC/SUP-JDC-00010-2007.htm>> (6 de julio de 2013).

2. Criterios Internacionales

- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros VS. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151.
- Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, No 219.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, N° 209.
- Corte IDH. Caso Contreras y otros VS. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de Agosto de 2011. Serie C, No. 232.
- Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang VS. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de Noviembre de 2003. Serie C, No. 101.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2013 en los talleres de Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. (IEPSA), Avenida San Lorenzo núm. 244, Colonia Paraje San Juan, Delegación Iztapalapa, C.P. 09830, México, D.F. Se utilizaron tipos Myriad Pro de 8, 10, 11, 12 y 20 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel Ab Cream de 75 grs.

