



DERECHOS HUMANOS, SEGURIDAD HUMANA, IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO



Rafael Sánchez Vázquez
(COORDINADOR)



CNDH
M É X I C O

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

DERECHOS HUMANOS,
SEGURIDAD HUMANA, IGUALDAD
Y EQUIDAD DE GÉNERO

RAFAEL SÁNCHEZ VÁZQUEZ
(COORDINADOR)



2018

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Primera edición: septiembre, 2018

ISBN: 978-607-729-435-1

**D. R. © Comisión Nacional
de los Derechos Humanos**
Periférico Sur, 3469,
esquina Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, Ciudad de México

Diseño de portada: Flavio López Alcocer
Formación de interiores: Carlos Acevedo R.
Área responsable: CENADEH

Impreso en México

CONTENIDO

PREÁMBULO	
<i>Rafael Sánchez Vázquez</i>	9
PARADIGMA PROCESAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA	
<i>Sergio García Ramírez</i>	23
CONSIDERACIONES ÉTICO-JURÍDICAS SOBRE LA IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO EN LA BUAP	
<i>José Alfonso Esparza Ortiz</i>	43
TRANSPARENCIA Y SU IMPACTO EN LA IGUALDAD	
<i>Patricia Kurczyn Villalobos</i>	63
PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DESPENALIZACIÓN DE LA CANNABIS EN MÉXICO, IMPULSORA DE LA LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	
<i>Reyna Sánchez Sifriano</i>	83
EL ESTADO EN CRISIS Y LA VOLATILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO SOBRE UNA DEBACLE ANUNCIADA	
<i>Enrique Uribe Arzate y Alejandra Flores Martínez</i>	97
LA REINTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL EN EL PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
<i>Manuel Bermúdez Tapia</i>	125

DERECHOS HUMANOS E INVESTIGACIÓN JURÍDICA <i>Jorge Witker</i>	143
EL NECRODERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS <i>José Ramón Narváez Hernández</i>	175
CONCEPTO, FUNDAMENTO Y DOCTRINA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL <i>Rafael Enrique Aguilera Portales</i>	187
DERECHOS HUMANOS: CONTINGENCIA DE UNA NUEVA GUERRA FRÍA <i>María Isabel Arredondo Icardo</i> <i>y César Armando Cruz Espino</i>	203
LA CRISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO Y EN EL ESTADO DE PUEBLA <i>Higinio Pérez Pérez</i>	225
EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO A 100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 <i>Luis Gerardo Samaniego Santamaría</i>	251
¿UNA DISYUNTIVA POSIBLE? ENEMIGOS vs. CIUDADANOS <i>Rebeca Elizabeth Contreras López</i>	277
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD HUMANA <i>Serafín Ortiz Ortiz</i>	299
ENTRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA SEGURIDAD HUMANA EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD. SU FUNDAMENTACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS <i>Marcos Gutiérrez Ayala</i>	321

LAS NEUROCIENCIAS COMO UNA HERRAMIENTA
PARA EL MANEJO DE LAS ADICCIONES

*Ma. del Carmen Cortés Sánchez,
Juan Manuel Ibarra Hernández,
José Alfredo Arellano Álamo, Adriela Fierro Rojas
y José Ramón Eguibar Cuenca*

347

LA SUPREMA CORTE, LAS DROGAS Y EL DERECHO
A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN SU ASPECTO NEGATIVO

Eréndira Salgado Ledesma

373

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL CONTEXTO
DEL RENDIMIENTO ACADÉMICO FACTOR FUNDAMENTAL
PARA LA DESERCIÓN ESCOLAR

Gabriel Pérez Galmiche

397

PREÁMBULO

“El discurso de odio busca cancelar nuestro derecho a vivir sin miedo, a la dignidad, tanto individual como colectiva, y a la igualdad de trato sin ningún tipo de discriminación o marginación.

Nuestro derecho a ser diferentes, pero a la vez ser iguales en derecho y libertades fundamentales. Nada perjudica más a la democracia que un entorno alimentado por actitudes que alienan la exclusión, el fanatismo y la violencia contra quienes son distintos y contra colectivos vulnerables y minorías en riesgo”.

Luis Raúl González Pérez¹

La Red de Procuración e Impartición de Justicia, que me honro presidir, y que se encuentra registrada en el Programa para el Desarrollo Profesional Docente para el tipo superior (PRODEP) de la Secretaría de Educación Pública, a través del Cuerpo Académico de Estudios Jurídicos Contemporáneos BUAP-CA-124,² convocamos a estudiosos de la cultura y ciencia jurídica de Iberoamérica y de algunas entidades federativas de la República Mexicana, a participar en el Congreso Internacional y Nacional sobre “Derechos

¹ Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), en un acto sobre el Holocausto y ante comunidad judía en el país, así como representantes del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), el *Ombudsman* nacional, Luis Raúl González Pérez, en <http://www.proceso.com.mx/520248/la-cndh-llama-detectar-y-denunciar-el-discurso-de-odio-en-las-epocas-electtorales>. Fecha de consulta: 19 de marzo de 2018.

² Conformamos el Cuerpo Académico Consolidado de Estudios Jurídicos Contemporáneos, los siguientes académicos: Dr. Rafael Sánchez Vázquez, Responsable; Dra. Miriam Olga Ponce Gómez; Mtra. Georgina Tenorio Martínez; Dr. José Luis Pérez Becerra, y Mtro. Higinio Pérez Pérez.

Humanos, Prevención del Delito, Seguridad Humana y Equidad de Género”, durante los días 22 y 23 de agosto de 2016, con sede en la Ciudad de Puebla, en la instalaciones del Edificio Central de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, en los salones Parainfo y Barroco.

La presente obra se publica gracias al generoso apoyo del señor Licenciado en Derecho Luis Raúl González Pérez, Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sirva la presente para expresarle un reconocimiento y agradecimiento por su compromiso de promover, difundir, respetar, y observar los derechos humanos en todo lo ancho y largo de la República Mexicana.

Por otra parte, cabe resaltar, que el contenido de la presente obra, se enriquece con las ideas, reflexiones y construcción de conocimientos referentes a los derechos humanos, su cultura, y el impacto que tienen éstos, para la consolidación de las instituciones del Estado de Derecho Democrático con compromiso social.

Además, cabe resaltar que los temas abordados en el libro que el lector tiene en sus manos, retoman como faro de reflexión importante a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en la que se establece la constitucionalidad de los derechos humanos, la interpretación del principio *pro persona* y la trascendencia de las convenciones y tratados internacionales, en y para beneficio de los derechos humanos.

Igualmente, hacemos extensivas nuestras atentas consideraciones a la Dra. Julieta Morales Sánchez, Directora del Centro Nacional de Derechos Humanos, a quien se le encomendó el cuidado de la edición de este libro, así como de su equipo de trabajo.

A lo largo del contenido del libro, se ha pretendido desarrollar un acercamiento pluridisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario. A fin de esquematizar la problemática de los derechos humanos, en los siguientes ejes fundamentales.

- Democracia, igualdad y equidad de género en el contexto de los derechos humanos.

- Derechos humanos. Alcances y limitaciones.
- La criminología en el nuevo Sistema Acusatorio: Penal y Proceso Penal.
- Seguridad humana, las neurociencias y la problemática de las adicciones.

Entre las personalidades que han participado con sus contribuciones en la presente obra, cabe hacer mención, entre otras, al Dr. Sergio García Ramírez, Investigador Nacional Emérito del Conacyt, Dr. José Alfonso Esparza Ortiz, Rector de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Dra. Patricia Kurczyn Villalobos, Comisionada del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, Dr. Jorge Witker Velásquez, Profesor Investigador SNI-III.

Ahora bien, la lucha por los derechos humanos ha significado una ruptura tanto de paradigmas como de obstáculos epistemológicos en las Ciencias Sociales y en específico de la Ciencia Jurídica.³

³ Véanse: Ricardo Guastini, *El léxico jurídico del Marx liberal*, Trad. de Jean Hennequin. Puebla, UAP, 1984, pp. 59 y 91; Vladimir Tumanov, *Derecho natural y póstumo jurídico en la valoración marxista en la concepción marxista del derecho*, 2a. ed. Moscú, Academia de Ciencias de la URSS, 1982, p. 15; Michel Mialle, *Une introduction critique au droit international*. París, Éditions François Maspero, 1976, pp. 322 y 323; Michel E. Tigar y Madelaine R. Levy, *El derecho y el ascenso al capitalismo*. Trad. de Nicolás Grab, México, Siglo XXI Editores, 1973, pp. 269, 316 y 317; Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999, p. 25; Manuel Atienza, *Introducción al derecho*. México, Fontamara, 2003, p. 17; Gregorio Peces Barba, *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 327; Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid, Trotta, 2000, p. 26; Rodolfo Lara Ponte, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. México, Porrúa, 1993, p. 15; Margarita Herrera Ortiz, *Manual de derechos humanos*. 5a. ed. México, Porrúa, 2011. (Texto Completo de la Carta Magna Inglesa de 1215. Tomada de la obra de Pound Roscoe. Desarrollo de las grandes constituciones de la libertad, Buenos Aires, Agora, 1960), 3a. ed. México, Pac, p. 400; Miguel Carbonell, *Una historia de los derechos fundamentales*. México, Porrúa / UNAM / CNDH, 2005, p. 39; Christine Fauré, *Las declaraciones de los derechos del hombre*. Trad. de Diana Luz Sánchez y José Luis Núñez Harrejón. México, CNDH / FCE, 1999, p. 18; Nazario González, *Los derechos humanos en la historia*. Barcelona, Alfaomega, 2002, pp. 81 y 82; Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*. México, Porrúa, 2013.

Consecuentemente, es prudente resaltar el proceso histórico en donde identificamos a las monarquías autoritarias y absolutistas de los siglos XIV al XVIII, y que forman parte de los excesos y discriminaciones que se vivieron en el modo de producción feudalista. En donde, los señores feudales eran dueños de las tierras y de la vida de los siervos de la gleba, los cuales eran considerados como cosas al igual que en la época del esclavismo.⁴

Por otra parte, no debemos pasar por alto que, el fortalecimiento de los derechos humanos se logra en la medida que ha evolucionado el Derecho Constitucional. A este respecto, el Estado de Derecho Democrático, surge y se fortalece con el desarrollo de las fuerzas productivas y de las relaciones sociales de producción del capitalismo.

El Derecho Constitucional tiene un papel relevante para el desarrollo de una cultura de la legalidad y la evolución del Estado de Derecho Democrático que se sustenta jurídicamente en normas fundamentales, lo que permitirá dar fin a las arbitrariedades y prácticas ilegales e ilegítimas que caracterizaron a las monarquías de aquella época.

Al respecto, cabe citar la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789.

El constitucionalismo nace como el resultado de un profundo quiebre en el pensamiento político y jurídico moderno, ocurrido hace tres siglos, su construcción y evolución ha sido gradual y paulatina. Hoy en día, ante los retos que conlleva la globalización, el constitucionalismo requiere de una redefinición y, para ello, no hay mejor manera que entenderlo desde sus raíces, comprender los objetivos primarios que persigue y pensarlo desde una perspectiva histórica. De no hacerlo, en el intento por adecuarlo a los

⁴ Cf. Karl Marx, *El capital*. México, Siglo XXI Editores, 1982, t. I, vol. 1, pp. 73, 94 y 95.

vertiginosos tiempos actuales, se corre el riesgo de desnaturalizarlo y de convertirlo en algo distinto respecto de su concepción y fines originales.⁵

Por otra parte, es oportuno tener presente una síntesis de la evolución de los diferentes esquemas acerca del concepto de Constitución:

Consecuentemente, a lo largo de la historia del pensamiento político y jurídico podemos encontrar cuatro usos prevalecientes del concepto de Constitución. El primero, se refiere a la forma de gobierno mediante la que se estructura políticamente una sociedad determinada. Éste corresponde a la idea griega de *politeia* con la que Aristóteles, por ejemplo, identifica a los diversos tipos de gobierno en su estudio sobre las formas políticas de la Grecia clásica. La segunda acepción del concepto de Constitución es aquella que, derivada de las tesis del institucionalismo, la concibe como el equilibrio de las fuerzas políticas realmente existentes en una sociedad; la manera en que se reflejan e interactúan los factores reales de poder. Además, coincide con el concepto de Constitución material, como lo considera Ferdinand Lassalle y, principalmente, Maurice Hauriou y Santi Romano.⁶ El tercer uso de la idea de Constitución es el que hace el juspositivismo y que la identifica con una norma positiva, la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, de la que dependen en última instancia todas las demás y que, por ese hecho, constituye el fundamento de unidad y de validez del entero sistema jurídico. En la lógica de Hans Kelsen, se encuentra inmediatamente debajo de la *Grundnorm* (que, en todo caso, no es ya una norma positiva sino presupuesta). El cuarto y último uso de este concepto es el que la identifica con un sistema de garantías para limitar al poder, en primer término al poder político. Esta concepción garantista de la idea Constitución, típi-

⁵ Lorenzo Córdova Vianello, “Prólogo” al libro de Javier Ruipérez, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*. México, UNAM, 2005, p. XIII.

⁶ Cf., *ibid.*, pp. XIII-XIV.

camente moderna, es la acepción usual del liberalismo político, y encuentra su formulación clásica en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁷

El concepto garantista de la Constitución da significado moderno al constitucionalismo y se vincula al “Estado constitucional democrático”, el cual se basa, ante todo, en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales como límites al poder político.

Los dos principios básicos y medulares del Estado constitucional, el principio democrático, conforme con el cual la soberanía solo puede corresponder al pueblo, y el principio de supremacía constitucional, por el que se entiende que todas las autoridades que actúan en su seno se encuentran obligadas al cumplimiento de la Constitución, que es la obra del propio pueblo.⁸

Empero, no basta con tener la referencia conceptual y teórica de lo que son los derechos humanos y su vinculación con la Constitución, también es necesario estimar la trascendencia que juega la cultura como una expresión viva y actuante que nos proporciona identidad. De ahí, la razón de citar la reflexión de León Cortiñas Peláez, quien considera:

La Constitución como cultura no es solamente un texto jurídico o una obra de reglamentación normativa, sino que también es la expresión de una situación de desarrollo cultural, medio del autorretrato cultural de un pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de esperanzas [...]. Las constituciones vivas como una obra de todos los intérpretes de constituciones de la sociedad abierta son, respecto a la forma y al contenido, la expresión y divulgación de la

⁷ De acuerdo con Norberto Bobbio, según el moderno constitucionalismo “el poder político en cualquiera de sus formas y en cualquier nivel, incluso el más alto, está limitado por la existencia de derechos naturales... de los cuales son titulares los individuos en particular antes de la institución de la sociedad civil, y por las leyes constitucionales, que están garantizadas por la separación y por el control recíproco de los poderes que ejercen las funciones principales del gobierno de la sociedad”. *Teoria generale della politica*. Turín, Einaudi, 1999, p. 194, citado por L. Córdova Vianello, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. XIV.

⁸ J. Ruipérez, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 128.

cultura, un marco para (re)producir y de recepción cultural y almacén para las informaciones, experiencias y conocimientos culturales adquiridos. La Constitución es una forma creada que se desarrolla con la vida.⁹

De tanto en tanto es bueno volver la mirada al pasado, para no extraviar el futuro. No advertir los errores pretéritos nos puede poner en situación de repetirlos; y no recordar las hazañas del ayer nos puede conducir a represiones.¹⁰

La Revolución Mexicana de 1910-1917, suceso histórico que sumó aproximadamente de uno a dos millones de muertos, representó un parteaguas en la historia de América Latina y del mundo. En dicha Carta Magna, se trata de aminorar las desproporcionalidades: económicas, sociales, educativas, políticas, etcétera, mediante normas jurídicas constitucionales de corte social. A este respecto, cabe citar los siguientes artículos constitucionales, originalmente: 3o., 27 y 123, posteriormente, se suman los siguientes artículos: 1o., 2o., 4o., 5o., 26 y 28.¹¹

La evolución de las sociedades progresistas hasta el presente ha sido un camino del “Estatuto al Contrato”.¹²

Por su parte, Michael E. Tigar, al comentar el *Ancient Law* de Henry Maine señala lo siguiente: A pesar de que sus observaciones profundas y de su investigación histórica tan amplia, a Maine, se

⁹ León Cortiñas Peláez, “La investigación científica constitucional de un alma gemela de Pablo Lucas Verdú (El derecho del más fuerte en la entraña del orden neoliberal)”; en Raúl Modoro Leoncio y Pedro de Vega García (coords.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2000, t. I, p. 197.

¹⁰ Diego Valadés, “Salvador Alvarado, un precursor de la Constitución de 1917”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*. México, UNAM, 1995, p. 442.

¹¹ Cf. Rafael Sánchez Vázquez, “La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (Caso México)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México, núm. 27, julio-diciembre de 2012, p. 255.

¹² Michael E. Tigar, y R. Levy Madeleine, *El derecho y el ascenso del capitalismo*. Trad. de Nicolás Grab. México, Siglo Veintiuno Editores, 1978, pp. 270 y 271.

le conoce más que nada por una única línea extraída de *Ancient Law*, que expresa su punto de vista:

“Maine adoptaba la mitología de la libertad de contratación que había sido tan popular en la Inglaterra del siglo XIX cuando ya hacía tiempo que había perdido toda relación con la realidad”. Sin embargo, es sorprendente que *Ancient Law* siga siendo un libro de texto en las escuelas de derecho de hoy. Pero lo que sucede es que a los abogados se les prepara para manejarse con conceptos más que con la realidad, para despojar las situaciones de sus elementos humanos y llegar a los problemas jurídicos en que A compra y B vende en alguna situación abstracta. Esta fascinación de la abstracción hace de los juristas occidentales excelentes ideólogos. Mantienen viva la mitología de los primeros tiempos de los cruzados del poder burgués, porque siguen encarando seriamente el marco conceptual de aquella época.¹³

Después de haber expresado algunas consideraciones en relación al surgimiento de los Derechos Humanos, es importante considerar algunos datos históricos de cuándo, cómo y qué funciones desarrolla la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en nuestro país.

El primer antecedente en México, acerca de lo que más tarde conoceremos como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se dio en San Luis Potosí mediante el decreto número 18, del 5 de marzo de 1847, por el cual se aprobó la ley de la Procuraduría de Pobres conformada por 20 artículos y publicada el 10 de marzo de 1847 por Antonio Ladrón de Guevara, Presidente; Francisco Estrada, Diputado y Secretario, y Mariano de la Hoyuela, Diputado y Secretario.

Al respecto cabe hacer mención de lo siguiente: el artículo primero señalaba que habría en el Estado tres Procuradores de pobres nombrados por el Gobierno y dotados con el sueldo anual de mil doscientos pesos cada uno; el artículo segundo obligaba a los Procuradores a ocuparse exclusivamente de la defensa de las

¹³ *Idem*.

personas desvalidas, pidiendo inmediata reparación sobre cualquier agravio que contra aquéllas se cometieren; el artículo tercero indicaba que los pobres podrían quejarse de palabra o por escrito y las autoridades estarían obligadas a darles audiencia en todo caso, y el cuarto establecía que, para las quejas verbales sería bastante que se presentasen los Procuradores acompañados del cliente ofendido ante el Secretario, la cual se firmaría por el Procurador y el cliente para dar cuenta de preferencia en primera oportunidad.¹⁴

A través del liderazgo del maestro Héctor Fix-Zamudio, quien dirigía el Instituto entonces llamado de Derecho Comparado, así como del doctor Jorge Carpizo, quien fungía como secretario del mismo y don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, el coordinador del evento, merece destacarse la tarea pionera que desarrolló el hoy denominado Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, al realizar el Primer Seminario Internacional de Derechos Humanos, de diciembre de 1968 a marzo de 1969, en el cual participaron connotados profesores nacionales y extranjeros.¹⁵

Entre los profesores extranjeros que concurrieron a aquel seminario internacional estuvieron juristas de la talla de Karel Vasak, A. H. Robertson, Karl Loewenstein y René Cassin.¹⁶

De este modo, el propio Instituto, del 11 al 22 de agosto de 1980, celebró una sesión de enseñanza sobre “La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas”.¹⁷ A esta importante sesión le siguieron diversos eventos académicos.¹⁸

¹⁴ Periódico *La Época*, San Luis Potosí, núm. 74, 11 de marzo de 1847, pp. 1 y 2. Citado por Fernando Gutiérrez Barrios en *Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. México, Secretaría de Gobernación, 1989, pp. 25 y 27.

¹⁵ Cf. Salvador Valencia Carmona, “La Comisión Nacional de Derechos Humanos y el esfuerzo creador de Jorge Carpizo”, en Miguel Carbonell *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México, UNAM, 2015, t. V, vol. 2, p. 506.

¹⁶ *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México, UNAM, 1974. Citado por S. Valencia Carmona, *ibid.*, p. 506.

¹⁷ Los trabajos aparecieron en la obra colectiva *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*. México, UNAM, 1973.

¹⁸ S. Valencia Carmona, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 506.

Otro antecedente, es la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos de Nuevo León, establecida por una ley del Congreso local del 3 de enero de 1979, así como el Procurador de Vecinos, creado por acuerdo del Ayuntamiento de Colima el 21 de noviembre de 1983, y que se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal del Estado de Colima publicada el 8 de diciembre de 1984.¹⁹

El primer organismo que ha funcionado en realidad, aun cuando con una competencia restringida, lo ha sido la Defensoría de los Derechos Universitarios, cuyo estatuto fue aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985.²⁰

De esta manera, a la Defensoría de la UNAM le siguieron los siguientes organismos: Procuraduría para la Defensa del Indígena en Oaxaca, 26 de septiembre de 1986; Procuraduría Social de la Montaña de Guerrero, 29 de abril de 1987; Procuraduría de Protección Ciudadana en Aguascalientes, 28 de agosto de 1988; Reglamento General de la Defensoría de los Derechos Humanos de los Vecinos del Municipio de Querétaro, 22 de diciembre de 1988; Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal, 23 de enero de 1989; Dirección General de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, 13 de febrero de 1989; Comisión de Derechos Humanos del Estado de Morelos, 5 de abril de 1989, y Ley sobre la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California, 31 de julio de 1990.²¹

De los organismos señalados como antecedentes de la CNDH, Jorge Carpizo encontró las siguientes características de similitud: a) se crean nuevos órganos públicos que protegen los derechos

¹⁹ Magdalena Aguilar Cuevas, *El defensor del ciudadano* (Ombudsman). México, UNAM / Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 113-138. Citada por S. Valencia Carmona, *ibid.*, p. 504.

²⁰ *Idem.*

²¹ A este respecto véanse Jorge Madrazo Cuéllar, *Derechos humanos, el nuevo enfoque mexicano*, México, FCE, 1993, pp. 50-51; *Documentos y testimonios de cinco siglos, cit.*, pp. 200 y ss.; R. Lara Ponte, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 201 y ss.; M. Aguilar Cuevas, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 325 y ss. Citados por S. Valencia Carmona, *ibid.*, p. 505.

humanos y que subsisten con los órganos clásicos; *b*) son nuevos órganos antiburocráticos y antiformalistas; *c*) no suplen o duplican a los órganos clásicos de defensa, sino que completan la procuración y administración de la justicia; *d*) nacen de la periferia hacia el centro, y *e*) conviven con organismos no gubernamentales.²²

Por decreto presidencial del 5 de junio de 1990 se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), misma que inició sus actividades como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, carácter con el cual laboró durante año y medio.²³

Para normar sus actividades, el 1 de agosto de 1990, la Comisión Nacional publicó su Reglamento Interno, dándole la jerarquía no solo de un órgano desconcentrado, sino de “un órgano de la sociedad y defensor de ésta”.²⁴

El 18 de noviembre de 1991, se reformó el artículo 102 constitucional para dividirlo en los apartados denominados “A” y “B” vigentes. Se recogió en el apartado “A” la regulación anterior sobre el Ministerio Público federal, y en el apartado “B” se estableció la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las Comisiones estatales.²⁵

Por fin, el 28 de enero de 1992 se publicó la reforma que confirmó rango constitucional a la CNDH, en el ya referido artículo 102 apartado B. Este precepto fue reglamentado por la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, expedida por el Congreso de la Unión y publicada el 29 de junio de 1992. El reglamento de la propia Comisión fue aprobado por su Consejo y publicado

²² Véase *Caleidoscopio jurídico-político. Presencia de los maestros de la Facultad de Derecho en la prensa nacional*. México, UNAM, 1991, pp. 99 y 100. *Idem*.

²³ Jorge Carpizo, “Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos”, *Caleidoscopio jurídico-político. Presencia de los maestros de Facultad de Derecho en la prensa nacional*. México, UNAM, 1991, p. 105. Citado por S. Valencia Carmona, *ibid.*, p. 507.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Diario de debates*, LV Legislatura, Diario núm. 9, 19 de noviembre de 1991, en: <http://cronica.diputados.gob.mx/>.

en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de noviembre del año recién mencionado.²⁶

El doctor Jorge Carpizo estuvo al frente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos hasta principios de enero de 1993. Le sucedieron después reconocidos juristas: Jorge Madrazo Cuéllar, Mireille Roccati Velázquez, José Luis Soberanes Fernández y Raúl Plascencia Villanueva,²⁷ y a partir del mes de noviembre de 2014, inició su cargo de Presidente de la CNDH, el licenciado Luis Raúl González Pérez.

La primera reforma a la Comisión Nacional se produjo en junio de 1999, las aportaciones principales de dicha reforma de 1999 fueron las siguientes: *a)* se fortaleció la Comisión, confiriéndole el carácter de un organismo constitucional autónomo; *b)* se estableció, como facultad del Senado, la elección del presidente de la Comisión y de los miembros del Consejo Consultivo, que deberá hacerse por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara o en sus recesos por los miembros de la Comisión Permanente con una votación similar; *c)* el presidente de la Comisión deberá durar ahora en su encargo cinco años, pudiendo ser reelecto por una sola vez, y solo puede ser removido mediante juicio político; *d)* el presidente de la Comisión rendirá un informe anual a los poderes de la Unión; para este efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos de ley.²⁸

Este cambio constitucional fue significativo, pues al otorgarle a la Comisión “la naturaleza de un organismo autónomo constitucional” se garantizó “su independencia política, al no depender de ninguno de los Poderes de la Unión, con personalidad jurídica y patrimonio propios, pues al no existir obediencia a ningún interés de los Poderes de la Unión, de los partidos políticos y de otros

²⁶ Emilio Rabasa Gamboa, *Vigencia y efectividad de los derechos humanos en México. Análisis jurídico de la Ley de la CNDH*. México, CNDH, 1992; Gonzalo Armienta Calderón, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*. México, Porrúa, 1992, pp. 27-73. Citados por S. Valencia Carmona, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 509.

²⁷ Cf. *Idem*.

²⁸ Cf. S. Valencia Carmona, *ibid.*, pp. 509 y 510.

factores de poder, debe limitarse al cumplimiento de su función principal que consiste en la protección y defensa de los derechos humanos del pueblo mexicano”.²⁹

La segunda reforma se efectuó el 14 de septiembre de 2006. A través de ella se amplió la legitimación activa en favor de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para que pudiera interponer la acción de inconstitucionalidad.³⁰

Con motivo de la reforma que introdujo un nuevo paradigma constitucional en derechos humanos, publicada el 10 de junio de 2011, se presentaron también modificaciones a las comisiones de derechos humanos de las entidades federativas, en el apartado B del artículo 102 constitucional. Dichas modificaciones pueden condensarse de la manera siguiente: *a)* refuerzos a las recomendaciones cuando no se aceptan o no se cumplen; *b)* eliminación de la limitación competencial de las comisiones para conocer de asuntos laborales; *c)* autonomía para las comisiones locales; *d)* elección por consulta pública de los titulares de las comisiones, y *e)* nueva facultad de investigación a la Comisión Nacional por violaciones graves.³¹

En la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla hemos participado en la propuesta y establecimiento del Programa de Estudios de Derechos Humanos, Cultura y Democracia, como asignatura obligatoria en el tronco común de las diferentes licenciaturas que se ofertan: Derecho, Sociología, Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, desde el año de 2008.

Es por ello, que de manera permanente y continua hemos difundido la trascendencia del respeto a los derechos humanos, a través de Congresos Internacionales y Nacionales desde el año

²⁹ *Diario de los Debates*, Diario núm. 3, 8 de junio de 1999, en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=3&lg=57&ano=2&id=8105>, consultada el 9 de octubre de 2013.

³⁰ S. Valencia Carmona, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 511.

³¹ *Ibid.*, p. 512.

2007, 2010, 2015, 2016 y 2017, bajo la orientación de los siguientes objetivos y, son a saber: explicar y reflexionar acerca de qué son los derechos humanos, la importancia que tienen en la procuración e impartición de justicia. Por otra parte, precisar y difundir la trascendencia de los derechos económicos y sociales, en el contexto de los derechos humanos, así como, la seguridad humana; diferenciar la igualdad y equidad de género en la procuración e impartición de la justicia; describir los derechos humanos y el medio ambiente; ponderar derechos humanos, garantismo, política criminal y el sistema procesal penal acusatorio.

Por último, solo me resta compartir el siguiente concepto acerca de que son los derechos humanos: aquellos derechos o facultades que tienen como fuente de origen al ser humano desde una perspectiva holística, de su integridad física y mental (psicológica), en cuanto a su naturaleza de existir, convivir, desarrollar y fortalecer su dignidad humana con la garantía de mínimos vitales, que le permitan coexistir en armonía y libertad sin distinción de sexo, género, color, raza, credo religioso ni condición económica.

Rafael Sánchez Vázquez

Responsable del Instituto de Investigaciones
Jurídico Políticas de la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales de la BUAP
Puebla, Ciudad Universitaria
Primavera de 2018

PARADIGMA PROCESAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Sergio García Ramírez¹

En el marco de los trabajos y los debates vinculados a las reformas constitucionales de 2008 y 2013, y a la adopción del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), se ha invocado, a menudo, el concepto de “paradigma” o “nuevo paradigma” del procedimiento penal, del mismo modo que los trabajos preparatorios y el examen posterior a la reforma de 2011 sobre derechos humanos utilizó esa expresión a propósito de su trascendental materia: “nuevo paradigma constitucional de derechos humanos”.²

En lo que toca al orden constitucional, acaso podríamos preguntarnos si se trata –*in toto*– de auténticos nuevos paradigmas o de recuperación de modelos básicos, radicales, con adecuaciones atentas al tiempo y la circunstancia en la que aparecen las expresiones normativas calificadas como paradigmáticas y las fórmulas en las que éstas se manifiestan. Pudiera ser excesivo o distractivo el empleo de aquel término –que resulta, sin embargo, aleccionador y determina efectos socialmente útiles–, si se reconoce el significado radical de un paradigma, entendido como modelo, referencia, destino, a los que debieran disciplinarse las formas concretas de pretender y asumir la materialización de determinadas ideas, intenciones, proyectos, en cierto medio y en determinado tiempo.

¹ Este texto, con las modificaciones pertinentes, formará parte de mi libro sobre *El procedimiento penal*, de próxima publicación.

² Cf. Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-, 2012.

En rigor –y siempre por lo que toca al sistema constitucional de los derechos humanos, no así, por supuesto, en lo que respecta al régimen penal– lo que ha ocurrido es la recuperación de un antiguo paradigma, altamente bienhechor, por un lado, y el surgimiento de novedades, por el otro, cuyo conjunto aporta el “nuevo estatuto del ser humano” o “estatuto contemporáneo del ser humano”.³ Lo primero, porque la reforma de 2011 recupera la noción radical de los derechos humanos “reconocidos”, no “otorgados” o “concedidos”, y en este sentido insiste en la función de la asociación política como garante de la vigencia y la práctica de esos derechos, según enseñaron los antiguos textos fundacionales de las sociedades liberadas,⁴ entre ellos nuestras Constituciones, tanto en el alba de la república como a la mitad del siglo XIX.⁵

³ Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 4a. ed. México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. XXI.

⁴ Así, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 señala en su artículo III: “Que el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de gobierno, el mejor es el capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad, y es el más eficazmente protegido contra el peligro de la mala administración; y que cuando cualquier gobierno sea considerado inadecuado, o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que más satisfaga el bien común”. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del 4 de julio de 1776, menciona en su párrafo segundo: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”. En este mismo sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 establece en el artículo 2o.: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

⁵ El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado el 22 de octubre de 1814 en Apatzingán, estableció en su artículo 4o.: “Como el gobierno no se instituye para honra o interés particular de ninguna familia, de ningún

Volvamos al sistema penal. El empleo de la expresión “paradigma” en conexión con esta materia sugiere la posibilidad y la necesidad de reflexionar sobre el sentido del proceso penal –instrumento de la justicia penal– en una sociedad democrática –otra cosa sería en una sociedad autoritaria, despótica, opresiva–. Se trata de explorar los aspectos centrales del paradigma procesal penal en una democracia de este tiempo –aquí y ahora–, y en seguida confrontar el desiderátum que figura en aquél con las aplicaciones que constan en un régimen procesal determinado, por ejemplo, el que acogen nuestra Constitución y el consecuente CNPP.

En un importante documento elaborado emitido por la UNAM, en 2011, a cerca de la seguridad y la justicia en democracia, se invocó la necesidad de impulsar “un [...] cambio de paradigma en las políticas públicas de seguridad y justicia con auténtico fundamento democrático”, cambio apoyado en diversos criterios rectores aportados por el mismo documento. En otras oportunidades me he ocupado del paradigma de la justicia penal.⁶

De esta forma podremos advertir la mayor o menor distancia que media –o la conformidad que se plantea, en su caso– entre el paradigma establecido y el ordenamiento expedido. Sin embargo,

hombre ni clase de hombres; sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, éstos tienen derecho incontestable a establecer el gobierno que más les convenga, alterarlo, modificarlo, y abolirlo totalmente, cuando su felicidad lo requiera”; el artículo 24 agrega: “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos, y el único fin de las asociaciones políticas”. Por otro lado, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1857, señaló en su artículo 1o.: “El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.

⁶ Por lo que toca al documento de la UNAM, cf. Varios, *Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, agosto 2011, p. 9. En lo que respecta a mis puntos de vista acerca del paradigma del proceso penal en una sociedad democrática, cf. García Ramírez, “Comentario sobre el ‘paradigma procesal penal’ en una sociedad democrática”, en Varios, *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios, cit.*, pp. 373 y ss.

el indispensable cumplimiento de este cotejo, con las consecuencias afirmativas o correctivas que traiga consigo, no nos libra de realizar la otra confrontación, la que más interesa –o la única que interesa– a la nación, es decir, la que pone cara a cara las estipulaciones normativas y el discurso del legislador y del político que le acompaña en el camino, por una parte, y la realidad estricta y comprobable del sistema penal, por la otra.

Conviene aludir a la verdadera tensión que ahora existe entre modelos –paradigmas– del sistema penal, tensión en la que disputan extremos imperiosos, en franco conflicto. Pero ahora me referiré solamente al encuentro que se ha destacado con mayor frecuencia y visibilidad, en torno al cual gira el nutrido discurso que sustenta la reforma al sistema penal mexicano: la contraposición entre regímenes inquisitivo y acusatorio, y entre éste y el sistema mixto.

En seguida me referiré a algunos rasgos generalmente atribuidos a los sistemas inquisitivo y acusatorio, así como a ciertos aspectos de la polémica histórica entre partidarios de cada uno de aquéllos y sostenedores del régimen mixto, que ha sido el más favorecido en el curso de mucho tiempo –sobre todo a partir de la Revolución Francesa y de la codificación napoleónica– y reaparece como telón de fondo.

No sobra recordar que ambos tipos de proceso –el acusatorio y el inquisitivo– tienen raíces históricas muy profundas; aparecieron en diversas épocas y acumularon experiencias de varios géneros, que han referido sus partidarios y adversarios. De ello da cuenta la conocida y muy documentada descripción que figura en la monumental obra de Vincenzo Manzini, quien sigue la historia de estos regímenes y formula observaciones sobre sus ventajas y desventajas, razones y sinrazones, conforme a los rasgos que cada tipo ofreció en la circunstancia en la que operó y en el curso de su propio desenvolvimiento histórico.⁷

⁷ Cf. *Tratado de derecho procesal penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires, Librería “El Foro”, 1996, t. I, pp. 34 y ss. Véase la descrip-

Aun cuando la atención general sobre la obra revolucionaria de Beccaria se ha dirigido sobre todo a cuestiones conectadas con la legalidad penal, las sanciones –sobre todo, la pena de muerte– y la tortura, el marqués se ocupó en temas procesales, como lo ha destacado Mario Pisani,⁸ que constituyen, al decir de Giuliano Vassalli, un “terreno central de la batalla liberadora de Beccaria”.⁹ En este orden de cuestiones, Beccaria impugna lo que se denominó enjuiciamiento “ofensivo”, esto es, inquisitivo, y favoreció el llamado “informativo”, que implica una “indagación indiferente del hecho, según manda la razón”.¹⁰

En su oportunidad, Manzini dijo que el acusatorio (digamos, en beneficio de los necesarios deslindes y matices: acusatorio histórico), un proceso de corte civilista, es “algo muy distinto del ideal de publicidad, de oralidad, etcétera, sobre el que algunos andan fantaseando”, y relata la suerte de epitafio que puso al acusatorio el artículo 24, parágr. 3, de la Constitución Criminal Teresiana, declarando “enteramente abolido el tal voluntario proceso de acusación por los mencionados y por otros destacados motivos y dificultades”. Así –agrega el tratadista italiano– “terminaba una experiencia de muchos siglos”.¹¹

Había llegado la hora del proceso inquisitivo, que Manzini describe y al que dedica elogios que no podríamos suscribir si recordamos –sin mengua de las reales o supuestas virtudes que pudo tener en alguna expresión pretérita– sus excesos y torpezas en el curso del tiempo. Mencionemos la reflexión del notable tratadista

ción sintética que proporciona Julio Maier, *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2a. ed., 2004, t. I, pp. 443 y ss.

⁸ “Cesare Beccaria et le procès pénal”, en Varios, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. Milán, 1988, p. 36. Asimismo, cf. Pisani, *Attualità di Cesare Beccaria*. Milano, Giuffrè Editore, 1998, pp. 7 y ss.

⁹ “Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria”, en Varios, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. Milán, 1988, p. 25.

¹⁰ Así, en *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, ed. facsimilar con estudio introductorio de Sergio García Ramírez. México, Fondo de Cultura Económica, 2006, cap. “Del espíritu de fisco”, pp. 255 y 256.

¹¹ *Ibid.*, pp. 34 y 49.

italiano: el inquisitivo “ofrecía mejores medios que el otro para una eficaz represión de la delincuencia y estaba más en conformidad con el espíritu de los tiempos y del régimen que sucedió al de las llamadas libertades municipales”.¹² Aquella “virtud”, la competencia del sistema para luchar contra la delincuencia y su coherencia con nuevos vientos autoritarios, son los mismos atributos que se han esgrimido para retener variantes inquisitivas –en las normas o en las prácticas– entre los pliegues del proclamado sistema acusatorio.

Ahora me concentraré en el fenómeno que entraña la dialéctica constantemente observada en este ámbito de la vida jurídica, política y social, que se traslada a las soluciones normativas: de un lado, el retiro de derechos, libertades y garantías, en favor del Estado justiciero; del otro, el reconocimiento, la restitución y la ampliación de esos derechos, libertades y garantías del individuo, temas que es necesario examinar en conexión con el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En esta dialéctica y en la forma de plantearla, razonarla y resolverla, reside la esencia del sistema procesal penal deseable. Más que un encuentro entre “banderas” –diversamente elevadas y agitadas en el curso de los tiempos– lo que importa es precisar, al amparo de deliberaciones y decisiones propias de la sociedad democrática, en qué sentido se inclinará la justicia penal –en general y en sus muy numerosas figuras, instituciones, actuaciones, etcétera– eligiendo para ello alguna de las orientaciones que acabo de mencionar.

Lo que nos interesa finalmente, en realidad, es la adopción y efectividad de un modelo de proceso penal democrático, que brinde seguridad y justicia al amparo de los valores y principios acogidos en una sociedad de ese carácter. Ahora bien, es verdad que este modelo suele identificarse con el sistema acusatorio; su contrapartida, con el inquisitivo. “El origen del sistema acusatorio –se-

¹² *Ibid.*, p. 49.

ñala Leone— se vincula a una concepción democrática, y tan es así, que fue adoptado por los antiguos regímenes democráticos y republicanos”.¹³ Ottavio Sferlazza opta por buscar el criterio de selección entre los sistemas inquisitivo y acusatorio “en la mayor idoneidad para tutelar la libertad política y los derechos de la persona humana. Bajo este perfil, el sistema acusatorio es más respetuoso de los derechos fundamentales, pero, sobre todo, le dificulta en mayor grado al poder político el manipular los hechos y construir la verdad de estado”.¹⁴ Miremos a continuación las condiciones que debieran caracterizar al proceso penal congruente con el modelo que pretendemos seguir.

Es preciso que el enjuiciamiento reconozca y exprese el papel del orden penal para la democracia; bien está que sea eficaz, breve, socialmente observable, en la inteligencia de que ningún rasgo de este carácter formal debiera oscurecer o frustrar su compromiso con los valores propios de una sociedad democrática.

Puesto que me estoy refiriendo a un paradigma procesal, a guisa de marco para entender y valorar, juzgar y mejorar el sistema que nos hemos dado, resulta pertinente volver a la afortunada expresión de César Beccaria en su *Dei delitti e delle pene*, hace un cuarto de siglo, amparado en las ideas liberales que enarboló con fortuna. Si pudiéramos establecer una escala universal de los delitos y de las penas —sostuvo el ilustre milanés—, sabríamos el grado de libertad o de tiranía que prevalece en una sociedad.¹⁵ Y esta idea, desenvuelta a lo largo de *Dei delitti*, culminaría en el teorema general que corona la obra. En suma, Beccaria propuso un orden

¹³ *Tratado de derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1963, t. I, p. 22. En similar sentido, Patricia González Rodríguez opina que la estructura del sistema acusatorio tiene una “relación natural y complementaria con el sistema penal democrático”. *Manual de derecho procesal penal. Principios, derechos y reglas*. México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 22.

¹⁴ *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada. Principios, evolución y las formas especiales de valoración de la prueba en el modelo italiano*. México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales-Aquesta Terra-Fontamara, 2005, p. 65.

¹⁵ Cf. Beccaria, *De los delitos...*, *op. cit.*, p. 226.

penal mínimo, insignia del penalismo democrático contemporáneo.¹⁶

Vinculemos el concepto del gran reformador, seguido por las mejores corrientes de nuestra hora, con sus implicaciones en el procedimiento penal. A ese concepto del Derecho penal mínimo –en su vertiente adjetiva– se conforma el enjuiciamiento de la sociedad democrática. Si el orden punitivo es el último recurso del control social, que debe subir a la escena excepcional y moderadamente, cuando otros remedios han resultado insuficientes para garantizar la seguridad y el imperio de la justicia en las relaciones sociales, la solución procesal formal debiera utilizarse con esa misma excepcionalidad y moderación.

En la historia del sistema penal y su herramienta de control hay numerosos capítulos que dan cuenta de la tentación –frecuentemente llevada al extremo– de utilizar en demasía los medios punitivos para encauzar la vida social. Esta tendencia arriba al autoritarismo, la tiranía o el totalitarismo, asociados por una sola vena de opresión. El modelo democrático rechaza con fuerza semejante planteamiento: el orden penal debiera ser mínimo, llegar al final, cuando se han agotado los otros medios de control, con raíz liberal y democrática. Es inadmisibile erigir al orden penal en “breviario del gobierno”; lo es “gobernar con el código penal en la mano”. Merece el más enérgico rechazo la tendencia a resolver a través de la “justicia” penal lo que es preciso atender por medio de la justicia social.

En este sentido es pertinente recordar el planteamiento elevado en 2011 por la Universidad Nacional Autónoma de México en el documento al que antes me referí: “Resulta indispensable que la justicia penal se coloque en su justa dimensión respecto de la política social. Es inaceptable que se recarguen en la justicia penal expectativas que corresponden más bien a la justicia social. Esperar

¹⁶ Cf. García Ramírez, *Los reformadores. Beccaria, Howard y el derecho penal ilustrado*. México, Tirant lo Blanch-Instituto Nacional de Ciencias Penales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 66-67.

que el sistema de justicia penal resuelva por sí solo la problemática compleja del delito es ilusorio. El papel de la justicia penal en nuestra sociedad debe adoptar una perspectiva multifactorial del crimen, de modo que las diversas instituciones del Estado se alineen para avanzar con el fin común de reducir la delincuencia”.¹⁷

El discurso que sustenta diversas instituciones compositivas de manejo delicado, alojadas en el basamento procesal constitucional y desenvueltas –con mejor o peor fortuna– en el CNPP y en la legislación sobre soluciones alternas, se esfuerza por reconocer este rasgo minimalista del sistema penal, sustituido por métodos extra-penales o parapenales que implican menor intervención del Estado y mayor injerencia de los particulares interesados. Ahora bien, es obvio que esas instituciones también han de satisfacer –y esta es la gran cuestión que aquí sobreviene– el propósito de justicia que anima al sistema en su conjunto.

El modelo que ahora examinamos, paradigma para la construcción del ordenamiento procesal –y, sobre todo, de la práctica del enjuiciamiento desde el inicio de éste hasta su formal conclusión–, debe cargar el acento en el espacio de las libertades del individuo justiciable, sus derechos y garantías, sus defensas frente a la tentación tiránica que vela en todas las encrucijadas del laberinto penal.

En este extremo entran en juego el individuo –la persona, el ser humano– en situación de sumo desvalimiento frente a la sociedad, que lo mira con temor o recelo, y el Estado, que se erige como su acusador, juzgador y verdugo. El valimiento del individuo depende de la solución que aporte el sistema penal y, en éste, la vía procesal. Desde luego, no se trata de negar automáticamente toda culpa e imponer la absolución del inculcado, que sería un agravio para la justicia; pero tampoco de sancionarlo sin miramiento, sin reconocimiento de derechos –la plena defensa, entraña del debido proceso– ni despliegue de garantías, que aseguren el juicio justo en bien del inculcado y del conjunto social.

¹⁷ Varios, *Elementos para la construcción...*, *op. cit.*, p. 17.

En este punto surgen cuestiones que es necesario entender, atender y resolver con presteza y pulcritud: el ineficaz manejo de la justicia penal puede acarrear –ya está ocurriendo– el descrédito popular del debido proceso. Éste es uno de los mayores peligros que enfrenta la verdadera justicia penal, de cuya adecuada solución penden, no hay duda, el progreso o el retroceso (normativo y práctico).

Si se ha de poner énfasis en los derechos y las garantías del inculpado, lo mismo corresponde hacer en relación con la víctima de la conducta ilícita, un personaje frecuentemente olvidado o postergado en el ejercicio penal.¹⁸ Éste sale gradualmente del ostracismo en el que le mantuvo confinado la idea de que la persecución penal solo corresponde al Estado, y deja fuera al ofendido. Este recupera derechos materiales y, con ellos, derechos procesales –legitimación en actos del enjuiciamiento–, y avanza en el camino de lo que ahora denominamos la “reparación integral”, favorecida en México por la Ley General de Víctimas,¹⁹ un ordenamiento que asocia víctimas del delito y víctimas de violación de derechos humanos, técnica que han objetado algunos observadores, que ponen

¹⁸ Sobre esta materia en el panorama de América Latina, cf. Varios, *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*. Bertolino, Pedro (coord.), Santa Fe, Argentina, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, 2003. En esta obra colectiva aparece mi artículo “Situación procesal del ofendido por el delito (Derecho mexicano)”, pp. 391 y ss., que corresponde a una etapa anterior a la normativa constitucional y legal vigente en la actualidad.

¹⁹ Esta ley apareció en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013. De conformidad con el artículo 27, la reparación integral comprende: 1) la restitución, que busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos; 2) la rehabilitación, que consiste en facilitar a la víctima los recursos para hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho ilícito; 3) la compensación de todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables; 4) la satisfacción, que busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas; 5) las medidas de no repetición a fin de que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir; y 6) en su caso, la reparación colectiva tratándose de grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectados por la violación de los derechos individuales de sus miembros o cuando el daño comporte un impacto colectivo.

énfasis en el deslinde entre las categorías propias de los derechos humanos y las características del sistema penal.²⁰

Desde hace tiempo se milita, con avances paulatinos que adquieren firmeza gradual, en favor de la adopción de políticas públicas para la atención a víctimas de los delitos –además, por supuesto, de las víctimas que resultan del abuso del poder–, que se despliegan por diversas vías y con distintos medios.²¹

Es claro que el ofendido que pugna por el reconocimiento y ejercicio de sus derechos, debe contar con instrumentos que verdaderamente le permitan alcanzar estos objetivos. A ello obedecen las facultades que le reconocen el CNPP y la Ley de Amparo, así como las figuras auxiliares que “emparejan” al ofendido con el inculpado, como el asesor jurídico introducido en la preceptiva constitucional y pendiente de aparición suficiente y consolidación en la práctica procesal.

En el mismo conjunto de elementos que concurren a erigir el modelo o paradigma del enjuiciamiento penal en una sociedad democrática se halla todo aquello que permita determinar, revisar y controlar, con justicia y puntualidad, el alcance y el quehacer del Leviatán en el proceso penal, donde comparece como una suerte de “cruzado”: o “defensor de la sociedad”.

El enjuiciamiento correspondiente a un modelo político autoritario ensancha las potestades persecutorias del Estado; el que proviene de las corrientes democráticas –que prosperan al término del siglo XVIII– acota esas potestades de manera que sea posible conciliar legalidad y legitimidad, seguridad y justicia. Las fronteras asignadas al Estado en el modelo democrático –mínimo penal– no van más allá de lo estrictamente necesario para el buen cumplimiento de la función pública en este ámbito.

²⁰ Cf. María Eloísa Quintero, *Sistema de derechos humanos y sistema penal. Víctima, reparación del daño y trata transnacional*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014, pp. 20 y ss.

²¹ Cf. María de la Luz Lima Malvido, *Políticas públicas en la atención a víctimas. Una propuesta metodológica*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015, esp. pp. 185 y ss.

No pocos penalistas de nuestro tiempo –zarandeado por reclamaciones que harían naufragar o al menos pondrían en severo predicamento el orden democrático, a partir de su vertiente penal– se han ocupado en denunciar los nerviosos movimientos que han generado pasos penales fuera de los principios liberales que informaron esta materia a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX. Podríamos decir que estos problemas se hallan en el corazón del debate político-criminal del presente, que coteja las urgencias de la eficacia con las exigencias de la libertad y la justicia. Veamos algunos comentarios en esta dirección, que no podría ignorar el intérprete de las novedades normativas y de sus aplicaciones prácticas en nuestro país, y mucho menos el analista que mira hacia el futuro. Recogeré ahora algunas reflexiones en este sentido, que ya he mencionado en otra publicación, cuyos términos reproduzco en este momento.

Zaffaroni hace ver que tras el Estado de Derecho vela armas el Estado de policía,²² y que existe un “avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías. Se invocan estados de excepción o emergencias justificantes”; entre las características de ese avance figura el “marcado debilitamiento de las garantías procesales”.²³

Por su parte, Perfecto Andrés Ibáñez señala que ciertas respuestas penales frente al fenómeno del crimen y al despliegue de la justicia para combatirlo, “han generado su propio régimen procesal de excepción, formal y de facto”; existe un problema tradicional de “endémica crisis de vigencia de las garantías procesales”; éstas son “bienes escasos”, que forman filas entre los “gastos socia-

²² Cf. “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, en Varios, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*. San José, Costa Rica, Unión Europea-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1995, p. 15.

²³ *El enemigo en el derecho penal*. Madrid, Dykinson, 2006, p. 14.

les improductivos”; hay que administrarlas “con sentido de la economía”, a “quienes las merezcan, y, en todo caso, con tiento”.²⁴

Las muy inquietantes condiciones en que se ha desarrollado la acción del Estado contra la delincuencia, creciente y muy agresiva, han determinado medidas que difieren de las concepciones liberales y del trato garantista del proceso penal. Al respecto hay numerosas descripciones de los giros adoptados por la legislación –no solo en México, por supuesto, aunque también aquí–, como la que suministra Sferlazza a propósito del fenómeno mafioso en Italia, que ha motivado la introducción de medidas drásticas, como el régimen carcelario duro y distinto, la legislación premial para los colaboradores, la confiscación, entre otras.

Aunque no se ha alterado el sistema democrático ni ha habido “peligrosos retrocesos sobre el plan de la tutela de las libertades fundamentales –señala ese autor– (d)ebe sin embargo, reconocerse que la especificidad y la gravedad del fenómeno mafioso han impuesto elecciones legislativas orientadas hacia una regulación distinta de las disposiciones procesales aplicables a los crímenes atribuidos a la criminalidad organizada, introduciendo en el sistema procesal una legislación especial –que es diferente de la legislación excepcional– articulada en la previsión de toda una serie de disposiciones derogatorias con respecto a la disciplina ordinaria que se concretizan, como es lógico que sea, en normas más rígidas”.²⁵

De la opción política liberal y democrática, y de su proyección sobre el Derecho penal y procesal penal, deriva el minucioso régimen constitucional de atribuciones persecutorias del Estado, que se traslada al ordenamiento procesal secundario, el CNPP, y se desenvuelve en él. A este respecto, será necesario examinar la legitimidad, pertinencia y extensión de esas atribuciones en cada

²⁴ “Las garantías del imputado en el proceso penal”, en Varios, *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza (coords.). México, Raoul Wallenberg Institute-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente-Porrúa, 2007, pp. 176 y 177.

²⁵ *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada...*, op. cit., pp. 122 y 123.

etapa del procedimiento, a partir de la primera inferencia pública en el espacio de los derechos del individuo: las condiciones y reglas de la investigación –entre ellas, la formulación de la *notitia criminis* y la normativa sobre flagrancia–, la emisión de la orden de captura, el ejercicio de la acción y el sustento del auto de procesamiento al que ahora se denomina, con expresión discutible, vinculación a proceso.

La normativa sobre estas cuestiones no parece adecuarse a esa exigencia garantista y permite actuaciones cuestionables del órgano de investigación, bajo la idea de que los excesos en una primera etapa del procedimiento serán remediados más tarde –a veces, mucho más tarde, cuando se ha causado un daño irreparable y mayor– por el tribunal. El “modelo” se superpone a la “necesidad” y opera desfavorablemente en la “realidad” –tal es el riesgo–. He aquí un punto crucial, en mi concepto, para el análisis de la reforma constitucional de 2008 y sus derivaciones secundarias.

Por supuesto, siempre se requerirá que el paradigma procesal provea los medios para que se haga justicia y se brinde protección a la sociedad (tutela ampliamente reconocida, incluso subrayada por la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos proveniente de la Corte de San José, al tiempo de analizar los dilemas de la seguridad, por una parte, y la preservación de los derechos básicos de las personas, por la otra²⁶); protección que no se asegura sólo con disposiciones jurídicas –ya se dijo–, sino a través

²⁶ La Corte Interamericana sostuvo en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado puede valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”. Cf. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 154. Este criterio ha sido reiterado en varios casos, por ejemplo: *Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 162; *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 204; *Durand y Ugarte vs. Perú*, Fondo Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 69; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 174; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003,

de un amplio conjunto de elementos de tutela. Es así que se realiza una genuina defensa social, en el mejor de los sentidos.

Éste es un tema crucial para el sistema penal en su conjunto, y particularmente para el orden procesal, frecuentemente asediado por el falso dilema entre la lucha contra el crimen y la defensa de los derechos humanos.²⁷ El problema se plantea frente a todas y cada una de las que he denominado decisiones políticas fundamentales del sistema penal, que concurren a la orientación general de éste,²⁸ entre ellas el método para la aplicación al agente del delito de las consecuencias jurídicas correspondientes: el procedimiento penal. Es preciso superar esta supuesta antinomia –alentada por el autoritarismo y la ineficacia– y reconocer la necesidad y posibilidad de enfrentar la criminalidad y preservar los derechos humanos.²⁹

párr. 86, e *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 101.

²⁷ Cf. García Ramírez, “Crimen y seguridad: una cuestión nacional”, en Varios, *Grandes problemas nacionales*, Vasconcelos, Héctor (coord.). México, UNAM, 2017, pp. 272-277.

²⁸ Cf. García Ramírez, “Panorama de la justicia penal”, en Varios, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 718 y ss.

²⁹ Cf. García Ramírez, *La reforma penal constitucional 2007-2008. ¿Democracia o autoritarismo?*, 5a. ed., México, Porrúa, 2016, p. XX. Sobre la relación entre seguridad pública y derechos humanos, Mario Álvarez Ledesma sostiene: “En el mundo entero esta relación atraviesa una severa crisis, que en México reviste especial urgencia y gravedad”. “Seguridad pública y derechos humanos: ¿vecinos distantes u obstáculos insalvables?”, en Varios, *Seguridad Pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, Pedro José Peñaloza (coord.). México, Porrúa, 2005, p. 45. Por otra parte, Pedro Peñaloza afirma: “el concepto punitivo y persecutorio de la seguridad pública ha eclipsado cualquier intento para corregir el rumbo” de esa materia en nuestro país. “Seguridad pública: la crisis de un paradigma”, en *ibid.*, p. 561. Sobre las diversas vertientes (o “modalidades”) de la seguridad, cf. Jorge Fernández Ruiz, “Reflexiones en torno a la seguridad”, en Varios, *Seguridad pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Germán Cisneros Farías, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera (coords.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 78 y ss. Asimismo, cf. Augusto Sánchez Sandoval, “Políticas públicas en materia de ‘seguridad’ en la ‘sociedad del riesgo’”, *ibid.*, pp. 198 y ss., y Miguel Bonilla López, “Cinco estudios sobre seguridad nacional”, *Juez. Cuadernos de Investigación*. México, núm. 3, 2015, pp. 69 y ss. Sepúlveda Iguíniz cuestiona la idea de que en México exista una crisis en materia de derechos humanos. En todo caso –señala– “una crisis de de-

En el examen del régimen procesal de los Estados europeos, Mireille Delmas-Marty hace notar cómo se enfrentan “de un lado, la eficacia del sistema penal, concebido como sistema de control de la criminalidad (y del) lado opuesto, las garantías procesales (*due process*) que transforman el proceso penal en una carrera de obstáculos”. Este debate se manifestó inicialmente en los Estados Unidos; luego, en Europa. La cuestión de las opciones del proceso se refleja aquí “en la oposición entre la eficacia en la investigación de las infracciones y de sus autores, y el respeto de los derechos humanos de la persona”.³⁰ El temor de muchos penalistas –añade la ilustre profesora francesa– “es que la mundialización impone un derecho penal regresivo y opresivo, que sacrificaría la legitimidad con el único objetivo de ser eficaz”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado reiteradamente de este asunto e insistido en la obligación estatal de combatir el delito y proteger a la sociedad, tarea que se debe cumplir con estricta observancia de los principios y las normas del Estado de Derecho y con respeto a los derechos humanos.³¹ En el mismo orden interamericano conviene destacar los señalamientos de la Convención contra el Terrorismo y las declaraciones conexas emitidas en el foro en el que aquélla se aprobó, que destacan la necesidad de mantener incólumes los derechos humanos incluso frente a esas formas exacerbadas de criminalidad.³²

rechos humanos suele ser consecuencia de otras crisis”. Es preciso revisar los problemas existentes en diversos ámbitos que inciden sobre los derechos humanos. “La política de derechos humanos del Estado mexicano”, en Varios, *Seguridad pública y justicia penal...*, op. cit., p. 30.

³⁰ Varios, *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Delmas-Marty, Mireille (coord.), trad. de Pablo Morenilla Allard. Zaragoza, España, Eijus, 2000, pp. 40 y 41.

³¹ Cf. García Ramírez *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*. México, Porrúa, 2012, p. 7. Véase el panorama de esta materia que ofrece Osvaldo Alfredo Gozaíni en su obra *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.

³² En el preámbulo de la Convención Interamericana contra Terrorismo se reafirmó que la lucha contra este delito “debe realizarse con pleno respeto al derecho

En suma, “el más importante instrumento de racionalidad y control sobre las políticas de seguridad y justicia y sus instrumentos de implantación son los derechos humanos. Cualquier acción del Estado que tienda a vulnerarlos es, en sí misma, contraria a los fines de la seguridad y la justicia en democracia, en tanto ellas son parte de las prerrogativas fundamentales del ser humano”.³³

También es preciso analizar –y actuar como corresponda– la congruencia entre el sistema procesal adoptado y la naturaleza de la misión punitiva del Estado, que se debe reflejar en la regulación del enjuiciamiento, y que depende –racionalmente– de la necesidad de preservar con eficacia principios y valores inherentes a la democracia y responder a la demanda general de justicia, cuya insatisfacción trae consigo –como hemos visto, hasta la saciedad– una frustración generalizada y una peligrosa decadencia en la confianza de los ciudadanos, que a su vez engendra fuertes tentaciones autoritarias: el retorno a la “mano dura”; gobernar “con el código penal”, o el retroceso a la justicia por propia mano.

Existe un notorio “aire privatizador” con énfasis en la disposi-tividad de la persecución y de la sanción, reducidas a procesos negociables e incluso prescindibles. Esta privatización que conduce a soluciones compositivas ancla en excelentes intenciones y argumentos persuasivos. Ciertamente puede alentar soluciones más liberales en el ámbito de la justicia penal –cuyo carácter de “justicia” se diluye o enrarece–, pero también erosionar o alterar fuertemente los principios, los fines y la eficacia de un orden penal declinante. Cuando lo que se halla a la vista es una contienda penal (otra cosa es la pertinencia, que debe analizar el legislador, de que una conducta ilícita deba recibirse en el ordenamiento penal o

nacional e internacional, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, para preservar el estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el Hemisferio, elementos indispensables para una exitosa lucha contra el terrorismo”. Asimismo, el artículo 15 dispone: “Las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

³³ Varios, *Elementos para la construcción...*, *op. cit.*, p. 10.

pueda quedar en otra normativa), conviene recordar –y no olvidar– que el principio dispositivo que opera en algunas ramas del enjuiciamiento “se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares”.³⁴

Reconozco que ésta es una cuestión particularmente compleja, colmada de aristas, y que es difícil –y con frecuencia pudiera resultar errónea– cualquier solución tajante, simplista, que se aporte desde trincheras diversas y contrapuestas. El tema se halla en el centro de la normativa procesal que ahora examinamos. Lo está en el análisis de la reforma constitucional de 2008 y del CNPP, que ha buscado alternativas interesantes, pero sumamente cuestionables y ciertamente cuestionadas, que aún no han probado en los hechos su eficacia y su justicia.

Citaré en este apartado –con el propósito de evitar conclusiones simplificadoras, que carguen todos los bienes en una sola opción procesal fuertemente apoyada por el discurso político y el legítimo anhelo de mejoramiento de la justicia–, el parecer crítico, que mueve a la reflexión, del catedrático Juan Montero Aroca. Éste hace ver que al amparo del principio acusatorio se deslizan otros principios que implican concepciones políticas que afectan a la convivencia social: “1o. Los tribunales no tienen el monopolio del *ius puniendi*, sino que deben compartirlo con el Ministerio Público. –2o. Este Ministerio debe tener la disposición en la actuación del derecho penal, lo que equivale a decir que esa disponibilidad queda en manos del Poder Ejecutivo.”³⁵ –3o. El proceso no debe ser la única manera de actuar el derecho penal en el caso concreto,

³⁴ Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 186.

³⁵ Habrá que considerar, sin embargo, los diversos regímenes existentes acerca de la ubicación del Ministerio Público en el ámbito de los órganos del Estado, y sus implicaciones funcionales. Así, en México, el M.P. ha dependido tradicionalmente del Ejecutivo (anteriormente, se localizó en el marco judicial), pero la reforma constitucional del 10 de febrero de 2014 le ha conferido carácter de órgano autónomo.

debiendo admitirse otras maneras no procesales, como son los acuerdos entre el Poder Ejecutivo y el acusado”.³⁶

He formulado algunas notas sobre los modelos procesales, que entrañan paradigmas y figuran en el debate actual sobre nuestro sistema penal, y me he referido a los datos que debieran caracterizar, a mi juicio, un régimen procesal de signo democrático. En el curso de los presentes comentarios aludí a la existencia de las tensiones que actualmente prevalecen, que dominan el escenario del sistema penal mexicano y que es preciso reconocer a la hora de fijar las características de éste, sus implicaciones y las reformas que pudieran emprenderse, en su caso.

Esos extremos, informadores de tensiones y paradigmas, pueden resumirse en tres series cuyos componentes se hallan en conflicto. En primer término, aparece la multicitada oposición –que motiva un falso y peligroso dilema– entre el control del crimen y el debido proceso. En segundo término figura la antinomia entre economía y justicia, con sus respectivos requerimientos, cuyo predominio es decisivo para la orientación y la operación del sistema procesal penal.³⁷ En tercer término –fuertemente vinculado con el anterior– se halla la opción entre verdad histórica o material y verdad formal o convencional, que a su turno influye en las figuras procesales, la prueba y el método de composición del litigio, y el papel del juzgador.³⁸

³⁶ “Los principios del proceso penal, un intento de exposición doctrinal basado en la razón”, en Varios, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, pp. 412.

³⁷ Obviamente, no me estoy refiriendo al principio de economía en el sentido en que lo registra y alienta la mejor corriente procesal. Se reconoce, sin duda, que “el proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción debe presidir la economía del proceso”. Couture, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 189.

³⁸ En torno a los conceptos de verdad material y verdad formal, *cf.* Jordi Ferrer Beltrán, “La valoración de la prueba. Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en Varios, *Estudios sobre la prueba*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 12 y ss.

CONSIDERACIONES ÉTICO-JURÍDICAS SOBRE LA IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO EN LA BUAP

José Alfonso Esparza Ortiz¹

La Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, está comprometida con todas sus universitarias, sin exclusión ni discriminación alguna, por respetar y fortalecer la igualdad y equidad de género. Es por ello, que alas universitarias son parte activa y significativa de las transformaciones que activamente se viven en nuestra universidad.

Sumario: 1. Presentación. 2. Marco histórico sobre la igualdad y equidad de género. 3. Criterios jurídicos acerca de la igualdad y equidad de género en la BUAP. 4. Reflexiones en torno a la igualdad y equidad de género. 5. Bibliografía.

1. PRESENTACIÓN

La Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), es una institución pública de gran tradición académica cuyos antecedentes datan de más de 437 años con la fundación del Colegio del Espíritu Santo (1578).

Nuestra Alma Mater tiene como propósito fundamental generar el conocimiento de práctica científica y por consiguiente, fortalecer la investigación científica, tecnológica y humanista, en un ambiente de respeto, armonía y solidaridad, entre todos los inte-

¹ Dr. José Alfonso Esparza Ortiz, Rector de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

grantes de la comunidad universitaria, así como con la sociedad en el ámbito local, estatal, regional, nacional e internacional.

La Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, está comprometida con el respeto a la igualdad y equidad de género, a fin de que la comunidad universitaria sea portavoz de la no discriminación y la no exclusión de la mujer.

La BUAP ha implementado una política de equidad de género acorde con su carácter de universidad pública y en consonancia con su vocación democrática.

Esta política se institucionalizó al crearse, el 4 de mayo de 2010, el Comité de Equidad de Género, cuya tarea ha sido velar por el respeto a la diversidad, la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, tanto en el acceso a los estudios universitarios, como a la investigación científica y las áreas directivas.

En esta tesitura, la BUAP, el 20 de julio de 2012, publicó el Manual de Equidad de Género,² en el cual, se establece, entre otras cosas, lo siguiente:

“La Benemérita Universidad Autónoma de Puebla comprometida con la igualdad de oportunidades y la no discriminación, reconoce como una necesidad fundamental, la de realizar un proceso de reclutamiento y selección no discriminatorio por cualquier tipo de condición como sexo, raza, edad, religión, basando única y exclusivamente en las habilidades, conocimientos y capacidades de las personas. (4.3.1.).

En el Manual de Organización de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla se definen los perfiles por función y no por sexo, asimismo se alienta y apoya la ocupación de hombres y mujeres en cualquier función, delimitando niveles de educación, experiencia, cualidades y habilidades. Igualmente se promueve la asignación de tareas sin estereotipos de género.

El acceso a la capacitación y/o formación de las mujeres y los hombres que laboran en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla se otorga de manera igualitaria y tiene como objetivo ofrecer

² Consultar en: www.buap.mx, en la Unidad de Transparencia y Acceso a la Información: El marco normativo aplicable/Normas y manuales administrativos/Manual de Equidad de Género BUAP.

mayores oportunidades de desarrollo laboral, así como acercar la posibilidad de adaptarse más fácilmente a los cambios organizacionales y tecnológicos". (4.3.2.).³

En el núcleo familiar, la influencia e importancia de las madres rebasa el aspecto económico, ya que son ustedes quienes impulsan el éxito escolar de sus hijos, quienes los forman en valores y quienes los acompañan en su desarrollo. Por lo tanto, es a las madres a quienes debemos reconocer su contribución a una mejor sociedad, con buenos profesionistas y mejores ciudadanos.

En el caso de nuestra Máxima Casa de Estudios en Puebla, hay 3 mil 802 trabajadoras, de las cuales 53 por ciento tienen hijos, subrayándose que las madres universitarias representan un gran capital humano, gracias a su capacidad para llevar a cabo múltiples actividades, las cuales son realizadas con calidad, calidez y eficiencia.

A lo largo de mi trayectoria de varias décadas en la BUAP he tenido oportunidad de trabajar conjuntamente con las mujeres, por lo que no tengo duda de su capacidad y dedicación.

Por ello, durante mi gestión he asumido compromisos con las universitarias, como el otorgamiento de transformaciones de plazas y definitividades, la mejora de los servicios e instalaciones del Círculo Infantil y la modernización de los espacios y equipamiento en el área de ginecobstetricia del Hospital Universitario.

2. MARCO HISTÓRICO SOBRE LA IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO

Sin lugar a dudas, los movimientos de mujeres surgidos durante la época de la Revolución Francesa fueron los pioneros en las luchas y reivindicaciones acaecidas encaminadas al establecimiento del

³ Consultar en: www.buap.mx, en la Unidad de Transparencia y Acceso a la Información: El marco normativo aplicable/Normas y manuales administrativos/Manual de Equidad de Género BUAP.

derecho a la igualdad, que hoy en día aún marcan notables y negativas diferencias que agudizan y perjudican en todos los ámbitos de la vida del colectivo de las mujeres.⁴

El proceso igualitario no ha logrado un cambio global en los estereotipos y roles tan distintos que han imperado a lo largo de la historia, lo que hace que sean múltiples los obstáculos que se deben de superar y, en este sentido, resaltan los movimientos femeninos que transformaron la vida de las mujeres europeas y que tuvieron su punto de partida a principios del siglo XV con los escritos de Christine de Pisan,⁵ quien en su obra *La ciudad de las damas*, describía “entender” lo injustas que eran las opiniones que los hombres tenían de las mujeres y, desde dicha fecha, y a lo largo de trescientos años, del siglo XV al XVIII, se sostuvo como elemento nodal el cuestionamiento a la “naturalidad” de la supuesta inferioridad femenina; así pues, durante ese largo periodo, mujeres, y algunos hombres, plantearon que uno de los modos más eficaces para probar si tal inferioridad era innata o social, era “permitiendo” que accedieran al conocimiento.⁶

Se trataba de una lucha que venía de antiguo, comenzada con los movimientos sufragistas que tenían por objeto lograr el reconocimiento del derecho al voto para las mujeres (derecho que, por ejemplo, no fue logrado en países como Suiza sino hasta 1971). Los antecedentes doctrinales de estos movimientos se pueden remontar al menos a las ideas de Condorcet, quien en un trabajo de 1787 manifestaba que la más obvia y evidente violación del principio de igualdad se daba al otorgar a la mitad del género humano un trato discriminatorio.⁷

⁴ Ricardo Ruiz Carbonell, “La evolución histórica de la igualdad entre mujeres y hombres en México”, en Consuelo Maqueda Abreu y Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, *Derechos humanos: temas y problemas*. México, Ed. IJUNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2010, p. 69.

⁵ Ricardo Ruiz Carbonell, *op. cit.*, p. 70.

⁶ *Ibid.*

⁷ José Carbonell y Miguel Carbonell, *La construcción de la igualdad de género: Estado de bienestar y políticas públicas*. México, Ed. IJUNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. México, 2010, p. 5.

El mismo autor defendió la tesis que de no había razón alguna para negar a las mujeres los derechos de ciudadanía; no se podían sostener, en su opinión, ni razones físicas (como el embarazo o las “pasajeras indisposiciones” que solamente afectan a las mujeres), ni mucho menos razones intelectuales, puesto que si bien es cierto que (en la época en la que escribe) las mujeres eran más ignorantes que los hombres, el único criterio de la ignorancia impediría también que muchos varones tuvieran derecho a votar y ser votados.⁸

En 1976 la Declaración de Derechos de Virginia, primer documento donde se establecieron libertades individuales, señalaba que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad”.⁹ Veintitrés años después, la Asamblea Nacional francesa emitió la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo primero afirma que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.¹⁰

Sin embargo, ninguno de estos dos documentos que marcan el inicio del reconocimiento de los derechos humanos incluyeron a las mujeres, quienes serían consideradas como iguales hasta mediados del siglo XX. Desde entonces hubo mujeres que comenzaron a alzar la voz contra esta exclusión; así en 1791, Olympe de Gouges que había sido abogada del rey Luis XVI, fue guillotizada por haber publicado y difundido la “Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana” dos años antes; en su artículo primero esta-

⁸ Las ideas de Condorcet están muy bien resumidas en Javier de Lucas, “Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos”, en varios autores, *Historia de los derechos fundamentales*, t. II: *Siglo XVIII*, vol. II: *La filosofía de los derechos humanos*. Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2001, pp. 301 y ss. Cit. por José Carbonell y Miguel Carbonell, *op. cit.*, p. 5.

⁹ Francesca Cargallo, *Tan derechas y tan humanas. Manual ético divagante de los derechos humanos de las mujeres*. México, Academia Mexicana de Derechos Humanos (AMDH), 2000, p. 19. Cit. por María Patricia Lira Alonso, *Los derechos humanos y universitarios de las mujeres. La lucha por la igualdad de género. Un estudio del caso UNAM*, México, Ed. UNAM, México, 2012, p. 53.

¹⁰ *Idem*. Cit. por *ibidem*.

blecía que “La mujer nace libre y goza igual que el hombre de los derechos”.¹¹

Pero la influencia de estas mujeres francesas había rebasado las fronteras, y en 1792, Mary Wollstonecraft escribió *A Vindication of the Rights of Women*, donde afirma que las mujeres también estaban dotadas de razón, por lo que el predominio social masculino era injustificado.¹²

Ya en 1843, Flora Tristán publica *La unión obrera*; en 1848, se reúnen en Séneca Falls, Nueva York, un centenar de mujeres para reclamar sus derechos a la educación, a la propiedad, al ejercicio económico y a votar y ser votadas; se redacta la “Declaración de Sentimientos” con lo que da inicio lo que se conoce como el feminismo histórico, del cual se desprenderían dos corrientes: la moderada que insistía en los derechos económicos y la radical que pugnaba por el derecho al voto (las sufragistas).¹³

Es así que en 1869 Wyoming fue el primer Estado de la Unión Americana en otorgar el derecho de voto femenino; posteriormente, en 1893, Nueva Zelanda fue el primer país que concedió el derecho de sufragio a las mujeres, Australia en 1902, Finlandia en 1906, Noruega en 1913, Dinamarca e Islandia en 1915, Gran Bretaña, Austria y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en 1918, Suecia en 1919, Estados Unidos en 1920, España en 1931, Brasil en 1932, Francia e Italia en 1945 y México en 1953.¹⁴

La Comisión elaboró las primeras convenciones internacionales sobre los derechos de la mujer, como la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1953, que fue el primer instrumento de derecho internacional en reconocer y proteger los de-

¹¹ Olympe de Gouges, “Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana. 1791”, trad. de Gloria Ramírez, en Academia Mexicana de Derechos Humanos *et al.*, *Memoria del Diplomado Mujeres, Derechos Humanos y Reclusión*. México, AMDH, 2001, p. 219. Cit. por *Idem.*, p. 54.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Alfonso Ruiz Miguel, “La representación democrática de las mujeres”, en Carbonell, *op. cit.* Cit. por *Idem.*, p. 56.

rechos políticos de las mujeres; también fue la responsable de redactar los primeros acuerdos internacionales sobre los derechos de la mujer en el matrimonio, a saber, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957 y la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962. Además, contribuyó al trabajo de las oficinas de las Naciones Unidas, como el Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor de la Organización Internacional del Trabajo (1951), que consagró el principio de igual salario por trabajo igual.¹⁵

En 1963, los esfuerzos para consolidar las normas relativas a los derechos de la mujer condujeron a la Asamblea General de las Naciones Unidas a solicitar a la Comisión que elaborara una Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, que la Asamblea aprobó en última instancia en 1967. A dicha declaración siguió en 1979 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), un instrumento jurídicamente vinculante cuya redacción también corrió a cargo de la Comisión. En 1999, el Protocolo Facultativo de la Convención introdujo el derecho de presentar una demanda para las mujeres víctimas de discriminación.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, la sujeción evidente y humillante de la mujer por el diferente trato jurídico que se le daba en muchas legislaciones en comparación con el hombre, hizo que en algunas cartas constitucionales modernas se introdujera expresamente un principio de equiparación en derechos para uno y otro sexo. Tal es el caso de la Constitución mexicana, que mediante una reforma de 1974 introduce un mandato sencillo, pero contundente, en el que actualmente es el párrafo primero del artículo 4o.: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. Este man-

¹⁵ ONU-Mujeres: Comisión de la condición de la mujer-Un poco de historia; en <http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history>. Fecha de consulta: 10 de junio de 2017.

dato debe ser leído y aplicado a la luz del párrafo tercero del artículo 1o. de la propia Constitución, en la parte que señala que está prohibido discriminar por razón de “género”.¹⁶ La legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aún en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer.¹⁷

La violencia de género contra las mujeres es una forma de discriminación y una violación de los derechos humanos. Causa sufrimientos indecibles, cercena vidas y deja a incontables mujeres viviendo con dolor y temor en todos los países del mundo. Causa perjuicio a las familias durante generaciones, empobrece a las comunidades y refuerza otras formas de violencia en las sociedades. La violencia de género contra las mujeres les impide alcanzar su plena realización personal, restringe el crecimiento económico y obstaculiza el desarrollo. La generalización y el alcance de la violencia de género contra las mujeres ponen de manifiesto el grado y la persistencia de la discriminación con que siguen tropezando. Por consiguiente, solo se podrá erradicar eliminando la discriminación, promoviendo la igualdad y su empoderamiento, y velando por el pleno ejercicio de sus derechos humanos.¹⁸

En el caso de México, las responsabilidades asumidas en el contexto internacional como Estado Parte de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia de Género contra la Mujer están ahora

¹⁶ De alguna forma, este precepto tiene un equivalente en el artículo 11.2 de la Constitución de Ecuador de 2008, que es uno de los textos más originales e interesantes del constitucionalismo del siglo XXI. Cit. por José Carbonell y Miguel Carbonell, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷ *Idem.*, pp. 5 y 6.

¹⁸ Naciones Unidas, *Poner fin a la violencia de la mujer. De las palabras a los hechos*, Estudio del Secretario General de Naciones Unidas, 2006. Cit. por Rosa María Álvarez González y Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña (coords.), *Aplicación práctica de los modelos de prevención, atención y sanción de la violencia de género contra las mujeres* Protocolos de actuación, 4a. ed., Ed. IJUNAM, p. 2.

instrumentadas tanto en la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres como en la Ley General de Acceso. Especialmente esta última y su Reglamento contienen disposiciones específicas tanto para la generación de modelos de prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia de género contra las mujeres, como para la elaboración de un modelo integral de atención a los derechos humanos y ciudadanía de las mujeres. Todas estas disposiciones deberán ser instrumentadas por las instituciones, los centros de atención y los refugios que atiendan a las mujeres que son víctimas de esta violencia.¹⁹

3. CRITERIOS JURÍDICOS ACERCA DE LA IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO EN LA BUAP

La Institución ha sido, es y será siempre un indicador importante en temas de responsabilidad social.²⁰

Vivimos en el siglo de las mujeres, cada vez tienen una participación social más trascendente. Este tipo de actividades permite que esta transformación sea posible en la BUAP, donde la población estudiantil está conformada por más de 42 mil mujeres y cerca de 38 mil hombres, lo que significa que ellas han fortalecido la vida académica.²¹

Las instituciones de educación superior tenemos el compromiso de promover procesos de formación en los que se incluyan

¹⁹ Rosa María Álvarez González y Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña (coords.), *op. cit.*, p. 2.

²⁰ Comunicación Institucional: Boletines-Noticias importantes-2017-Enero-La BUAP suscribió el manifiesto de Cartagena del ORSALC-UNESCO, en http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/wb/comunic/la_buap_suscribio_el_manifiesto_de_cartagena_del_o. Fecha de consulta: 12 de junio de 2017.

²¹ Comunicación Institucional: Boletines-Noticias importantes-2016-Marzo-En la BUAP impulsamos la igualdad de derechos: Alfonso Esparza Ortiz, en http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/wb/comunic/en_la_buap_impulsamos_la_igualdad_de_derechos_alfo. Fecha de consulta: 9 de junio de 2017.

valores de inclusión social y equidad de género. El modelo educativo de la BUAP está diseñado sobre estos principios.²²

En la BUAP estamos convencidos que los universitarios debemos dar cabida a nuevos discursos que incorporen a todos sus integrantes, a partir de la premisa de igualdad sustantiva para el reconocimiento de los talentos, sin distinción de género, ideología, religión, orientación sexual o capacidades físicas.²³

Llegó a un punto crítico (la violencia a las mujeres) cerca de la fecha de mi informe. Se han hecho campañas preventivas en donde hemos demostrado que funciona el tema de la prevención. En el caso de nuestra institución, hubo una disminución importante (de la violencia); sin embargo, vamos a seguir trabajando en ese sentido y se va a seguir con las acciones.²⁴

La BUAP, cuenta con una Comisión Especial de Género, en el periodo de 2017-2019, contar con dicha comisión confirma la decisión de establecer la equidad de género como una forma de convivencia y que se impulse esa práctica entre la sociedad.²⁵

La primera médica por el Colegio del Estado de Puebla; es decir, la primer mujer graduada en nuestra Universidad.²⁶

²² Comunicación Institucional: Boletines-Noticias importantes-2016-Noviembre-La BUAP, SGG y CCSJEP unen esfuerzos contra la violencia de género, en http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/wb/comunic/buap_sgg_y_ccsjep_unen_esfuerzos_contra_violencia. Fecha de consulta: 9 de junio de 2017.

²³ Disponible en: http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/wb/comunic/buap_sgg_y_ccsjep_unen_esfuerzos_contra_violencia. Fecha de consulta: 9 de junio de 2017.

²⁴ Verónica De la Luz, "Equidad de género y nuevos posgrados, retos del Consejo Universitario BUAP", *El Son de Puebla*, 30 de marzo de 2017, en <https://www.elsoldepuebla.com.mx/local/equidad-de-genero-y-nuevos-posgrados-retos-de-consejo-universitario-buap>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2017.

²⁵ Cf. QUÓRUM: BUAP crea Comisión Especial de Género para fomentar equidad dentro de la institución, en <http://quoruminformativo.com.mx/index.php/2017/04/26/buap-crea-comision-especial-de-genero-para-fomentar-equidad-dentro-de-la-institucion/>. Fecha de consulta: 9 de junio de 2017.

²⁶ Víctor Manuel De la Vega, "El Rector Alfonso Esparza Ortiz privilegia un clima de inclusión y equidad entre los universitarios", *Diario Momento*, en <http://www.diario-momento.com/el-rector-alfonso-esparza-ortiz-privilegia-un-clima-de-inclusion-y-equidad-entre-los-universitarios/>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2017.

En la BUAP estamos convencidos que el respeto y la tolerancia son indispensables para generar redes de colaboración, el debate y la propuesta, factores indispensables para cumplir la misión de la Institución.²⁷

Época: Décima Época
Registro: 2009095
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CLXV/2015 (10a.)
Página: 458

VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. DEBER DE REPARAR

En relación con la violencia y discriminación contra la mujer, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural. Al respecto, el artículo 8 de la Convención del Sistema Universal establece como deber progresivo del Estado el que por medio de sus autoridades adopte medidas progresivas específicas para modificar los patrones socioculturales y fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia en temas relacionados con la igualdad entre el hombre y la mujer y la equidad de género. Por tanto, la respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, así como de reparar las violaciones a los derechos humanos, reconocidos en el artículo 1o. constitucional.

²⁷ Disponible en: <http://www.diariomomento.com/el-rector-alfonso-esparza-ortiz-privilegia-un-clima-de-inclusion-y-equidad-entre-los-universitarios/>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2017.

Amparo en revisión 554/2013. 25 de marzo de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

Esta tesis se publicó el viernes 15 de mayo de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2002307

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2

Materia(s): Constitucional

Tesis: I.5o.P.8 P (10a.)

Página: 1333

FEMINICIDIO. LA CREACIÓN DE ESE TIPO ESPECIAL, QUE PREVE 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).

La inclusión del delito de feminicidio, previsto y sancionado en el artículo 148 Bis del Código Penal para el Distrito Federal, obedece a la decisión del Estado mexicano de recoger en su legislación interna, los criterios surgidos con motivo de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le resultan obligatorios (al haber sido parte en las sentencias respectivas, al reconocer el sometimiento a las resoluciones de ese ente, conforme a la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve), entre ellos, implementar mecanismos para prevenir, combatir y sancionar el creciente fenómeno de ‘homicidios’ en contra de mujeres por razones de género, de tal manera que la creación legislativa del feminicidio cumple con los 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, ello en contraste a lo que acontece con el delito de homicidio propiamente dicho, de ahí la necesidad y justificación de su creación, a fin de prevenir y combatir tal problemática con mayor eficacia, por ello, el feminicidio no viola el principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer, pues dicho principio debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo en revisión 83/2012. 20 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos, con salvedad del Magistrado Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Ponente: Enrique Escobar Ángeles. Secretario: Marco Antonio Ortiz Mejía.

Época: Décima Época
Registro: 2001303
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CLXXVI/2012 (10a.)
Página: 482

DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. SU ALCANCE CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Al disponer el citado precepto constitucional, el derecho humano a la igualdad entre el varón y la mujer, establece una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, esto es, frente a la ley deben ser tratados por igual, es decir, busca garantizar la igualdad de oportunidades para que la mujer intervenga activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país, sin distinción alguna por causa de su sexo, dada su calidad de persona; y también comprende la igualdad con el varón en el ejercicio de sus derechos y en

el cumplimiento de responsabilidades. En ese sentido, la pretensión de elevar a la mujer al mismo plano de igualdad que el varón, estuvo precedida por el trato discriminatorio que a aquélla se le daba en las legislaciones secundarias, federales y locales, que le impedían participar activamente en las dimensiones anotadas y asumir, al igual que el varón, tareas de responsabilidad social pública. Así, la reforma al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, da la pauta para modificar todas aquellas leyes secundarias que incluían modos sutiles de discriminación. Por otro lado, el marco jurídico relativo a este derecho humano desde la perspectiva convencional del sistema universal, comprende los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y desde el sistema convencional interamericano destacan el preámbulo y el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre así como 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Amparo en revisión 796/2011. Martín Martínez Luciano. 18 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia.

4. REFLEXIONES EN TORNO

A LA IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO

El derecho a la igualdad y a la no discriminación se encuentra en la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Se trata de un principio consagrado en distintos instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945) se reafirma “la fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, y en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.²⁸

²⁸ ONU-Mujeres, *La igualdad de Género*. p. 2, en <http://igualdaddegenero.unam.mx/wp-content/uploads/2016/08/onu-mujeres-igualdad-equidad.pdf>. Fecha de consulta: 13 de junio de 2017.

A diferencia de lo que algunos actores sociales consideran, la Teoría de Género no remite única y exclusivamente al género femenino, sino a mujeres y hombres. Aunque en principio el sexo puede remitir a una condición natural, el género masculino o femenino no es algo natural sino un constructo social, histórico y político.²⁹

De esta forma, la dicotomía masculino-femenino expresa no solo diferencias biológicas sino “[...] físicas, económicas, sociales, psicológicas, eróticas, jurídicas, políticas y culturales impuestas.”³⁰ Llegado el momento, la propia sexualidad –a partir de la construcción imaginaria y simbólica del género– se convierte también en un constructo.

La sexualidad es el referente de la organización genérica de la sociedad y constituye el punto de partida de los caminos trazados con antelación para la construcción de cada vida. Estos caminos de la vida están tan definidos, que su percepción permite que el sentido común los atribuya a un supuesto destino. Pero el destino no existe. La sexualidad, materia del género, es el conjunto de experiencias humanas atribuidas al sexo y definidas por la diferencia sexual y la significación que a ella se da. Constituye a las personas y las adscribe a grupos bio-psico-socio-culturales genéricos y a condiciones de vida predeterminadas que a su vez delimitan sus posibilidades y sus potenciales vitales.³¹

Así el género es una construcción social de la diferencia sexual en el sentido de diferenciar lo biológico –el sexo–³² de lo cultural en un contexto espacio-temporal dado. Sin embargo, también lo definimos como:

²⁹ Ana Lilia Ulloa Cuéllar, *Género, derecho y democracia*, 1a. ed., Ciudad de México, Ed. Gobierno del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, 2007, p. 17.

³⁰ *Ibid.*, p. 32. Cit. por Ana Lilia Ulloa Cuéllar, *op. cit.*, p. 17.

³¹ *Ibid.*, p. 33. Cit. por Ana Lilia Ulloa Cuéllar, *op. cit.*, p. 18.

³² Sexo es una condición orgánica de plantas, animales y humanos. Un hecho biológico que deriva en diferencias anatómicas y fisiológicas entre machos y hembras, mujeres y hombres. Cit. por Anna María Fernández Poncela, *La violencia en el lenguaje o el lenguaje que violenta. Equidad de género y lenguaje*, 1a. ed. Ciudad de México, Ed. Itaca, Universidad Autónoma Metropolitana, 2012, p. 28.

[...] el conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica de hombres y mujeres. Por esta clasificación cultural se definen no sólo la división del trabajo, las prácticas rituales y el ejercicio del poder, sino que se atribuyen características exclusivas a uno u otro sexo en materia de moral, psicología y afectividad. La cultura marca a los sexos con el género y el género marca la percepción de todo lo demás: lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano.³³

El género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en la diferencia sexual-símbolos culturales, doctrinas sociales, nociones políticas, referentes institucionales y organizaciones, identidad subjetiva y es también una forma de relaciones significantes de poder.³⁴

El concepto de igualdad abarca dos dimensiones: por un lado, la prohibición de discriminación como aspecto negativo o peyorativo de la igualdad que sanciona la diferencia sobre la base de causas irrelevantes, arbitrarias y no razonables; y en segundo término, el principio de protección de los grupos minoritarios sobre la base del desarrollo de medidas dirigidas a adquirir una igualdad real y efectiva.³⁵

La igualdad de género no significa que hombres y mujeres deban ser tratados como idénticos, sino que el acceso a oportunidades y el ejercicio de los derechos no dependan del sexo de las personas. La igualdad de oportunidades debe incidir directamente en el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres.³⁶

³³ Esta autora, por ejemplo, subraya el olvido de la subjetividad inconsciente marcada por la diferencia sexual. Y es que en la conformación del género hay que tener presente lo social, pero también lo psíquico, como por ejemplo hace Chodorow (2003). Cit. por Anna María Fernández Poncela, *op. cit.*, p. 29.

³⁴ Anna María Fernández Poncela, *op. cit.*, p. 29.

³⁵ Julia Sevilla Merino, "Igualdad y discriminación", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Ámsterdam*. Madrid, Instituto de la Mujer, 2000, p. 25. Cit. por Aída Figueroa Bello, *Igualdad y no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental en el marco de la Unión Europea*. México, Ed. IJUNAM, 2010, p. 24.

³⁶ ONU-Mujeres: La igualdad de Género; p. 4, en <http://igualdaddegenero.unam.mx/wp-content/uploads/2016/08/onu-mujeres-igualdad-equidad.pdf>. Fecha de consulta: 13 de junio de 2017.

Ahora bien, por lo que corresponde a su conceptualización, el principio de igualdad se refiere a la noción de proporcionalidad, esto es, a tratamientos *proporcionalmente* diferentes.³⁷

El principio de igualdad nos indica que si entre dos personas existen diferencias irrelevantes, entonces debemos darles un tratamiento igual, pero también nos exige que si esas personas mantienen diferencias relevantes, entonces el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue también debe ser distinto.³⁸

Equidad de género,³⁹ para muchos sectores y situaciones, es el trato imparcial, sin discriminación, hacia mujeres y hombres, en función de sus necesidades y contextos, de acuerdo con las características y circunstancias específicas de la persona. Dicho trato puede ser igual o diferenciado, pero en este último caso considerado equivalente según derechos, obligaciones, beneficios y posibilidades. En algunas circunstancias se requiere el empleo de medidas específicas para compensar desventajas sociales de las mujeres, por ejemplo, siempre buscando un equilibrio desde la Idea y concepción de justicia. Se trata de una distribución justa de recursos y poder en la sociedad, de tratamiento según necesidades específicas de cada quien y en un determinado contexto social, temporal y espacial; en fin, de moderación, templanza, justicia y equilibrio.

El modelo de sexualidad centrada en la percepción personal encarnado en la ley parece estar un paso más delante del concepto que sobre ella todavía perdura en la sociedad, y aunque su apro-

³⁷ Aída Figueroa Bello, *op. cit.*, p. 25.

³⁸ Lucero Saldaña Pérez, *Poder, género y derecho. Igualdad entre mujeres y hombres en México*. México, Ed. CNDH, 2007, p. 20.

³⁹ Difícil resulta encontrar diferencias reales en cuanto al contenido conceptual entre igualdad y equidad, y más allá de algunas precisiones sobre el tema, en últimas fechas se tiende a emplear el término equidad por ser considerado más próximo a las necesidades y equivalencias. Es más, se dice que la equidad conduce a la igualdad, ya que revisa la diversidad y la desigualdad. En esta obra utilizaremos en general más el concepto equidad por sus componentes de igualdad con justicia y ética, así como reconocimiento y consideración de la diferencia, no de forma mecánica, sino más humana. Cit. por Anna María Fernández Poncela, *op. cit.*, p. 33.

bación significa un cambio simbólico de dimensiones colosales, todavía queda mucho trabajo por hacer para acercar la realidad de exclusión al temperamento inclusivo de la ley. Es en este sentido de eliminar la diferencia que existe entre ley y realidad que deben leerse las propuestas legislativas y de políticas públicas.⁴⁰

Más allá de la función reproductiva de toda mujer y de su trabajo doméstico, todas y cada una de las mujeres poseen el potencial necesario y suficiente para llevar a cabo una autorreflexión de su situación individual, familiar y social; percatarse de las enormes injusticias que durante años han sufrido y desde esa misma condición, iniciar acciones de deconstrucción, empoderamiento y organización colectiva para transformar sus situaciones precarias, de dependencia, subordinación, exclusión y discriminación. En la construcción de la democracia genérica, la mujer deja de significar solo un ser para otros y se convierte en un ser para sí misma, un ser de cooperación y solidaridad con los hombres y otras mujeres. Pero la democracia genérica no solo se da a través de la emancipación individual de las mujeres sino por medio de políticas públicas adecuadas y toda una serie de acciones civiles encaminadas también a la construcción de dicha democracia.⁴¹

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez González, Rosa María y Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña (coords.), *Aplicación práctica de los modelos de prevención, atención y sanción de la violencia de género contra las mujeres* Protocolos de actuación, 4a. ed., Ed. IJJUNAM.

Carbonell, José y Miguel Carbonell, *La construcción de la igualdad de género: Estado de bienestar y políticas públicas*. México, Ed. IJJUNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2010.

⁴⁰ Laura Saldivia Menajovsky, *Subordinaciones invertidas*. México, Ed. IJJUNAM-Editiones UNGS, 2017, p. 183.

⁴¹ Ana Lilia Ulloa Cuéllar, *op. cit.*, p. 32.

Comunicación Institucional: Boletines-Noticias importantes-2016-Marzo-En la BUAP impulsamos la igualdad de derechos: Alfonso Esparza Ortiz, en http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/wb/comunic/en_la_buap_impulsamos_la_igualdad_de_derechos_alfo.

———, Boletines-Noticias importantes- 2016-Noviembre- La BUAP, SGG y CCSJEP unen esfuerzos contra la violencia de género, en http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/wb/comunic/buap_sgg_y_ccsjep_unen_esfuerzos_contra_violencia.

———, Boletines-Noticias importantes-2017- Enero-La BUAP suscribió el manifiesto de Cartagena del ORSALC-UNESCO, en http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/wb/comunic/la_buap_suscribio_el_manifiesto_de_cartagena_del_o.

De la Luz, Verónica, “Equidad de género y nuevos posgrados, retos del Consejo Universitario BUAP”, *El Son de Puebla*, 30 de marzo de 2017, en <https://www.elsoldepuebla.com.mx/local/equidad-de-genero-y-nuevos-posgrados-retos-de-consejo-universitario-buap>.

De la Vega, Víctor Manuel, “El Rector Alfonso Esparza Ortiz privilegia un clima de inclusión y equidad entre los universitarios”, *Diario Momento*, en <http://www.diariomomento.com/el-rector-alfonso-esparza-ortiz-privilegia-un-clima-de-inclusion-y-equidad-entre-los-universitarios/>.

Fernández Poncela, Anna María, *La violencia en el lenguaje o el lenguaje que violenta. Equidad de género y lenguaje*, 1a. ed. Ciudad de México, Ed. Itaca, Universidad Autónoma Metropolitana, 2012.

Figuroa Bello, Aída, *Igualdad y no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental en el marco de la Unión Europea*. México, Ed. IIJUNAM, 2010.

María Patricia Lira Alonso, *Los derechos humanos y universitarios de las mujeres. La lucha por la igualdad de género. Un estudio del caso UNAM*. México, Ed. UNAM, 2012.

ONU-Mujeres, *Comisión de la condición de la mujer-Un poco de historia*, en <http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history>.

———, *La igualdad de género*, en <http://igualdaddegenero.unam.mx/wp-content/uploads/2016/08/onu-mujeres-igualdad-equidad.pdf>.

QUÓRUM: BUAP crea Comisión Especial de Género para fomentar equidad dentro de la institución, en <http://quoruminformativo.com.mx/index.php/2017/04/26/buap-crea-comision-especial-de-genero-para-fomentar-equidad-dentro-de-la-institucion/>.

Ruiz Carbonell, Ricardo, “La evolución histórica de la igualdad entre mujeres y hombres en México”, Art. Publ. en Consuelo Maqueda Abreu y Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, *Derechos humanos: temas y problemas*. México, Ed. IJUNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2010.

Saldaña Pérez, Lucero, *Poder, género y derecho. Igualdad entre mujeres y hombres en México*. México, Ed. CNDH, 2007.

Saldivia Menajovsky, Laura, *Subordinaciones invertidas*. México, Ed. IJUNAM-Ediciones UNGS, 2017.

Ulloa Cuéllar, Ana Lilia, *Género, derecho y democracia*, 1a. ed., Ciudad de México, Ed. Gobierno del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, 2007.

www.buap.mx, en la Unidad de Transparencia y Acceso a la Información: El marco normativo aplicable/ Normas y manuales administrativos/ Manual de Equidad de Género BUAP.

TRANSPARENCIA Y SU IMPACTO EN LA IGUALDAD

Patricia Kurczyn Villalobos¹

La igualdad de género es más que un objetivo en sí mismo. Es una condición previa para afrontar el reto de reducir la pobreza, promover el desarrollo sostenible y la construcción de buen gobierno.

Kofi Anan

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Breves antecedentes sobre la transparencia en México. III. La participación de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho de acceso a la información. V. Consideraciones finales. VI. Referencias bibliográficas.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La transparencia, la ciudadanía y la democracia, no pueden verse de manera aislada, ya que están estrechamente ligadas. No es posible separar una de otra; la transparencia y la democracia, requieren primero para existir y luego para poder funcionar adecuadamente, una ciudadanía activa y participativa, y esta última requiere transparencia y democracia para actuar y participar con libertad.²

¹ Comisionada del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. Agradezco a la Mtra. Joana Páez Patrón su apoyo para escribir este artículo.

² Cf. Aguilar Rivera, José Antonio, “Transparencia y Democracia. Claves para un concierto”, *Cuadernos de transparencia*, número 10, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2007, p. 10.

En ese contexto, la participación tanto de hombres como de mujeres resulta ser de la mayor relevancia, ya que su participación es una pieza fundamental en la consolidación de un Estado democrático, mediante la exigencia de transparentar y rendir cuentas por parte del gobierno.

En ese sentido, la transparencia y la rendición de cuentas, son ejes fundamentales de la democracia de un país, ya que son esenciales para mantener la confianza en los entes públicos, así como para combatir la opacidad y la corrupción.

Es decir, la transparencia, en conjunto con la rendición de cuentas, se ha constituido en la base de los regímenes democráticos, toda vez que otorgan legitimidad y credibilidad al sistema político democrático, en virtud de que permiten vigilar que éste sirva al bien común y que los gobernantes, los legisladores y los funcionarios públicos obedezcan al interés general antes que a intereses particulares.³

La necesidad de establecer la transparencia y la rendición de cuentas como ejes para la democratización de los gobiernos surge principalmente en las últimas décadas del siglo XX, debido, en gran parte, a los altos niveles de corrupción que se vislumbraban en las esferas de gobiernos. De este modo, los conceptos de transparencia y rendición de cuentas se erigieron como herramientas para el combate de la corrupción.

La transparencia no solo se enfoca en el combate a la corrupción, sino que también funge como un mecanismo de democracia participativa, de tal forma que acerca a cualquier persona a la información que documenta las decisiones y acciones llevadas a cabo por los servidores públicos y, en consecuencia, permite que analicen y evalúen dichos actos, lo que contribuye de manera importante a lograr la igualdad.

³ Cf. Emmerich, Gustavo Ernesto en “Transparencia y Rendición de Cuentas”, José Sosa (comp.), Biblioteca Básica de Administración Pública, Editorial Siglo XXI, México, 2011, p. 107.

La igualdad entre mujeres y hombres –parte importante de la democracia– tuvo un impulso importante en México al ser sede de la Primera Conferencia Internacional de la Mujer en 1975, pero tal evento sin duda de trascendencia para la igualdad de género no fue incentivo suficiente para acelerar el ritmo. Habían pasado 16 años desde que se reformara la Constitución Política para reconocer que la mujer y el varón son iguales ante la ley, y 17 para que se reconociera el derecho al sufragio femenino. Con motivo de la citada Conferencia Internacional se promovieron reformas en la Ley Federal del Trabajo y se reformaron otros instrumentos normativos en distintos Estados.

Los avances han continuado pero con lentitud como lo muestra que: a) en 1980 se creara el Programa Nacional de Integración de la Mujer al Desarrollo, el cual propuso un conjunto de iniciativas específicas orientadas a promover el mejoramiento de la condición social de las mujeres; b) en 1981 se ratificó la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y, c) en 1985, se instaló una Comisión para coordinar las actividades y los proyectos sectoriales en la materia y preparar la participación de México en la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer (Nairobi, 1985). Pasaron otros 16 años desde la reforma al artículo 4 constitucional y 20 desde la ratificación de la CEDAW para que el 12 de enero de 2001 se promulgara la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres por la cual se creó dicha institución como un organismo público descentralizado de la administración pública federal (antes solo era un Programa),⁴ 13 años después con la reforma al artículo 41 constitucional hay otro avance con la imposición legal de la paridad electoral.⁵

Y si bien es cierto que el Plan Nacional de Desarrollo 2012-2018 incorporó entre sus tres estrategias transversales la perspectiva de género en todas las tareas públicas y programas de gobierno, no

⁴ Instituto Nacional de las Mujeres, *Historia*, disponible en <http://inmujeres.gob.mx/index.php/ique-es-el-inmujeres/historia>.

⁵ *Diario Oficial de la Federación*, 10-02-2014.

se puede afirmar que hoy en día, en la segunda década del siglo XXI,⁶ la igualdad sustantiva sea una realidad.

La plena igualdad se logrará cuando las mujeres y los hombres tengan oportunidades semejantes para ocupar los mismos cargos en presidencias, en rectorías o direcciones de facultades e instituciones públicas, cargos directivos en bancos y empresas, etcétera, sin que constituya un llamado de atención especial o se convierta en noticia. La cultura de la igualdad podría pregonarse cuando sea igualdad sustancial, cuando ya no sean necesarias las acciones afirmativas, hoy todavía indispensables, como lo es transparentarlas y rendir cuentas.⁷

II. BREVES ANTECEDENTES SOBRE LA TRANSPARENCIA EN MÉXICO

El derecho de acceso a la información encuentra su antecedente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁸ aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, cuyo artículo 19 establece que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

De igual forma, dicha idea fue retomada por otros tratados internacionales, ratificados por México,⁹ dentro de los que se encuen-

⁶ Considérese que en 1874 las mujeres zacatecanas exigían ya su derecho a la ciudadanía; esto es, que 147 años atrás ya había un clamor por la igualdad y ejemplos de peticiones sobre igualdad se registran en las historias de otros estados y en otros temas como son de derecho civil o familiar. No se olvide la protección que más bien resultaba discriminación en el ámbito laboral de la norma constitucional.

⁷ Cf. Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995, p. 9.

⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), disponible para su consulta en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁹ López Ayllón, Sergio, “El acceso a la información como un derecho fundamental: la reforma al artículo 6o. de la Constitución Mexicana”, *Cuadernos de transparencia*,

tra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13,¹⁰ y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19,¹¹ en los cuales se consagra el derecho a la libertad de expresión, que contiene el derecho a la información.

En ese contexto, posterior a 1948 muchos países incorporaron a su legislación interna el derecho de acceso a la información. En el caso mexicano, el derecho de acceso a la información fue incorporado a la Constitución a través de una reforma al artículo 6o. en el año de 1977, como parte de las modificaciones de la reforma política, por medio de la cual se añadió que: “El derecho a la información será garantizado por el Estado”.¹²

Sin embargo, como no se contaba con una Ley ni con un órgano o institución especializada en la materia, los primeros prece-

número 17, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, 2012. p. 12.

¹⁰ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

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.

[...]

¹¹ Artículo 19

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.

¹² López Ayllón, Sergio, “El acceso a la información como un derecho fundamental: la reforma al artículo 6o. de la Constitución mexicana, *op. cit.*

dentes respecto al sentido o alcance del derecho de acceso a la información, los estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), mediante diversas resoluciones.

En la primera resolución que nuestro máximo tribunal emitió al respecto,¹³ en el expediente AR 10556/83, determinó que el derecho a la información era la expresión de las prerrogativas otorgadas a los partidos políticos y que las características de ese derecho, ya de los partidos, debía desarrollarse a través de las leyes. Igual señala que el derecho de acceso a la información no podía tener el carácter de garantía individual.¹⁴ Lo anterior atendiendo a que dicho derecho se incorporó en el marco de la reforma política.¹⁵

Posteriormente, la propia SCJN en 1996,¹⁶ estableció un nuevo criterio con motivo de una solicitud presentada por el entonces Presidente de la República Ernesto Zedillo, para investigar los hechos acontecidos en el Vado de Aguas Blancas, en 1995, resolución de la que derivó que el Pleno de nuestro máximo Tribunal sostuviera que no se estaba ya frente a un mero derecho político, sino frente a una garantía individual, –posteriormente reconocida como un derecho humano.

Nuestro máximo tribunal modificó su interpretación nuevamente en 1997 al resolver el amparo en revisión 2137/93, en el que determinó que el titular del derecho de acceso a la información es cualquier particular, es decir, lo consideró como un derecho inhe-

¹³ Dicha resolución derivó de un recurso de revisión interpuesto por el Maestro Ignacio Burgoa en contra de una resolución del Juez Quinto de Distrito en materia Administrativa del Distrito Federal, como antecedente de una solicitud de información que realizó ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la cual requirió información sobre el monto de la deuda pública en el sexenio de López Portillo, sin obtener contestación en breve término.

¹⁴ Cf. Cossío Díaz, José Ramón, “El derecho a la información en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, México, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2002, pp. 308-310.

¹⁵ *Ibid.*, p. 309.

¹⁶ *Ibid.*, p. 305.

rente al individuo, exigible por cada una de las personas y judicialmente de manera individual.¹⁷

Así, reconocido expresamente el derecho de acceso a la información y ante la ausencia de una ley que lo reglamentara quedaba pendiente la construcción de un mecanismo o de procedimientos para poder ejercer dicho derecho. En ese contexto, a finales del año 2001, el Ejecutivo Federal presentó ante el Congreso de la Unión la iniciativa de la Ley Federal de la materia.

De este modo, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFAIPG) fue expedida el 11 de junio de 2002 y se consolidó como el primer avance hacia la reglamentación del derecho de acceso a la información, que se inició con la reforma constitucional de 1977.

A dicha ley federal siguieron las leyes de la materia en las entidades federativas; sin embargo, éstas no mantuvieron el mismo modelo y se advertían criterios distintos;¹⁸ es decir, que a nivel nacional coexistían diversos criterios para ejercitar el derecho de acceso a la información, lo cual quedó subsanado en atención a que todas las entidades federativas armonizaron sus respectivas leyes de la materia, en virtud de la expedición de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Por otra parte, con motivo de la expedición de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, mediante decreto presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 2002, se creó el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI).

Posteriormente, con la reforma constitucional de 2007 al artículo 6o. constitucional se introducen nuevos elementos respecto de la función de los órganos garantes, que refuerzan el diseño que ya establecía la Ley de la materia. Destaca de dicha reforma lo referente a que las leyes en materia de acceso a la información deben

¹⁷ Luna Pla, Issa, *Movimiento Social del Derecho de Acceso a la Información en México*. México, UNAM, 2009, p. 23

¹⁸ Para inicios de 2007 ya se contaban con leyes de la materia en todos los Estados.

establecer mecanismos de acceso y procedimientos de revisión expeditos, mismos que se sustanciarán ante “órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión”.

Igualmente, mediante el decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, de fecha 7 de febrero de 2014, se crea un nuevo instituto tutelar del acceso a la información, dotado de autonomía constitucional, lo que representa un gran avance en el diseño institucional, ya que en el artículo 6o. de la propia constitución se dispone que la Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley.

Asimismo, en dicha reforma constitucional, se aumenta de 5 a 7 el número de comisionados que integran dicho órgano colegiado, señalando además, que en su designación se procurará la equidad de género y se amplían considerablemente las atribuciones del ahora organismo garante nacional que igualmente tiene la función tutelar de la protección de datos personales.

Derivado de dicha reforma constitucional, se expidió la ya citada Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la cual fue publicada en el DOF el 5 de mayo de 2015, y la respectiva Ley Federal de la materia, contemplando diversas disposiciones relacionadas con la igualdad y perspectiva de género.

De lo anterior se puede advertir que se han logrado importantes avances en materia de transparencia y acceso a la información, lo que sin duda alguna contribuye a lograr la igualdad.

III. LA PARTICIPACIÓN DE MUJERES Y HOMBRES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Por lo que hace a la participación de las mujeres en el ejercicio del derecho de acceso a la información, es importante destacar lo señalado en la Resolución A/RES/66/130, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011; este instrumento afirma que “la participación activa de la mujer, en pie de igualdad con el hombre, en todos los niveles de la adopción de decisiones es indispensable para el logro de la igualdad, el desarrollo sostenible, la paz y la democracia.”¹⁹

La importancia de la participación activa y constante de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho de acceso a la información, complementa su activa participación en la gestión de servicios públicos y permite fortalecer el desarrollo democrático de la sociedad en que se desenvuelve, en virtud de que a través del ejercicio de este derecho pueden allegarse de información que les permitan evaluar los programas, decisiones y acciones llevadas a cabo por los gobernantes y, en consecuencia, incidir en una mejor toma de decisiones públicas en los procesos de democracia participativa.

El acceso a la información es una herramienta fundamental para el ejercicio de otros derechos, fortalece la democracia, permite la transparencia en la gestión pública, amplía la participación ciudadana real y efectiva en las decisiones públicas, fortalece la libertad de expresión, permite tomar mejores decisiones respecto de temas relacionados con la salud, educación, política, etcétera; es un importante instrumento para combatir la corrupción, está ligado al gobierno abierto y a la rendición de cuentas.

¹⁹ Resolución A/RES/66/130, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011. Consultada el 26 de junio de 2015 en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/130&Lang=S

A continuación se presentan algunos datos estadísticos por género en relación al ejercicio del derecho de acceso a la información, únicamente por cuanto hace al ámbito del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

Al respecto, del porcentaje de solicitudes tanto de acceso a la información pública, como de acceso y corrección de datos personales, según el género reportado de los solicitantes, del periodo comprendido del 12 de junio de 2003 al 22 de noviembre de 2016, se advierte, que si bien, el porcentaje de mujeres que solicita información es considerable, aún siguen teniendo mayor participación los hombres, aunque en algunos casos el número de quienes no reportan el género es mayor al 50% del total, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

<i>Número de solicitudes de información por tipo según el género reportado del solicitante</i>				
<i>Del 12 de junio de 2003 al 22 de noviembre de 2016</i>				
<i>Tipo de solicitud</i>	<i>Hombres</i>	<i>Mujeres</i>	<i>No reportado</i>	<i>Total general</i>
Corrección a datos personales	1,375	965	4,330	6,670
Datos Personales	108,079	103,252	74,694	286,025
Información Pública	466,890	290,642	434,250	1,191,782
Total	576,344	394,859	513,274	1,484,477

Ahora bien, del número de solicitudes de información, es importante destacar la ocupación, observándose que en su mayoría tanto hombres como mujeres, reportan que son del ámbito académico, seguido del empresarial, gubernamental, medios de comunicación, asociaciones civiles y organizaciones no gubernamentales, sindicatos, amas de casa y partidos políticos. Aunque sigue manifestándose el alto porcentaje de quienes no reportan el género, como se puede advertir a continuación.

<i>Número de solicitudes de información por ocupación reportada según el género reportado del solicitante</i>				
<i>Del 12 de junio de 2003 al 22 de noviembre de 2016</i>				
<i>Ocupación</i>	<i>Hombres</i>	<i>Mujeres</i>	<i>No reportado</i>	<i>Total general</i>
Ámbito académico	161,757	120,355	66,745	348,857
Ámbito empresarial	97,843	40,663	54,308	192,814
Ámbito gubernamental	56,493	41,431	24,070	121,994
Medios de comunicación	43,432	24,497	17,266	85,195
Amas de casa	1,779	34,333	740	36,852
Asociaciones civiles	9,145	10,923	6,081	26,149
Organizaciones No Gubernamentales	9,602	4,856	2,111	16,569
Partidos políticos	856	257	110	1,223
Sindicatos	3,792	836	165	4,793
Otros	119,795	54,174	59,741	233,710
No reportada	71,850	62,534	281,937	416,321
Total	576,344	394,859	513,274	1,484,477

Otro aspecto interesante relacionado con el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de las mujeres, es el nivel educativo. En ese sentido, cabe resaltar que, el mayor porcentaje de mujeres que presentan solicitudes de acceso a la información, se refiere a aquellas que cuentan con nivel licenciatura; por el contrario, el porcentaje de solicitudes presentadas por mujeres cuyos niveles educativos son primaria terminada, primaria incompleta, secundaria, técnico superior y sin instrucción formal, es mínimo, lo que pone en evidencia que el nivel educativo puede constituir una barrera para el ejercicio del derecho de acceso a la información y también puede ser síntoma de la distancia entre las necesidades de información de las mujeres y los datos ofrecidos por las dependencias gubernamentales.

<i>Número de solicitudes de información por nivel educativo reportado según el género reportado del solicitante</i>				
<i>Del 12 de junio de 2003 al 22 de noviembre de 2016</i>				
<i>Nivel educativo</i>	<i>Hombres</i>	<i>Mujeres</i>	<i>No reportado</i>	<i>Total general</i>
Sin instrucción formal	4,768	3,232	237	8,237
Primaria incompleta	6,758	3,066	277	10,101
Primaria terminada	9,309	6,306	313	15,928
Secundaria	21,873	15,914	698	38,485
Bachillerato	36,817	30,736	1,542	69,095
Técnico	20,125	26,792	993	47,910
Licenciatura	244,522	176,932	11,307	432,761
Posgrado	106,222	59,785	5,765	171,772
Otro	4,069	4,017	171	8,257
No reportado	121,881	68,079	491,971	681,931
Total	576,344	394,859	513,274	1,484,477

Ahora bien, en las siguientes gráficas, se muestran las principales instituciones con el mayor número de solicitudes presentadas, tanto por mujeres y hombres, observando que en ambos casos la Institución con el mayor número de solicitudes por ambos es el Instituto Mexicano del Seguro Social.

<i>Sujetos obligados con el mayor número de solicitudes de información formuladas por hombres</i>			
<i>Del 12 de junio de 2003 al 22 de noviembre de 2016</i>			
<i>Sujeto obligado</i>	<i>Hombres</i>	<i>Total general</i>	<i>Porcentaje</i>
Instituto Mexicano del Seguro Social	100,939	276,542	36.5
Secretaría de Educación Pública	25,521	64,368	39.6
Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado	17,994	50,670	35.5

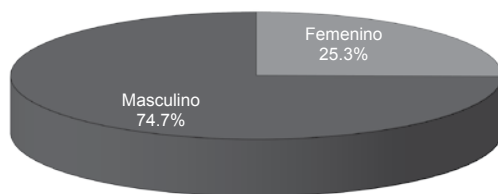
<i>Sujetos obligados con el mayor número de solicitudes de información formuladas por hombres</i>			
<i>Del 12 de junio de 2003 al 22 de noviembre de 2016</i>			
<i>Sujeto obligado</i>	<i>Hombres</i>	<i>Total general</i>	<i>Porcentaje</i>
Secretaría de Comunicaciones y Transportes	16,483	35,552	46.4
Procuraduría General de la República	15,895	32,574	48.8
Secretaría de Hacienda y Crédito Público	15,347	40,761	37.7
Secretaría de Salud	15,016	44,253	33.9
Secretaría de Gobernación	13,910	33,590	41.4
Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales	13,821	40,351	34.3
Comisión Federal de Electricidad	13,390	26,370	50.8

<i>Sujetos obligados con el mayor número de solicitudes de información formuladas por mujeres</i>			
<i>Del 12 de junio de 2003 al 22 de noviembre de 2016</i>			
<i>Sujeto obligado</i>	<i>Mujeres</i>	<i>Total general</i>	<i>Porcentaje</i>
Instituto Mexicano del Seguro Social	93,692	276,542	33.9
Secretaría de Educación Pública	19,342	64,368	30.0
Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado	17,179	50,670	33.9
Secretaría de Salud	13,263	44,253	30.0
Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales	10,449	40,351	25.9
Secretaría de Hacienda y Crédito Público	9,825	40,761	24.1
Secretaría de Gobernación	8,894	33,590	26.5
Procuraduría General de la República	8,321	32,574	25.5
Secretaría de Comunicaciones y Transportes	7,094	35,552	20.0
Secretaría de la Función Pública	6,277	32,691	19.2

Ahora bien, en relación a los recursos de revisión interpuestos ante el INAI, en la siguiente gráfica se puede advertir que el por-

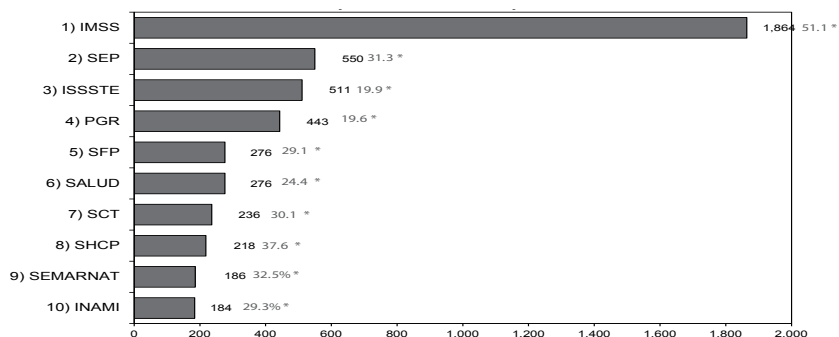
centaje de mujeres que presentan dicho medio de impugnación es significativamente menor al porcentaje de hombres que presentan el respectivo recurso, correspondiendo el 25.3% a los presentados por mujeres, contra el 74.7% de los presentados por hombres:

*Porcentaje de medios de impugnación interpuestos ante el INAI según el género reportado por los recurrentes
 (del 12 de junio de 2003 al 15 de junio de 2015)*



En función de lo anterior, resulta relevante conocer contra qué instituciones presentan las mujeres dichos recursos y prevalece el número en contra del Instituto Mexicano del Seguro Social, lo cual es congruente con el número de solicitudes de información, tal y como se muestra a continuación:

*Los diez sujetos obligados con el mayor número de medios de impugnación interpuestos ante el INAI por mujeres
 (del 12 de junio de 2003 al 15 de junio de 2015)*

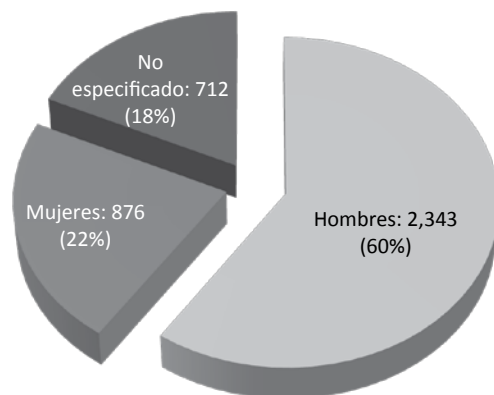


* Recurrencia femenina respecto al total de medios de impugnación en los que el recurrente declaró su sexo.

De las cifras proporcionadas anteriormente se puede observar un panorama general a nivel federal de la participación de las mujeres y hombres en el ejercicio del derecho de acceso a la información, la cual resulta de suma importancia; sin embargo, es necesario insistir para que las mujeres tengan mayor participación y se dejen atrás las barreras que obstaculizan el ejercicio de dicho derecho, así como otros derechos que se encuentran relacionados.

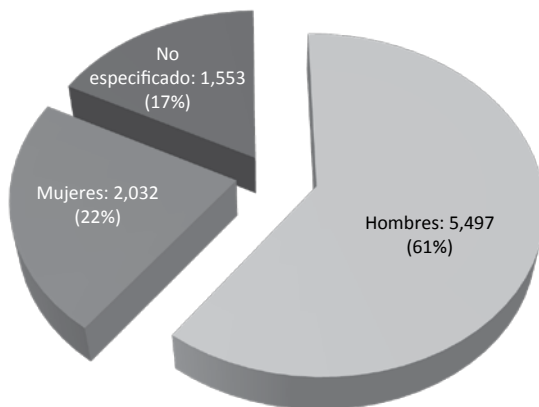
Ahora bien, por lo que hace al periodo del 16 de junio de 2015 al 16 de noviembre de 2016, el número de medios de impugnación interpuestos por hombres y mujeres, es el siguiente:

Porcentaje de medios de impugnación interpuestos ante el INAI de junio a diciembre de 2015



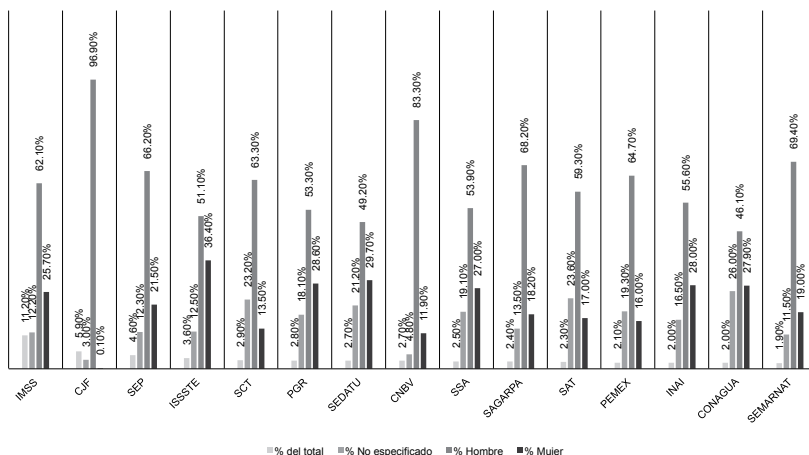
FUENTE: INAI-DGE

*Porcentaje de medios de impugnación interpuestos ante el INAI
de enero a noviembre de 2016*



FUENTE: INAI-DGE

En la siguiente gráfica se puede observar que el sujeto obligado con mayor número de medios de impugnación, es el Instituto Mexicano del Seguro Social, con un porcentaje de 11.20, observándose que el número de recurrentes hombres es mayor a de las mujeres.



FUENTE: INAI-DGE

Al respecto, también resultan interesantes los hallazgos del estudio llevado a cabo por el Centro Carter en febrero de 2015, denominado “Las mujeres y el derecho de acceso a la información en Guatemala”,²⁰ que si bien es cierto es un estudio realizado en otro país, lo cierto es que sirve de ejemplo para dimensionar la importancia de la participación de la mujer en el ejercicio del derecho de acceso a la información.

El estudio asevera que con el acceso a la información la situación de las mujeres puede mejorarse de manera significativa; en el mismo se explica que las mujeres realizan el 66% de la actividad laboral en el mundo y que, sin embargo, siguen formando parte del bloque de pobreza más grande a nivel global, pues representan aproximadamente el 70% de los 1.3 mil millones de personas que viven en situación de pobreza.²¹

El Centro Carter, no obstante lo anterior, asegura que por medio del derecho de acceso a la información, las mujeres pueden incidir en la transformación de sus vidas a través de mejorar sus comunidades de manera significativa. En relación a esto, se citan diversos ejemplos en los cuales las mujeres con el ejercicio de su derecho de acceso a la información han logrado cambios importantes en aspectos significativos de sus vidas; por ejemplo, en Jamaica, varias organizaciones identificaron patrones de abuso sexual y físico en orfanatos; mujeres en India han utilizado este derecho para obtener las pensiones de viudez que les debía el gobierno; en Reino Unido se obtuvo acceso a los registros de nómina de la *British Broadcasting Company* (BBC) y se advirtió que a las mujeres se les pagaba un promedio de 6,500 libras menos que a los hombres, lo cual obligó a que la compañía cambiara públicamente sus prácticas laborales.²²

²⁰ “Las mujeres y el Derecho de Acceso a la Información en Guatemala”, The Carter Center. Consultado el 26 de junio de 2015 en: <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/ati/guatemala-ATI.sp.pdf>

²¹ *Ibid.*, p. 10.

²² *Ibid.*, p. 11.

Así, el Centro Carter advierte que ejerciendo el derecho de acceso a la información las mujeres tienen elementos para tomar decisiones más eficaces en relación a los derechos de educación, salud, empleo, entre otros; asimismo, conocer y ejercer la gama completa de sus derechos, incluido el derecho a vivir libre de violencia; ayuda a las mujeres a participar plenamente en la vida pública y ofrece oportunidades para aumentar el empoderamiento económico de las mujeres.²³

De este modo, el estudio señalado visibiliza la importancia del ejercicio del derecho de acceso a la información en la vida de las mujeres; asimismo, se deja de manifiesto que este derecho tiene un vínculo fundamental con otros derechos y que permite disminuir la brecha de inequidad de género que existe actualmente.

La disponibilidad y accesibilidad en la información en torno a los derechos de las mujeres resulta necesaria para el seguimiento de indicadores respecto de la perspectiva de género, así como la institucionalización de la misma. El que las mujeres puedan acceder, en condiciones de igualdad, a oportunidades, ya sea en el entorno económico, laboral, político y, en general, a puestos fundamentales para el desarrollo social, contribuye a la consolidación de una sociedad más inclusiva y participativa.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta importante la participación de las mujeres en el ejercicio del derecho de acceso a la información, ya que el mismo tiene una relación fundamental con otros derechos humanos y les permiten mejorar su incidencia en la reducción de la brecha de género existente hoy por hoy en prácticamente todos los ámbitos.

El que las mujeres estén mejor informadas, les permite tomar mejores decisiones, en el ámbito laboral, económico, político, edu-

²³ *Idem.*

cativo, de salud, incluso en el hogar, lo que contribuye a igualar sus condiciones con el hombre en la toma de decisiones que atañe al país y a su vida personal.

En ese sentido el empoderamiento de la mujer y la promoción de la igualdad de género son cuestiones claves para el desarrollo de un Estado democrático. El ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de las mujeres, resulta fundamental para la construcción de una democracia participativa, o mejor dicho, de una democracia paritaria.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Rivera, José Antonio, “Transparencia y Democracia. Claves para un concierto”, *Cuadernos de transparencia*, número 10, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2007.
- Ackerman, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho*. México, Siglo XXI Editores, 2011.
- Cossío Díaz, José Ramón, “El derecho a la información en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, México, 2002.
- Emmerich, Gustavo Ernesto, “Transparencia y rendición de cuentas”, en José Sosa (comp.), *Biblioteca Básica de Administración Pública*. México, Editorial Siglo XXI, 2011.
- López Ayllón, Sergio, “El acceso a la información como un derecho fundamental: la reforma al artículo 6o. de la Constitución mexicana”, en *Cuadernos de transparencia*, núm. 17, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, 2012.
- Merino, Mauricio, “El desafío de la transparencia. Una revisión de las normas de acceso a la información pública en las entidades federativas de México”, en Elizondo, *Democracia y Transparencia*. México, CIDE, 2005.

Legislación, tratados internacionales y estudios

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Chihuahua. Consultada el 29 de junio de 2015.

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal. Consultada el 29 de junio de 2015.

Ley número 374 de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Guerrero.

Ley de Acceso a la Información Pública y de Protección de Datos Personales del Estado de Sonora.

Resolución A/RES/66/130, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011.

El Banco Mundial, Datos, “Población activa, mujeres (% de la población activa total)”

Informe sobre el acceso a la información en salud sexual y reproductiva en América Latina”, presentado el 2 de noviembre ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la Asociación por los Derechos Civiles, de Argentina; la Asociación Colectiva por el Derecho a Decidir, de Costa Rica; Center for Reproductive Rights, de Estados Unidos; el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, de Perú; la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, de Colombia; Planned Parenthood Federation of America, de Estados Unidos, y Reproducción Elegida, de México.

Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información, Comisión Interamericana de los Derechos humanos, Relatoría Especial para la libertad de expresión.

Las mujeres y el Derecho de Acceso a la Información en Guatemala, “The Carter Center”.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DESPENALIZACIÓN DE LA CANNABIS EN MÉXICO, IMPULSORA DE LA LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Reyna Sánchez Sifriano¹

“[...] del reconocimiento de que cada ser humano es diferente, no solo por las características, sino por las experiencias... por eso los estudios de personalidad son importantes... para conocer el menú de posibilidades de actuación que su personalidad le ofrecía en la situación y momento determinado del delito”.

Raúl Eugenio Zaffaroni²

Resumen: Se analiza el derecho de autodeterminación al uso lúdico de la cannabis en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad en ponderación al derecho a la salud que obliga al Estado mexicano a adoptar políticas públicas respecto al consumo de sustancias psicotrópicas.

Sumario: 1.1. Presentación. 1.2. Perspectiva de género en la investigación y tratamiento de la drogodependencia. 1.3. Uso lúdico de la marihuana a la luz del derecho del libre desarrollo de la personalidad. 1.3.1. Judicialización del autoconsumo de la cannabis en México. 1.3.1.1. Propuesta exhortativa de carácter

¹ Doctora en Derecho, Investigadora Nacional Nivel I en el Sistema Nacional de Investigadores adscrita a la Dirección General de Recursos Humanos e Innovación Administrativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y colaboradora en las Revistas Jurídicas: Revista de la Facultad de Derecho de México de la Universidad Nacional Autónoma de México y Tlamelahuá de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

² Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2a. ed., Ed. Argentina, 2010, p. 510.

estructural para implementar una política integral en materia de drogas. 1.4. Conclusiones.

1.1. PRESENTACIÓN

El reconocimiento de que el ser humano, con independencia de su edad, estado civil, condición económica, religión, sexo pueda decidir libremente como quiere ser, es el resultado de que el Estado garantice el desarrollo de su dignidad a través del respeto de la autonomía de su voluntad para realizar las actividades que desee en un marco de igualdad y no discriminación ante la ley.

Sin embargo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no existe expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad como si acontece en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que contempla un capítulo de Derechos Humanos y en específico en su artículo 2.1. La libertad de acción y de la persona, como el derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.³

De ahí que, el fenómeno del consumo y producción de drogas a nivel nacional e internacional, no es exento a un “espejismo de igualdad”, en el que son fehacientes las diferencias fisiológicas, psico-emocionales y socioculturales entre los sexos, incrementando con ello, los factores de riesgo que favorecen su adicción.

Por mencionar un ejemplo, la mujer tiene menor cantidad de agua en su cuerpo por lo que la ingesta de cualquier sustancia psicotrópica, le produce una intoxicación más rápida.⁴

³ *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, traducción de García Macho, Ricard *et al.*, Universidad Jaime I (Castellón), 2010, p. 18, disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>, consultado (20/08/2016 a las 13:30 hrs.).

⁴ Sánchez Pardo, Lorenzo, *Genero y drogas. Drogas y perspectiva de género*. Documento marco, Plan de atención integral a la salud de la mujer de Galicia, Xunta de Galicia, Servizo Galego de Saúde. España, 2008. p. 138, consultable en web site: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=514077> (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

Por el contrario, la presión social que existe sobre la fortaleza física en el hombre, asociada a su valentía como reto a los valores sociales dominantes, incrementa su consumo de sustancias psicotrópicas.⁵

Lo anterior, hace evidente las diferencias biológicas entre los individuos según su fisiología, empero también son marcadas las divergencias en el reproche social por su desviación conductual en relación a su género, por una superior estrechez de los márgenes de la norma.

Lo que ha obligado al Estado a implementar la perspectiva de género como elemento transversal en la investigación y tratamiento en la drogodependencia como estrategia para prevenir, controlar y erradicar su consumo.

1.2. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA INVESTIGACIÓN Y TRATAMIENTO DE LA DROGODEPENDENCIA

La perspectiva de género en la investigación y tratamiento de la drogodependencia proporciona una metodología analítica que permite identificar las relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos de la población adicta, analizando el contexto social del empleo lúdico de sustancias ilícitas.

Ello es así, pues emplea el término sexo para definir las particularidades fisiológicas y biológicas en el ser humano,⁶ distinguiendo al género como la interpretación que la sociedad hace sobre el

⁵ *Ibid.*, p. 125.

⁶ Cf. Esteban, M. L., 1999, Mujeres y drogas: de la co-dependencias a la autodeterminación, Jornada “Mujer y drogas”, Donostia, enero de 1999, p. 1, citado por Rekalde, Ángel y Vilches, Carlos, Drogas de ocio y perspectiva de género en la CAPV, 1a. ed., Ed. Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco Donostia-San Sebastián, 1 - 01010 Vitoria-Gasteiz., 2005, p. 42, disponible en http://www.drogasgenero.info/wp-content/uploads/informe_txostena16.pdf, consultado (20/08/2016 a las 15:30 hrs.).

comportamiento, identidad sexual-personal-colectiva, orientaciones, valores asignados al individuo según su fisiología.⁷

De ahí que, Ángel Rekalde y Carlos Vilches, destaquen la importancia de la perspectiva panorámica e interna que sobre la conducta humana ofrece el género, al explicar roles, comportamientos, percepciones y otras expresiones del ser social, al destacarse como un instrumento de análisis y conocimiento en el fenómeno de las adicciones a partir de las decisiones personales que toma cada sujeto, según su propia identidad, escala de valores, madurez y autoestima.⁸

Muestra de ello, es el estudio multidisciplinario de Lorenzo Sánchez Pardo referente al *Género y Drogas*,⁹ en el que identifica que los hombres rebasan porcentualmente el consumo de drogas ilícitas en la población adicta, pues el consumo entre los adolescentes masculinos es mayor que en comparación al de las chicas.

Además, destaca que en el caso concreto de las mujeres de 40 años en adelante reducen drásticamente el consumo de sustancias psicotrópicas ilícitas, hasta alcanzar niveles testimoniales en el caso de sustancias como la cocaína.¹⁰

Por lo que concluye que la evolución del consumo de drogas ilícitas, a pesar de haber crecido de forma significativa entre las mujeres, sigue manteniéndose en niveles sensiblemente inferiores a los observados entre los hombres.

⁷ Cf. Rekalde, Ángel y Vilches, Carlos, *op. cit.*, disponible en: http://www.drogasgenero.info/wp-content/uploads/informe_txostena16.pdf, consultado (20/08/2016 a las 15:30 hrs.).

⁸ Rekalde, Ángel y Vilches, Carlos, *op. cit.*, disponible en: http://www.drogasgenero.info/wp-content/uploads/informe_txostena16.pdf, consultado (20/08/2016 a las 15:30 hrs.).

⁹ Sánchez Pardo, Lorenzo, *Género y drogas. Drogas y perspectiva de género. Documento marco*, Plan de atención integral a la salud de la mujer de Galicia, Xunta de Galicia, Servizo Galego de Saúde. España, 2008. p. 138, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=514077> (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

¹⁰ *Idem*.

Sin obste a lo anterior, que el incremento en el consumos de drogas ilícitas ha sido proporcionalmente más intenso entre las mujeres, circunstancia que, unida a la equiparación de los consumos en los grupos de edad más jóvenes, hace previsible que en el futuro continúen reduciéndose las diferencias de consumo en función del género.¹¹

Puesto que entre los adolescentes el género no introduce diferencias significativas en los niveles de consumo, pues chicas y chicos participan de un patrón mayoritariamente asociado a motivaciones lúdicas, no sucede lo mismo entre las personas adultas, pues ellas, en particular en el caso de las mujeres inician su consumo derivado de sus relaciones afectivas con parejas consumidoras y como repuesta a situaciones conflictivas a nivel personal o familiar (violencia, abusos, etcétera).¹²

En el caso concreto de México, de acuerdo a los datos arrojados por la Encuesta Nacional de Adicciones 2011: Reporte de Drogas,¹³ como un esfuerzo coordinado por la Comisión Nacional Contra las Adicciones y la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud, a través del Centro Nacional para la Prevención y el Control de las Adicciones, con la participación del Instituto Nacional de Psiquiatría “Ramón de la Fuente Muñiz”, institución que tuvo a su cargo el diseño conceptual, la elaboración de los cuestionarios, la capacitación de los encuestadores, la supervisión del trabajo de campo así como el análisis de las secciones de drogas y alcohol; y del Instituto Nacional de Salud Pública que fue responsable del diseño muestral de la encuesta, del operativo de campo y del desarrollo del diseño conceptual y del análisis e interpretación de los datos de tabaco, concluye que el consumo de la cannabis es

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ Hernández Ávila, Mauricio, *et al.*, *Encuesta Nacional de Adicciones 2011: Reporte de Drogas*, 1a. Ed. Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz / Secretaría de Salud, México, 2012, pp. 55 a 61, disponible en: http://www.conadic.salud.gob.mx/pdfs/ENA_2011_DROGAS_ILICITAS_.pdf (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

mayor en los hombres que en las mujeres y que este aleatorio al tabaco sin atenerse a un lugar o momento determinado.¹⁴

Lo que hace evidente el fracaso en las últimas décadas de la política prohibicionista en materia de drogas, pues los índices de violencia y corrupción asociados a la delincuencia organizada, han vulnerado los derechos humanos y la salud de la población a nivel nacional como internacional, tal y como se evidencia en experiencias en países como Europa y Estados Unidos de Norteamérica, en donde a pesar de despenalizarse en uso lúdico de la cannabis, enfrentan problemáticas en su cultivo y suministro, ya que de éstos se encargan las organizaciones delictivas.¹⁵

Esto es así, pues aun cuando en Holanda su consumo es legal, no lo es su suministro, por su parte, California regula el suministro medicinal, empero, no su uso lúdico.

En cambio, en América Latina, constituido de países en vías de desarrollo, asignan recursos para erradicar comercialización, pero como sucede en el caso concreto de México, donde pueden apreciarse altos índices de violencia y vandalismo producto de la disparidad económica y sociocultural es mayor el tráfico incesante de sustancias psicotrópicas.¹⁶

1.3. USO LÚDICO DE LA MARIHUANA A LA LUZ DEL DERECHO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

La interculturalidad social es directamente proporcional a los estratos sociales que la conforman, convergiendo en una búsqueda incesante de placer a sus sentidos, mediante mecanismos tan fini-

¹⁴ Hernández Ávila, Mauricio, *et al.*, *op. cit.*, pp. 55-61.

¹⁵ Blickman, Tom y Jelsma, Martin, "La reforma de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos", art. pub., en la revista *Nueva Sociedad*, núm. 222, julio-agosto de 2009, pp. 102 y 103, disponible en: https://www.tni.org/files/3623_1.pdf (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

¹⁶ Blickman, Tom y Jelsma, Martin, *op. cit.*, pp. 102 y 103, disponible en: https://www.tni.org/files/3623_1.pdf (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

tos como la imaginación del individuo se lo permita, por lo que no es exenta a su satisfacción el uso lúdico de la cannabis.

Sin embargo, ello no inhibe su consumo, pues el concepto que se emplea de salud es insuficiente para justificar las restricciones más severas.

De ahí que, Husak¹⁷ sostiene que la salud es una razón legítima para prohibir las drogas, pero no para consumirlas, dejando claro que la autonomía de la voluntad del individuo de consumirlas bajo su propio riesgo sería el estatus por el cual un agente racional modela su vida y le da sentido a su existencia a partir de medios que considera idóneos para ello.¹⁸

Por lo que, no es de sorprenderse su habitual consumo en quienes utilicen al cannabis como instrumento de relajación para sobrellevar el estrés de la vida cotidiana, potencializando su comunicación y sociabilidad, debido al buen humor que caracteriza el estado de bienestar y alegría, acompañado de la alteración de conciencia, el placer de su sabor y olor, así como su valor terapéutico.¹⁹

Sin que obste a lo anterior, la apatía, pasividad y pereza que les provoque su consumo intenso o prolongado, como son la dependencia, alteración de la memoria, su ilegalidad y las consecuencias que esta cuestión tiene en el consumo diario como el acoso y el con-

¹⁷ Husak, D.K. (2001), *Drogas y derechos*. México, Fondo de Cultura Económica, p. 85, citado por Arana Berastegi, Xabier y Germán Mancebo, Isabel, *Documento técnico para un debate social sobre el uso normalizado del cannabis*, 1a. ed., Ed. Vitoria-Gasteiz, Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia = Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005, p. 28, disponible en: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2061927/Documento+tecnico+para+un+debate+social+sobre+el+uso+normalizado+del+cannabis.pdf>, consultado (20/08/2016 a las 15:30 hrs.).

¹⁸ Ríos Espinosa, Carlos, reseña del libro *Drogas y derechos* de Husak, D.K., editado por Fondo de Cultura Económica, publicada en el núm. 8, 2001 de la *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, p 414, disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_21.pdf, consultado (20/08/2016 a las 15:36 hrs.).

¹⁹ Gamella, J. y Jiménez Rodrigo, M.L. (2003), *El consumo prolongado de cannabis. Pautas, tendencias y consecuencias*. Madrid, FAD y Junta de Andalucía, pp. 344-346, citado por Arana Berastegi, Xabier y Germán Mancebo, Isabel, *op. cit.*, p. 31., disponible en: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2061927/Documento+tecnico+para+un+debate+social+sobre+el+uso+normalizado+del+cannabis.pdf>, consultado (20/08/2016 a las 15:30 hrs.).

trol social, entre otros,²⁰ pues a pesar de esto, los consumidores consientes del binomio riesgo/beneficio son habituales en su empleo, emergiendo como la mejor droga de las disponibles para la recreación y el placer.²¹

Lo que obliga al Estado a concientizar al consumidor no solo de las secuelas negativas a la salud derivadas de su adicción, sino también de aquellas procedentes del sistema internacional de fiscalización de drogas, como lo es la penalización por tenencia, venta y cultivo, pues dicho modelo delictivo, es un ejemplo claro, del desequilibrio existente entre la protección y la represión por su consumo.²²

Además, resulta indispensable fomentar una cultura de responsabilidad basada en el autocontrol de un consumo prudente, razonable, moderado, que a la larga inhiba su prohibición,²³ lo cual será producto del ejercicio de otros derechos distintos al de la autonomía de la voluntad, como lo son el de información, educación, protección de la salud, pues con esto, se previene y reduce riesgos de dependencia, convirtiéndose así en un límite a las injerencias en cuestiones de libertad personal.²⁴

Por lo que optar por un marco regulatorio del mercado de la cannabis, utilizando como guía el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, sería un comienzo.²⁵

²⁰ *Idem*.

²¹ Gamella, J. y Jiménez Rodrigo, M.L. (2003), *op. cit.*, p. 348, *ibid*.

²² Blickman, Tom y Jelsma, Martin, *op. cit.*, pp. 102 y 103, disponible en: https://www.tni.org/files/3623_1.pdf (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

²³ Comas, D., Gracia, D. (2004), "Análisis global del consumo", en *Consumo y control de drogas: reflexiones desde la ética*. Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud y FAD, pp. 29-33, *ibid.*, p. 79.

²⁴ Arana, X., Germán, I. (2004), Delimitación del "status" jurídico del ciudadano "consumidor de drogas". Propuesta de Carta de Derechos de los Usuarios de Drogas, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, *ibid.*, pp. 79 y 80.

²⁵ Blickman, Tom y Jelsma, Martin, *op. cit.*, p. 103, disponible en: https://www.tni.org/files/3623_1.pdf (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

Lo anterior es así, pues tal como se destacó en el primer Informe Mundial sobre las Drogas de 1997: “las leyes, e incluso las Convenciones Internacionales, no están escritas sobre piedra. Pueden modificarse cuando la voluntad democrática o las naciones deseen hacerlo”.²⁶

1.3.1. Judicialización del autoconsumo de la cannabis en México

Muestra de ello, es el ejercicio jurisdiccional que realizó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 237/2014,²⁷ por mayoría de votos, en el que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud para el efecto de que la Secretaría de Salud expidiera a los promoventes la autorización para realizar actos relacionados con el consumo personal con fines recreativos específicamente de la cannabis y el psicotrópico THC, sin que ello implique la autorización de su comercialización.

Sin embargo, como se infiere de la votación de tan polémico asunto por el planteamiento del derecho de autodeterminación al consumo del cannabis con fines lúdicos derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad, derivo de dos votos concurrentes de

²⁶ *Idem.*

²⁷ Engrose del AR 237/2014, resuelto el cuatro de noviembre de dos mil quince, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente); José Ramón Cossío Díaz, quien se reservó su derecho a formular voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (Presidente), quien también se reservó su derecho a formular voto concurrente, en contra del emitido por el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó su derecho a formular voto particular, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118> (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

los ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena²⁸ y José Ramón Cossío Díaz, así como el voto particular del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.²⁹

De los cuales para efectos teórico-metodológicos del tema que nos ocupa, destacare el del Dr. José Ramón Cossío Díaz,³⁰ quien estimo que dicha resolución no fue una alternativa a la despenalización de la marihuana en nuestro país, ya que únicamente abordó la posibilidad de autorizar a sus promoventes la realización de conductas relacionadas con su uso recreativo.

1.3.1.1. Propuesta exhortativa de carácter estructural para implementar una política integral en materia de drogas

El principio de relatividad de las sentencias que rige en el amparo y en términos de los efectos propuestos por la sentencia del amparo en revisión citado con antelación, solo autoriza el uso lúdico de la marihuana a quienes lo promovieron hasta en tanto el legislador no modifique las disposiciones legales prohibicionistas, los sujetos

²⁸ Estimo que es inadmisibile que el Estado sancione la farmacodependencia al ser una condición de salud, además de que el Máximo Tribunal debió precisar límites válidos al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad pues al brindar las autorizaciones, la autoridad responsable podría válidamente y con la debida justificación tomar en cuenta las limitaciones que podría tener el consumo de la cannabis, tal como se hace con otras sustancias legales como lo son el alcohol y el tabaco; impulsando con ello un cambio cultural, sin que ello impida que el legislador, considerando los vicios de inconstitucionalidad detectados, vuelva a legislar para determinar la mejor política pública en el tema. Véase: Voto particular del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, disponible en: http://www2.juridicas.unam.mx/marihuana-caso-mexico/wp-content/uploads/2016/02/Voto_Alfredo-Gutierrez-Ortiz-Mena.pdf (15/08/2016 a las 19:00 hrs.).

²⁹ En el destaco la contradicción derivada de la permisión de la siembra y el autoconsumo de la marihuana, ante la ilegalidad de la compra de la planta, toda vez que la resolución en comento excluye expresamente los “actos de comercio”. Véase: Voto particular del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, disponible en: <http://www.smart-club.mx/uploads/8/7/2/7/8727772/pr2.pdf> (15/08/2016 a las 19:30 hrs.).

³⁰ Voto concurrente que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo en revisión 237/2014., pp. 1-24., disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118> (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

que no cuenten con la autorización correspondiente podrán ser procesados.³¹

Por lo que, en su voto concurrente Cossío Díaz exhorta al Estado mexicano, a replantearse la permisión y descriminalización de su uso recreativo, mediante procesos de deliberación democrática, enunciando como ejemplo de ello, los cambios legislativos instrumentalizados en los Estados de Colorado y Washington en los Estados Unidos de América, los Países Bajos y Uruguay, en los que destaca sus procesos legislativos, acompañados de la implementación de políticas públicas generadoras de un marco regulatorio de la producción y distribución de la cannabis, protegiendo con ello a sus habitantes de los riesgos que trae aparejada su comercialización ilegal auspiciada por el narcotráfico.³²

Partiendo de que la prohibición de realizar diversas actividades relacionadas con la producción y consumo de la marihuana genera una protección mínima al derecho a la salud y al orden público frente a la intensa intervención al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los consumidores lúdicos.³³

Por lo que, es comprensible la sugerencia de cambios estructurales en los ámbitos de competencia de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, tanto a nivel federal como estatal de armonizar normativamente sus programas y presupuestos para implementar una política nacional sustentada en un modelo de salud pública y la descriminalización en el uso lúdico de la cannabis en México.³⁴

Para lo cual, resulta indispensable realizar prima fase una revisión de la normativa prohibicionista del Estado en materia de drogas, como son la Ley General de Salud, Código Penal Federal, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, entre otros, e introdu-

³¹ *Ibid.*, p. 8.

³² *Ibid.*, p. 9.

³³ Voto concurrente del Ministro José Ramón Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 2, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118> (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

³⁴ *Idem.*, pp. 16, 17, 19 y 23.

cir su permisión para uso lúdico, como conducta excluyente del delito.³⁵

Además, de implementar un marco legal relativo a autorizaciones y vigilancia sanitaria, delimitando la siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte, evitando con ello su persecución penal.³⁶

Por otra parte, respecto al Ejecutivo y su administración,³⁷ propone que debería elaborarse un programa nacional que diseñe una política pública integral en materia de drogas, instando a las Secretarías de Salud y de Educación Pública, el Consejo de Salubridad General, así como la Procuraduría General de la República, en concordancia a sus competencias a:

- Considerar las opiniones rendidas por el Consejo Nacional contra las Adicciones y la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud para la elaboración del anteproyecto de presupuesto para la prevención y el combate de las adicciones.
- Elaborar y expedir por conducto de la COFEPRIS, las normas oficiales mexicanas en materia de regulación, control y fomento sanitarios vinculados con la producción para el autoconsumo de la marihuana y vigilar su cumplimiento.
- Proponer a través de la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud las políticas en las materias de prevención y promoción de la salud, en específico las necesarias para combatir las adicciones, así como coordinar el desarrollo de los Centros Nacionales para la Prevención y Control de las Adicciones, y emitir las normas para la evaluación del desempeño de los centros estatales de salud en materia de prevención y el control de las adicciones.
- Instrumentar, supervisar y evaluar, por conducto del Consejo Nacional contra las Adicciones, las estrategias de comuni-

³⁵ *Ibid.*, pp. 17 a 19.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Ibid.*, pp. 19 a 22.

cación social, materiales didácticos y metodologías para la capacitación del personal que operará los programas para el control de las adicciones.³⁸

- Emitir las disposiciones generales y las medidas que rediseñen la estrategia integral de prevención, consejería, tratamiento y control de adicciones y, en concreto, las referentes al consumo de la marihuana desde el ámbito de la salud pública
- Evaluar en coordinación con la Secretaría de Salud, la inclusión en los programas académicos de información detallada sobre el consumo de drogas y sus riesgos, así como la prevención de las adicciones.
- Realizar campañas de sensibilización sobre los riesgos y daños asociados con el consumo de drogas.
- Exhortar a las autoridades encargadas de la administración de justicia a realizar una revisión de las investigaciones y procesos penales en trámite, así como de los procedimientos de ejecución de penas impuestas derivadas de la comisión del delito contra la salud, que implique estrictamente la siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte de la marihuana para fines lúdicos.³⁹

Pues con ello, sería posible el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, el sobreseimiento de causas penales o extinción de sanciones, derivado de la actualización de una causa excluyente de delito.

³⁸ Voto concurrente del Ministro José Ramón Cossío Díaz, *op. cit.*, pp. 19 a 22, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118> (15/08/2016 a las 20:00 hrs.).

³⁹ *Idem.*

1.4. CONCLUSIONES

El uso normalizado de la cannabis exige un debate social respecto a los derechos humanos trastocados por el sistema prohibicionista en materia de drogas, en concordancia con los principios del Estado Democrático de Derecho.

Por lo que se concluye que es necesario espacios como este Congreso Nacional e Internacional en Materia de Derechos Humanos, Seguridad Humana, Igualdad y Equidad de Género, en los que sea patente su integración interdisciplinaria como multidisciplinaria para crear un foro de para la discusión y futura implementación de una política integral en materia de drogas, que permita un ejercicio democrático de debate con la intervención de todos los actores relevantes y de la opinión pública, respecto a establecer un marco regulatorio que permita la producción y consumo recreativo lúdico de la cannabis, derivado de la implementación de la perspectiva de género como metodología analítica de los estereotipos que trastocan la libertad de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad de la población adicta en México.

EL ESTADO EN CRISIS Y LA VOLATILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO SOBRE UNA DEBACLE ANUNCIADA

Enrique Uribe Arzate¹
Alejandra Flores Martínez²

Sumario: I. Introducción; II. El Estado en crisis; III. Las tareas urgentes; IV. La seguridad humana; V. Rutas viables; VI. Cercanía y prospectiva; VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Las actuales tensiones que enfrentan las sociedades, son resumen de dos grandes tendencias; a saber: los ejercicios enfocados a demostrar la capacidad de decisión local (para algunos expresión irrefutable de la soberanía) y, por otro lado, el afianzamiento de reglas de operación de los poderes metaestatales, diseñados y operados fuera de los poderes del Estado.³

Este doble accionar, nos ubica de frente a una realidad cotidiana que es, en sí misma, una contradicción y que teóricamente resulta ser una aporía. ¿Cómo puede seguir siendo el Estado, “la

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

² Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España, profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

³ En cuanto a lo primero, es elocuente el caso de Cataluña que no cesa en sus intentos por separarse de España (independentistas o secesionistas, según se quiera ver), así como los asomos e intentos en el mismo sentido de Quebec en Canadá y Escocia en el Reino Unido. En cuanto a lo segundo, no requiere mayor referencia el poder del Fondo Monetario Internacional o del Banco Mundial y su innegable influencia en las decisiones domésticas de los países.

organización normalmente más fuerte dentro de su territorio”,⁴ si las expresiones locales, regionales o autonómicas ponen en entredicho su potestad y hasta su legitimidad?; ¿para dónde se puede mover el poder del Estado, si muchas de sus decisiones esenciales son dictadas desde fuera?; ¿para dónde se puede manifestar la soberanía de los pueblos, si cualquier asomo en este sentido, se enfrentará a nuevas reglas que prácticamente la han acotado?

En esta zona nos movemos actualmente los seres humanos. Más allá de nacionalidades e ideologías, lo cierto es que las reglas del mercado y su expresión –ya desde ahora rancia– que es la globalización, se han encargado de hacernos más iguales y más idénticos en cualquier país y latitud.⁵

¿Cómo enfrentar este dilema?; ¿cómo afirmar el sello de lo estatal en medio de esta burda y grosera manera de barrer las identidades y la cultura que hoy sufren la imposición de patrones y parámetros idénticos? Aún más: ¿cómo podrán el Estado, sus poderes y sus instituciones, afirmar su presencia y capacidades jalonados por esta convulsión global?

Por todo esto, el tiempo que nos ha tocado vivir en este frenético período –el segundo decenio del siglo XXI–, es propicio para la reflexión. El suceder de los años, va marcando de manera inexorable, un sino de perplejidad en casi todos los ámbitos de la vida humana. Ahora más que en cualquier otro momento, nos queda claro que los fenómenos que inciden, integran e impactan en la vida de todos los días, son múltiples y de una complejidad inasible y volátil.

Lo cierto es que nada se puede explicar ni comprender, si el intento se sitúa en la comodidad de una sola disciplina y, peor aún, desde las limitaciones inherentes a cualquier expresión teórica

⁴ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, FCE, México, 2000, p. 310.

⁵ “A estas alturas de la historia lo que predomina es la multitud de trabajadores, poblaciones o colectividades nacionales, dispersas en grupos, etnias, minorías, clases, regiones, culturas, religiones, sectas, lenguas, dialectos, tradiciones culturales, todos como miembros de una extraña aldea global”, Ianni, Octavio, *La sociedad global*, Siglo XXI Editores, México, p. 76.

negada a la discusión y el debate. De ahí la importancia de la mirada abierta, dubitativa que intenta comprender por la vía holística y transdisciplinar, los fenómenos que desbordan cualquier parcela del conocimiento actual.

De este modo, la fragilidad de las estructuras locales de cada Estado y las graves circunstancias del contexto internacional, nos han situado en una profunda crisis, silente en muchos aspectos, pero abrupta en los indicadores económicos y de bienestar; sin duda, la pobreza sigue siendo el mayor flagelo para la humanidad, ya no sólo por lo que representa en sí misma, sino además por las severas consecuencias que acarrea.⁶

A la par de este problema ingente, otros de distinta expresión atenazan a los Estados e inmovilizan cualquier intento por superar las diversas dimensiones de la crisis. Así, terrorismo, narcotráfico, guerrilla, tortura, contaminación, abuso del poder y corrupción, entre tantas otras miserias, ahogan la *res pública* y mantienen inermes a los habitantes. Con esto, no tratamos de justificar el fracaso de muchas de las acciones estatales; queremos solamente dar cuenta de la incidencia multifactorial que limita o impide su funcionamiento adecuado.

Y es que el Estado y su sociedad (y la sociedad y su Estado), son parte de un todo; pocos o casi ningún fenómeno actual se pueden asumir como asuntos de la incumbencia exclusiva y excluyente de un pueblo en particular.⁷ De los temas citados en vía de ejemplo,

⁶ Aquí se inscribe lo que Held ha mencionado: “Allí donde las relaciones de poder generan asimetrías sistemáticas de perspectivas de vida, se crea una situación que puede ser denominada “nautonómica”. La nautonomía se refiere a la producción y distribución asimétrica de perspectivas de vida, que limitan y erosionan las posibilidades de participación política”, Held, David, *La democracia y el orden global, del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 210. Nosotros solamente preguntamos: ¿Acaso hay algo más reprochable en el *status quo* predominante que la cancelación de oportunidades de realización para cualquier persona?

⁷ “Poco a poco, la morfología de la sociedad global involucra a los derechos humanos, narcotráfico, protección del medio ambiente, deuda externa, salud, educación, medios de comunicación de masa, satélites y otros puntos. Asuntos sociales, económicos, políticos y culturales que siempre parecieron nacionales, internos, se vuelven

ninguno tiene raíces esencialmente locales; su savia circula en el entramado social de cualquier pueblo. *Vgr.* El narcotráfico ahora tan señalado como asunto prioritario para México, es todavía tema de preocupación en Colombia y gran parte de los países de la región centro y sudamericana; en términos similares, países tan distantes geográficamente de los ya citados, como Singapur o Malasia padecen este problema y sus secuelas. Y del terrorismo ni qué decir, luego de los traumáticos eventos de Estados Unidos en 2001, España en 2003 y París en 2015.

En el mundo actual ya no hay parcelas. La globalización en lo económico, guarda correspondencia matemática con la mundialización de los problemas comunes. El hostigamiento y saqueo del patrimonio cultural es un asunto de la humanidad, porque lo mismo sucede en la antigua Mesopotamia que en casi cualquier otro país donde se asentaron las culturas de la antigüedad; la infición es cosa cotidiana en China y en todas las metrópolis; la trata de personas y la delincuencia organizada, tampoco tienen fronteras.

Tal estado de cosas, ha puesto en jaque a los modelos tradicionales de organización humana: la familia nuclear no resiste el acoso de otros tipos de asociación humana; la política se ha rebajado al improductivo debate entre políticos y las mutuas acusaciones sin sentido; el lucro y la depredación son medio y fin de los dueños del dinero y llevado a una dimensión mayor, son el único fin del capitalismo y del imperio.⁸ Y en la vorágine de todo este panorama, la organización jurídico-política más trabajada (el Estado), ensombrece y parece condenada a desaparecer; el Estado vive la peor de sus crisis.⁹

después internacionales, externos, relacionados con la armonía de la sociedad global", Ianni, *op. cit.*, p. 26.

⁸ En relación con lo último, Chomsky se ha referido a "la quinta libertad". Las cuatro primeras son la libertad de expresión, la libertad de culto, estar libres de necesidades y estar libres de temor. La quinta tiene una expresión terrible, pues se refiere a la "libertad de saquear y explotar". *Vid.* Chomsky, Noam, *La quinta libertad*, Crítica, Barcelona, 1988, pp. 79 y ss.

⁹ "El Estado nacional ha dejado de ser lo que fue durante casi dos siglos: el principal organizador de la vida política, económica, social y cultural de los pueblos. Ello

II. EL ESTADO EN CRISIS

Así las cosas, los problemas de dimensión metaestatal, se vuelven –paradójicamente– mayores al seno del Estado. Para frenar a los delincuentes, no hay policía capaz ni en la vía preventiva ni en la remedial. Para combatir a quienes contaminan, el obeso aparato estatal de la materia, simplemente no sirve; el terrorismo –amenaza en tiempo real, latente y ubicua– es probablemente el único parámetro de igualdad efectiva de nuestra época, porque a nadie discrimina y ninguno está a salvo. El narcotráfico nos tiene en incertidumbre y pánico, y la policía infiltrada de corrupción y complicidades –amén de sus limitaciones–, está colapsada. Los programas de combate a la pobreza son temporales y de efecto limitado, dada su improvisación y superficialidad, cuando no son llevados de la mano por la frivolidad y el uso político que en no pocos lugares canjea despensas y hasta televisores, por votos.

Esta es la fisonomía del Estado de Derecho, maltrecho y en crisis. Muchos países son, lamentablemente, ejemplo de este caos y en lo que a nosotros interesa, México se ubica como una referencia obligada del Estado frágil, vulnerable y carente de rumbo.

Pero no cabe duda que de entre todos sus asuntos prioritarios y complejos, la humanidad clama seguridad y justicia. En estos campos, el ejercicio de la *potestas* tiene muchas asignaturas pendientes con los habitantes. Sólo en vía de ejemplo, podemos citar el caso mexicano; en el primer rubro, la seguridad pública perdió la brújula desde la poco medida decisión de enviar al ejército a las

se debe a dos procesos dinámicos paralelos: por una parte, la constitución de conjuntos económicos y políticos metanacionales, como la Unión Europea y el proceso de la globalización económica, y por la otra, el resurgimiento de actores sub-estatales o a veces trans-estatales de tipo regional o etnonacional que desafían a los conceptos clásicos asociados al Estado nacional”, Stavenhagen, Rodolfo, “Un mundo en el que caben muchos mundos: el reto de la globalización”, en Gutiérrez Martínez, Daniel y Balslev Clausen, Helene (coords.), *Revisitar la etnicidad, miradas cruzadas en torno a la diversidad*, El Colegio de Sonora, El Colegio Mexiquense, Siglo XXI Editores, México, 2008, p. 384.

calles a cumplir “inconstitucionalmente”,¹⁰ con una tarea que no es aquiescente con la formación de los militares; las consecuencias de esto, son los miles de muertos que nada tienen que ver con el narcotráfico y la brutalidad de los soldados en retenes y emboscadas.

En el otro aspecto, la justicia, particularmente la de los reclamos de ofendidos y víctimas, no ha podido dar respuesta a los asuntos vinculados con delitos de competencia local y menos aún a las graves conductas de la delincuencia organizada.

El calificativo de *Estado fallido* que se endilgó a México, difícilmente se puede atenuar con resultados tan pobres en justicia y seguridad y ante la ausencia de políticas públicas¹¹ que entiendan y atiendan estas cuestiones con un enfoque distinto a la confrontación y la guerra. Pero no es solo el caso mexicano. La misma fragilidad se advierte en el Estado de Derecho¹² que sirvió de modelo a los países de Latinoamérica, o en el Estado-tipo que sigue vigente en Europa; y ni qué decir de los países de los continentes asiático o africano; los primeros, todavía en una dura batalla por la conquista de derechos esenciales; los otros, en la eterna lucha contra la miseria y la hambruna.

En este breve recorrido, podemos otear ya, la impronta que ha lacrado cada uno de los resquicios del Estado en nuestros días. Los trazos que podemos ver en cualquier ámbito de la vida pública, se

¹⁰ Dice el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “[...] Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas [...]”. En nuestra opinión, solamente una interpretación muy forzada que intenta ser sistemática, puede dar matices constitucionales a una atribución que la Carta Magna no le reconoce expresa y claramente al ejército.

¹¹ Una aproximación al contenido y alcances de las políticas públicas, se puede ver en Aguilar Villanueva, Luis F., *El estudio de las políticas públicas*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007 y en otra obra del mismo autor intitulada *La implementación de las políticas públicas*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.

¹² *Vid.*, Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2004.

referencian obligadamente a la preocupación humana, académica y científica, sobre la *seguridad* y la *justicia*. Como podemos advertirlo, nos encontramos de frente y casi de inmediato, con las sensibles fallas que los ciudadanos padecemos en estos campos; si bien, la problemática alcanza un contexto mayor, los índices de alarma se han asentado en ciertos países que todavía no vislumbran una salida viable y próxima.

III. LAS TAREAS URGENTES

La ruta a seguir en la concepción ortodoxa de la seguridad pública, acabó mostrando a un Estado represor (dicho técnicamente: a un gobierno represor; dicho eufemísticamente: a un gobierno incapaz y desorientado) que ni con el ejército pudo controlar las expresiones cada vez más cruentas de los cárteles de la droga. Los enfrentamientos entre éstos y las complicidades con integrantes del aparato gubernamental, dio cuenta muy pronto del error garrafal que significó la presencia del ejército en las calles.

En el otro campo, la justicia es una tarea –ahora sí imposible– para cualquier Procuraduría o Tribunal local o federal. Junto a los asuntos de mayor difusión como Tlatlaya o Ayotzinapa que nos han situado en la vergüenza ante el mundo, ninguna Procuraduría ha podido (y ningún juzgador podrá) dar respuesta contundente y clara a los deudos de los muertos. Las desapariciones forzadas, la tortura, los escapes de la cárcel –poco menos que surrealistas– de delinquentes de altísima peligrosidad, evidencian una justicia ausente en un Estado que cada día se resquebraja un poco más y, peor aún, cuando los delinquentes deben ser juzgado por otra justicia menos turbia que la mexicana.¹³

¹³ Con solo dos casos podemos evidenciar esto: el Chapo Guzmán extraditado a los Estados Unidos el 19 de enero de 2017 y el retorno del exgobernador Mario Villanueva ya juzgado en aquél país, para ser juzgado ahora en México, cuando tenía que haber sido en sentido inverso.

En este escenario, la justicia cotidiana que claman los ciudadanos de a pie, resulta tortuosa y es poco menos que una hazaña obtener de los Tribunales una aplicación *pronta y expedita*¹⁴ en este campo. Con todo y las reformas constitucionales de los últimos años, la justicia sigue siendo tema de preocupación y azoro para los habitantes.

Para cerrar el círculo de todos estos agravios, los índices de corrupción en general y, especialmente en los dos temas prioritarios (seguridad y justicia) ya apuntados, son una alerta para el Estado mexicano, situado en este rubro como uno de los países con mayor corrupción en el mundo.¹⁵

Por todo lo antes referido, la construcción de políticas públicas en los campos más apremiantes —como son la seguridad y la justicia—, significa para el Estado constitucional, el reto más acuciante en lo inmediato y va de la mano con la necesidad de hacer una proyección para los próximos lustros, pues ni estos asuntos ni el combate a la pobreza, podrán afrontarse con éxito en el corto plazo, máxime cuando los mercados internacionales y la inestabilidad de la economía global, alcanzan con sus repercusiones cualquier economía local y, por ende, cualquier política pública doméstica.

A partir de un diagnóstico tan poco halagüeño, donde las políticas públicas como acción del Estado no se han desarrollado adecuadamente en los planos preventivo y correctivo, la visión limitada y parcelada de las cuestiones anudadas a la seguridad y la

¹⁴ Así lo mandata el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: “[...] Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales [...]”.

¹⁵ “Ciudad de México, 27 de enero de 2016.- México se mantuvo sin cambios en el Índice de Percepción de la Corrupción 2015, publicado el día de hoy por Transparencia Internacional y Transparencia Mexicana. El país obtuvo una puntuación de 35 en una escala que va de cero (altos niveles de corrupción) a 100 (bajos niveles de corrupción); esta es la misma puntuación que México obtuvo en la edición anterior”. Disponible en: <http://www.tm.org.mx/ipc2015/> (consultado el 27 de enero de 2016).

justicia, necesitan un abordaje científico inmediato que permita la superación de categorías desgastadas, como la idea de seguridad “pública” y todos los demás calificativos que a lo largo de los últimos años se le han adherido, o como la vieja concepción de la justicia penal estancada en el propósito de poner tras las rejas al mayor número de delincuentes, sin volver la mirada a las víctimas y ofendidos que en ciertos delitos –como la desaparición forzada y la tortura–, son ahora los olvidados del derecho penal.

Así las cosas, la debacle del Estado de Derecho incapaz de prodigar seguridad y justicia, aunada a la evidencia del limitado funcionamiento en otros rubros, nos ha llevado a la exigencia de formular una aproximación científica diferente que, en nuestra concepción, no puede ser otra que la construcción del Estado constitucional, a partir de un nuevo diseño institucional que sea capaz de aportar los elementos esenciales para que los dos tópicos de mayor apremio que hemos venido citando, sirvan de punto de partida en esta demanda colectiva porque la situación de los habitantes cambie pronto.

Dejemos de lado las reformas estructurales (en materia de migración, energía, régimen político-electoral, trabajo, telecomunicaciones, etcétera), las reformas constitucionales e institucionales, la crisis económica, la pobreza y el desempleo; el mayor desaliento y el hartazgo provienen de la inseguridad y la injusticia. Mientras el Estado no sea capaz de modificar esto, ninguna reforma en estos y en cualquier otro campo, tendrá éxito.

Es claro entonces que un asunto de tal envergadura, no puede abordarse desde las concepciones tradicionales generadas en estos temas. Por ello, la definición de la seguridad ha tenido que desarrollarse desde la reconstrucción conceptual que se desprende desde la idea de lo público, pasando por la seguridad ciudadana, la seguridad nacional y hasta la seguridad alimentaria que sirven de antecedente teórico a un nuevo enfoque científico, asentado en la idea de la seguridad humana –condición *sine qua non* para la vida humana.

IV. LA SEGURIDAD HUMANA

Con esta preocupación central, entendemos que la seguridad humana tiene varios umbrales ya definidos por la ONU¹⁶ en los que cada aspecto resulta esencial para atender un desarrollo humano adecuado, al margen del número de policías y armamento con que cuente el Estado. El salto teórico que ha implicado referirnos a la seguridad humana, nos ha permitido comprender de mejor manera la evolución de la zona tan conflictiva de la seguridad pública o ciudadana, lastrada por los reiterados cambios de rumbo en la concepción de las tareas de seguridad a cargo del Estado.

En este sentido, la seguridad humana supera la idea de la seguridad pública o ciudadana, en la medida que los indicadores del bienestar de los habitantes resulta, incluso, un tema que está más allá de la eficacia de las policías o la pulcritud de los procesos penales.

Unos y otros elementos de la vieja concepción del *Estado guardián*, se han desmoronado a la par que la idea de que el Estado es más fuerte en la medida que sus cuerpos de seguridad están mejor entrenados o cuentan con armamento más sofisticado; con esto también cae pronto la idea de que los jueces juzgan mejor si cuentan con equipo de videgrabación o con juicios orales, abreviados y principio de oportunidad. Por ello, la seguridad humana se apunta como un argumento sólido y viable para atender la grave crisis de inseguridad que vivimos.

Incluso, en el recorrido temporal de diez años desde que Felipe Calderón tomó la decisión de enfrentar el problema de la inseguridad con el auxilio del ejército, la evaluación no podría ser más frustrante: Miles de víctimas en “daños colaterales” y los cárteles

¹⁶ “En definitiva, la seguridad humana se expresa en un niño que no muere, una enfermedad que no se difunde, un empleo que no se elimina, una tensión étnica que no explota en violencia, un disidente que no es silenciado. La seguridad humana no es una preocupación por las armas: es una preocupación por la vida y la dignidad humanas”, 1994, *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, p. 25, tomado de http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf.

de la droga con cambios mínimos de dirigentes y nomenclatura, siguen presentes en nuestra vida colectiva. La inseguridad es lamentablemente el sello de esta época y con ello, el bienestar y cualquier otra aspiración elemental de los habitantes, es simplemente inaccesible.

Ahora bien, derivado de la actuación irregular de las policías y el ejército, y toda vez que la seguridad humana es un concepto que poco se ha trabajado, difícil es hacer la conexión epistemológica con las consecuencias que esto acarrea y los mejores escenarios para el abordaje de lo que se conoce como resiliencia comunitaria.

Es claro que las agresiones a los particulares, derivadas de la actuación de las policías y el ejército, traen aparejadas varias consecuencias en las víctimas y sus familiares. De esto casi nada se ha dicho, porque la concepción y la ruta de nuestro derecho penal, llegó a su culmen pensando que el Estado tiene enemigos¹⁷ y hay que eliminarlos. Desde entonces hasta ahora, las víctimas y ofendidos siguen olvidados a pesar de los grandes esfuerzos que la sociedad civil ha realizado, para llamar la atención del gobierno en asuntos esenciales como la reparación del daño y la rehabilitación de los derechos humanos de víctimas y ofendidos.

La idea de la resiliencia como vía de acceso a mecanismos de rehabilitación, es otra cuestión neonata, cuyo mayor impulso ha venido de la sociedad civil. Esto es, sin duda, lamentable y reprochable, pues han tenido que suceder eventos tan graves (algunos más conocidos que otros) como la desaparición forzada, la tortura, el homicidio *ex profeso* de periodistas, para asumir que el funcionamiento del Estado no está en su mejor momento.

¹⁷ En este sentido se expresa la corriente del derecho penal que ha llegado al extremo de afirmar que en el Estado hay ciudadanos y enemigos; de este modo, la observancia del respeto a los derechos fundamentales y sus garantías, introduce una peligrosa distinción con referencia a quienes infringen la norma y se sitúan, de inmediato, como enemigos del Estado. *Vid.*, la obra de Jakobs, Günther y Cancio Melia Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Navarra, 2006.

Con estas reflexiones, nuestra visión va más allá de la reparación del daño y la resiliencia individual, para proyectarse en la resiliencia comunitaria que representa otro de los grandes esfuerzos de la sociedad civil organizada, para abonar desde la cooperación colectiva al saneamiento de las heridas que las secuelas de esta guerra han dejado en las viudas y huérfanos de los muertos que por la ausencia de políticas públicas adecuadas han desaparecido.

Así las cosas, otro tópico de gran relevancia en este *maremagnum*, está constituido por la necesidad de contar con un modelo policial acorde con esta nueva perspectiva del *derecho humano* a la seguridad humana. Es evidente que no cualquier tipo de policía es aquiescente con el tipo de Estado que hemos planteado. La premisa construida desde la necesidad de superar el Estado de Derecho cobijado por el principio de legalidad y sus limitaciones inmanentes, nos arrojó desde un principio, a la necesidad epistemológica de comprender y estudiar la seguridad pública en su más conspicuo desarrollo científico, abrigado desde los umbrales delineados por la ONU.

A más del fracaso de las políticas públicas adoptadas desde la visión represiva del Estado, la deconstrucción del concepto de seguridad pública y sus matices delineados en este documento, nos llevan *a fortiori* hasta la necesidad de armar un *constructo* científico sobre el modelo policial más acorde con este nuevo diseño constitucional del Estado y de sus políticas públicas en seguridad pública y justicia penal.

En inconcuso que el trazado teórico del Estado constitucional desde sus primeros atisbos democráticos y de estricto apego a derecho, debe conectarse con los otros argumentos teóricos que –como la estructura y naturaleza de la policía– son infaltables en el nuevo modelo de Estado constitucional anclado en la necesidad de que sus políticas públicas estén debidamente anudadas y resulten congruentes con el respeto inexcusable de los derechos de los habitantes.

En este contexto, el abuso de poder, la corrupción de las policías, los excesos del ejército, las complicidades de servidores públicos y las relaciones con los delincuentes, la impunidad y todos los lastres que han marcado la actuación del Estado en los dos campos multicitados de la seguridad y la justicia, resultan más que ofensivos e inaceptables para el Estado constitucional que justamente está soportado sobre la garantía plena de los derechos humanos y el estricto control del poder.

De la mano con esta candente cuestión, todavía ni siquiera visualizada desde la óptica de una reforma que nos pueda dar luz más allá de la propuesta del mando único,¹⁸ la actuación de Agentes del Ministerio Público y Jueces, es otro asunto que requiere atención urgente y, evidentemente, una reforma que transforme la desgastada visión del culpable que resulta deleznable en la violación de un principio universal de los derechos humanos que es la presunción de inocencia. Los vicios cognitivos de los que investigan y de quienes juzgan, son otro gravísimo problema de esta maquinaria enmohecida que más allá de una reparación mínima para ajustar sus piezas y aceitarlas, requiere un reemplazo de esa maquinaria-sistema y un cambio y adiestramiento puntual de sus operarios, para que sean capaces de investigar y juzgar científicamente.

En otro rubro también destacado, ni duda cabe que la actuación de los órganos encargados de procurar e impartir justicia, adolece de diversos vicios en sus respectivos campos; unos, con

¹⁸ En este tópico concreto, la burda aproximación a la idea del “mando único policial” en las entidades federativas –merced a la fragilidad y porosidad de las policías municipales, impreparadas y fácilmente corrompibles–, ha sido una desafortunada ocurrencia que no ha medido las consecuencias de dar un poder de tal magnitud a los gobernadores –también frágiles y permeables a la corrupción–. La discusión ni siquiera ha reparado en algo elemental: Un mando único requiere una policía única; única y uniforme en atribuciones y competencias; no como ahora que unos policías “dan vialidad” y otros sí pueden “dar seguridad”, o como en el cuestionable ensayo que en el Estado de México reservó a las mujeres –durante unos meses– la capacidad para infraccionar a los automovilistas, con el pueril argumento de que los hombres son más corruptos. *Vid.*, <http://circuito.mx/component/k2/item/25-nuevo-reglamento-de-transito-del-estado-de-mexico.html>

la manera poco profesional de tratar las cuestiones inherentes a la investigación y jalonados por los prejuicios que las muchas horas de experiencia práctica les ha dejado; los otros, con carencias evidentes en el campo de la argumentación y con la presencia, por lo general infaltable, del vicio de confirmación. Juntos, estos dos importantes momentos de la tarea estatal de hacer justicia, nos muestra un contexto que desde luego, no es el más halagüeño para quienes son vinculados a proceso y luego sentenciados; lo mismo podemos decir de quienes esperan que los delitos sean castigados y que la reparación del daño sea un asunto visible para víctimas y ofendidos. En este último campo, ni qué decir de la reparación no pecuniaria del daño¹⁹ que, siendo un tema esencial en esta materia, resulta casi desconocido para quienes piden justicia y, en algunos inaceptables casos, también para los servidores públicos que deben procurarla y ponerla al alcance de la mano de quienes han sido agraviados.

V. RUTAS VIABLES

Con todos los campos que aquí se han descrito, la agenda para el Estado constitucional está repleta de compromisos y retos; de grandes tareas no colmadas y de muchos programas que deben ser instrumentados con la adecuada visión temporal que permita a sus destinatarios vivenciar los derechos humanos.²⁰

En este orden de ideas, la concepción del Estado constitucional asentada en la procura de bienestar de los habitantes, tiene que basarse inexorablemente, en las posibilidades (y limitaciones,

¹⁹ León Bastos, Carolina, “Las reparaciones no pecuniarias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Juris tantum*, número 25, diciembre de 2014, Universidad Anáhuac, México.

²⁰ Para una mejor comprensión de esto, el lector puede consultar nuestro trabajo intitulado, “Una aproximación epistemológica a los derechos humanos desde la dimensión vivencial pragmática”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 44, número 132, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2011.

si así se quiere ver) de la democracia. De entre las definiciones y orientaciones teóricas que van moldeando el nuevo perfil del Estado, la revisión misma de la democracia y su tipología, nos lleva al encuentro de nuevas expresiones de este modo de ser de las sociedades. Los argumentos a favor de una democracia deliberativa, son el acercamiento inicial a otra de las características infaltables del Estado constitucional –capaz de prodigar seguridad humana y justicia a sus habitantes.

De este modo, la vivencia de un modelo democrático que deposita en los ciudadanos las capacidades de decisión, abre la oportunidad a nuevos desarrollos de *lo público*.²¹ En la misma línea de pensamiento, la apertura democrática conlleva una gran carga de responsabilidad ciudadana²² y, por ello, al asumir que la vida democrática es un asunto cotidiano, la participación y el involucramiento en los temas comunes como la inseguridad y la injusticia, reclama –por qué no decirlo–, otro tipo de ciudadanos, distintos a quienes asumen que los problemas debe resolverlos “el Estado” –para decirlo con mayor concreción, quienes coyunturalmente ocupan los espacios de decisión política.

Así las cosas, el *constructo* teórico que pretendemos asentar a lo largo de estas páginas, inicia con la fe puesta en el sistema democrático del Estado que debemos asumir como el único espacio para la vida social, “forma de vida humano-social, vida en forma y forma

²¹ Lo *público* entendido aquí como sinónimo de lo *estatal*, tiene un anclaje sumamente interesante en la idea de “el orden público” –punto de partida, capacidad y límite para el ejercicio de las libertades–. “El orden público debe ser considerado como un mecanismo jurídico al servicio de la garantía de los derechos y libertades, de su tutela y protección, ésta sería su verdadera esencia funcional, y su justificación, por ello, no puede encontrarse fuera del Derecho positivo, pues ello atentaría contra su propia esencia”, De Bartolomé Cenzano, José Carlos, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 151.

²² Sin duda, la carga de responsabilidad a que nos referimos sólo puede ser ubicada en ciudadanos de tiempo completo. Vid., Meyer, Lorenzo, *El Estado en busca del ciudadano, un ensayo sobre el proceso político mexicano contemporáneo*, Océano, México, 2005.

que nace de la vida”,²³ que puede servir de escenario y asiento a la vida de los hombres. “La democracia es una apertura de crédito al homo sapiens, a un animal suficientemente inteligente para saber crear y gestionar por sí mismo una ciudad buena. Pero si el homo sapiens está en peligro, la democracia está en peligro”.²⁴ La democracia se vuelve así, herramienta y fin y, con ella, las posibilidades de actuación del Estado se potencian hacia la gobernanza, posibilidad y meta común de los habitantes –gobernantes y gobernados–.

Pero es cierto que un tipo de democracia como la aquí apuntada, necesita afianzar algunos principios que todavía son frágiles como la igualdad entre los habitantes que no admite categorías ni atenuaciones. Mientras esto no se vuelva cosa de todos los días, nuestras sociedades seguirán oscilando entre sus múltiples problemas y, en el caso concreto que nos ocupa, la seguridad humana se volverá poco menos que una frívola manera de entender la entrega de despensas para aplacar la miseria y el hambre de un amplio sector de los habitantes.

De la mano con esto, ser iguales y comprendernos así, implica la puesta en marcha de una amplia e intensa actividad estatal para el diseño de un modelo de Estado que en gran medida se aproxima al Estado social, necesariamente democrático y constitucional –el único proclive a la nivelación social, al aminoramiento de las desigualdades–. Así, el Estado constitucional, democrático y social, se sitúa frente a nosotros como el paradigma teórico pertinente y como la concreción política y vivencial para que la seguridad humana y la justicia resulten posibles en este agitado mundo de la improvisación y los ensayos inacabados.

Esto que resulta visible desde la atalaya del observador social, es lamentablemente, vivencia y padecimiento cotidiano para los habitantes en general.

²³ Heller, *op. cit.*, p. 69.

²⁴ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, México, 2007, p. 440.

Por esta razón, el armado de un *constructo* científico pertinente, ha requerido el eslabonamiento de múltiples asuntos que aun pareciendo distintos, guardan entre sí una poderosa conexión. Si la democracia deliberativa se anuncia como *conditio sine qua non* para atender estos problemas, ni duda cabe que la maduración social debe estar a punto para volcar sobre las acciones (y las omisiones) del gobierno, la exigencia de rendición de cuentas y la transparencia en la toma de decisiones; asimismo, en la manera de concebir proyectos y ponerlos en marcha.

En esta nueva ruta que afina la concepción y *praxis* de la democracia, no olvidemos que los derechos humanos cuestan; no pasemos por alto que el cambio de rumbo que se necesita en la forma de entender y abordar los problemas de inseguridad e injusticia, deben ir acompañados del respaldo económico suficiente para hacer posible esta ruptura con el obsoleto modelo de seguridad pública o ciudadana y la anquilosada manera de investigación policial que presupone escenarios (y hasta fabrica responsables) en lugar de investigar científicamente el *iter criminis*.

En el diseño de políticas públicas para atender, desarrollar y potenciar la seguridad humana al seno del Estado constitucional, resulta vital que el presupuesto destinado a tales fines, quede exento del debate ocioso y la negociación reprochable de políticos y facciones partidistas tan acostumbrados a medrar con estas materias, porque la vida, el hambre, la seguridad y la justicia de nuestros iguales, no deben mecarse al vaivén de los calendarios electorales ni del oportunismo deleznable de quienes son capaces de celebrar alianzas hasta con sus opositores ideológicos.

Por eso la política necesita un entramado teórico superior. Partidos políticos y sistemas electorales, no serán más en el corto plazo, si sus protagonistas no dejan a un lado la ignara creencia de que la democracia es sólo proceso, tiempo y definición de nuevos gobernantes y no forma de vida cotidiana, asentada en el reto diario de mejorar las difíciles condiciones de vida –a veces inhumana

de muchos habitantes—, particularmente de los millones de miserables que las cifras oficiales cuentan de soslayo y sin vergüenza.

De esta manera, el Estado constitucional, democrático y social, se anuncia como la primera e irremplazable condición para hacer posible el acercamiento de los humanos a un contexto donde la seguridad humana reemplaza dádivas y despensas, por programas de inmanente contenido social. Ahora bien, *los votos también deben ser para el veto*; por eso, el escenario que aquí esbozamos, pugna por una democracia de los libres e iguales, de los responsables, de los ciudadanos informados y exigentes, capacitados para retirar su confianza a los ineptos y a los corruptos.

En este modelo democrático, la seguridad y la justicia son los dos grandes pilares que sostienen al Estado, son la savia misma del entramado político-social. Pero nada sirve si los elevados principios que dan asiento al edificio social, no están al alcance de la mano de los habitantes; para ello se requieren otros elementos como los que ya hemos invocado a lo largo de este trabajo: Justicia (particularmente la penal) pronta y expedita, con jueces sensatos, probos y capaces; escenarios óptimos para la atención de víctimas y ofendidos; planes y programas para la eficaz resiliencia comunitaria; una policía científica (con mando único o con un único mando) preventiva, correctiva, ministerial, con elevada preparación para entender que la brutalidad y la tortura, van acompañadas de procesos de responsabilidad penal. Sobre todo, se requiere un sistema jurídico-político que prevea todo esto: los pormenores de la preparación de policías, agentes del Ministerio Público, jueces y defensores; un sistema de responsabilidades para poner coto a los desmanes y abusos de los funcionarios (cualquiera que sea su tarea o categoría); programas para la atención y rehabilitación de víctimas y ofendidos; y en los latidos cotidianos del Estado, políticas públicas de largo aliento, fuera del alcance de los partidos políticos y de sus acomodaticios protagonistas; en suma, se necesita un nuevo modelo de Estado constitucional, humano y solidario.

Esto es lo que se en suma podemos decir. Se trata evidentemente apenas de un esbozo que, si bien ya contiene los elementos esenciales, requiere de la colaboración de muchas otras inteligencias para el diseño puntual de un panorama prospectivo sobre el ser y modo de ser de la *cosa pública* para los años por venir.

Tenemos en fe en que los años que todavía le restan a este problemático siglo XXI, le permitirán a México revolucionar la concepción del Estado, asiento de nuestros afanes y luchas, escenario insuperable de nuestra zozobra, pero también entidad de manifiesta capacidad para hacer de los hombres algo cada día más humano.

Con lo anterior, la hoja de ruta en la búsqueda de respuestas racionales y pertinentes, debe aprovechar –paradójicamente– este contexto, para realizar una reflexión de corte filosófico-jurídico que retome el debate en torno a la naturaleza del Estado y del derecho, hoy empantanado en las indefiniciones y la improvisación, cuando no, hasta en las ocurrencias.

Este ejercicio es sumamente pertinente porque nos permite poner de relieve y apreciar en toda su magnitud, una de las razones más importantes por las que el Estado debe evolucionar hacia su dimensión constitucional, particularmente en el “debido proceso penal”, que es una de sus facetas más visibles y próximas, donde los habitantes resienten la crisis a que nos hemos venido refiriendo.

El ejercicio del poder público, la puesta en marcha de políticas públicas debidamente estudiadas y diseñadas, las adecuaciones urgentes al sistema penal, la maduración de la función policial y la rehabilitación de los derechos de víctimas y ofendidos, son asuntos que exigen atención inmediata.

Como lo hemos indicado, la quiebra del modelo de Estado que encumbró la división de poderes y la legalidad, ha dado la pauta para la revisión de los campos de la justicia y seguridad humana. El fracaso que se ha evidenciado en cualquier ámbito de gobierno, donde la *summa potestas* apela al uso legítimo –y a veces brutal y desmedido– de la fuerza, a la opresión y la improvisación, ha generado un ambiente de desconcierto y desconfianza. No bastan las

reglas jurídicas para la convivencia; es necesario que esas reglas funcionen adecuadamente, sobre todo, de manera clara y equitativa. “Con el pacto de no agresión recíproca los individuos abandonan el estado de naturaleza; con el pacto de obediencia a las reglas establecidas de común acuerdo constituyen una sociedad civil. Pero sólo instituyendo un poder común dan vida a un Estado”.²⁵

Si el sistema jurídico que propició el desarrollo de *lo público* ha colapsado, no vemos por qué razones seguimos en la necesidad de continuar con la infortunada repetición de mecanismos y tareas que ya demostraron su ineficacia; la infausta guerra contra el narcotráfico, la proliferación de armamento entre civiles, la dimensión inhumana del sistema penitenciario (entiéndase: la nula rehabilitación de los delincuentes), la atención apenas tangencial a la pobreza y la mirada esquivada hacia los más miserables (caldo de cultivo de cualquier otro problema social). El Estado colapsado o *fallido*, debe ser rediseñado desde sus cimientos. Es cierto que se trata de una obra titánica. Por eso, en estas reflexiones apenas nos ocupamos de algunas de las cuestiones más candentes y de más sentido reclamo.

Si el Estado es un medio de control social –y eso debe seguir siendo–, una discusión teórica de mayores alcances debe considerar la expresión endémica de la violencia estatal que al actualizar sus mecanismos de operación (policiales, jurídicos, económicos) no hace sino alentar la violencia social, la inestabilidad y la ingobernabilidad que a todos nos vuelve inciviles. Ni duda cabe que es necesario un debate en torno a la configuración y las pautas a seguir del Estado para los años venideros.²⁶

Ahora bien, otra cuestión esencial en esta proyección teórica sobre el *quid* del Estado, es la necesaria aquiescencia entre quienes mandan y quienes obedecen que aumenta las posibilidades reales de vivir en un escenario idóneo para vida humano-social en el

²⁵ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 416.

²⁶ Vid., Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2011.

marco de lo estatal. Lo cierto es que esa condición de cercanía y mutua aceptación, no puede generarse sin un mínimo de claridad en las reglas de operación. Ante la poca respuesta y a veces, hasta nula respuesta del gobierno a los reclamos y solicitudes de los gobernados, la desconfianza hacia el poder público se desencadena de inmediato. En este orden de ideas, la potestad sin *auctoritas* de quienes gobiernan, se ha convertido para nuestra mala fortuna, en un lugar común en casi cualquier ámbito de la vida pública. El abuso de poder, tan enquistado en nuestras sociedades, está carcomiendo la esencia de lo estatal y por eso, no debe causarnos asombro el fracaso del Estado liberal, formalista y legal que poco o nada atiende valores superiores, principios y reglas constitucionales que vuelven intocables los derechos humanos y fijan reglas claras al ejercicio y control del poder público.

Y es que en el marco de un sistema jurídico genuino –necesariamente constitucional–, debe haber estándares mínimos de confianza y cercanía e incluso de lealtad,²⁷ como lo sugiere la articulación cotidiana entre gobernantes y gobernados. Ya vimos que para esto, es necesario que el aparato gubernamental brinde respuestas claras, transparentes, así como acciones concretas y efectivas que den fe de la aquiescencia y proximidad con los gobernados; pero sobre todo, debe confirmar con su actuación el respeto invariable de la dignidad humana en cualquiera y en todas sus manifestaciones. *Id. est.*, lo mismo para la operación del sistema de justicia que para el ejercicio de atribuciones para mantener el orden; lo mismo en tareas jurisdiccionales que en el uso de los programas para combatir la miseria; es claro que un gobierno de este cariz está

²⁷ “Identificar lealtad con obediencia ciega es desvirtuar la lealtad. La lealtad crítica también es lealtad y no tiene esta connotación negativa desde el punto de vista de la filosofía liberal. Por ejemplo, un desobediente civil podría ser considerado una persona leal a la Constitución en su conjunto porque reclama que alguna ley es contraria a una correcta interpretación de la Constitución y que, además, requiere seguir siendo legal a la Constitución, porque su correcto entendimiento lo requiere”, Calsamiglia, Albert, *Cuestiones de lealtad, límites del liberalismo, corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 56.

muy lejos de nosotros y, es evidente que la condición inmanente para su puesta en operación, es el modelo de Estado constitucional, garante indiscutible de los derechos esenciales de las personas.

Con lo antes apuntado, queda claro que la concepción científica del Estado constitucional, su diseño jurídico e institucional y la adopción y puesta en marcha de políticas públicas, no pueden desconectarse de la realidad que circunda y envuelve a ese Estado concreto. Hasta hoy, ha sido un error tremendo creer que la cosa pública camina por sí misma, ajena a las condiciones sociales; al segmentar de este modo la comprensión de lo estatal, el artificio que ello implica y la consecuente simulación de resultados por su inadecuada operación, se han estrellado contra la realidad que invariablemente, necia como es, pone a cada cosa en su sitio.

VI. CERCANÍA Y PROSPECTIVA

Hoy, la concepción parcelada de la cosa pública y la fragmentación de esfuerzos en el intento de atender múltiples necesidades, ha cedido paso franco a la improvisación y con ello, a magros resultados que se palpan de inmediato en el entramado social.

En esta reflexión, volvemos a decir que pobreza, desigualdad, consecuencias económicas y sociales de los modelos neoliberales, nuevas expresiones de violencia y crisis constantes de derechos humanos, son parte de las graves problemáticas que enfrenta la sociedad mexicana en la actualidad; de igual forma, todas estas dificultades se proyectan como un desafío no menor en la dimensión metaestatal; sus particularidades y el peso histórico de su conformación, se traducen en una constante vulnerabilidad para los individuos y su seguridad.

Así, las tareas de recomposición del tejido social –además de las ya anotadas con antelación– se inscriben en la necesidad de tomar con seriedad a la resiliencia, la seguridad comunitaria y los derechos humanos en la interculturalidad, en la apuesta por una ópti-

ca renovada que apunte a la implementación de políticas públicas que tengan como objetivo la comprensión y desarrollo de las capacidades, habilidades, así como formas de participación y organización de carácter comunitario; ello en aras de consolidar la seguridad y los derechos humanos en estos tiempos de crisis y globalización, y de “globalización en crisis” que nos fuerza a desandar el camino para volver la mirada a todo el potencial que pervive en la “dimensión local”, cercana, posible.

Para ello, el Estado constitucional, democrático y social debe poner énfasis en tres conceptos fundamentales: la resiliencia, la seguridad comunitaria y la interculturalidad. El primero de ellos hace referencia a las capacidades y habilidades comunitarias para encarar la adversidad y lograr la construcción y proyección hacia el futuro de manera conjunta y positiva, es decir, propone un estilo de enfrentamiento y organización comunitarios que permita afrontar las contingencias y la constante vulnerabilidad; la resiliencia comunitaria es explicada de manera sucinta a partir de dos marcos de interpretación: como constructo social y como elemento de transición hacia los sistemas socio-ecológicos.

En segundo término, la seguridad comunitaria, se constituye como una de las dimensiones de la seguridad humana, esta última entendida como paradigma de interpretación de las necesidades de los individuos por encima de la visión estatalista de la seguridad, se impone la satisfacción de los estándares necesarios para el desarrollo y la dignidad humana por encima de las decisiones políticas unilaterales. La seguridad comunitaria se expresa como la libertad y la ausencia de miedo que logran experimentar los individuos que conforman las comunidades al ser partícipes de las mismas, por medio del reconocimiento de elementos que les son comunes y a su vez otorgan identidad, entre ellos el idioma, la tradición, la cultura y un sistema de valores compartido.

A partir de lo anterior, es importante recordar que (conceptualmente) la seguridad humana no puede ser fragmentada; todas sus dimensiones se encuentran en una constante interconexión y

funcionan en oposición a la vulnerabilidad experimentada; por ello, es necesario establecer de qué manera la seguridad comunitaria puede funcionar como precondition de existencia de las distintas dimensiones de la seguridad humana.

Así las cosas, este planteamiento nos lleva a determinar una relación directa entre seguridad comunitaria y resiliencia, pues la interacción de sus elementos expone la reinterpretación de la participación y la democracia; propone profundos niveles de comunicación entre los individuos, lo que conlleva una construcción colectiva de la realidad, en la que cada persona cuenta con un valor relevante dentro de su propia comunidad; esto igualmente combate la violencia y la inseguridad en sus múltiples manifestaciones, por medio de la prevención, la capacidad de respuesta y de adaptación.

Posteriormente, la interculturalidad se presenta como elemento necesario para la reconfiguración de la ciudadanía en los términos de la pluralidad identitaria; es decir, la calidad genuina de ciudadano que procure la participación y la conexión con la comunidad, no puede partir de la homogenización de los individuos, sino del reconocimiento de la diferencia, así como de las singularidades de las comunidades; sin ello, es imposible que las personas se transformen en instrumentos para la realización de su propia seguridad y la consecución de sus derechos ante el sistema.

Esta lógica discursiva que comenzó a desarrollarse para dar explicación a los problemas de inclusión a los que se enfrenta la diversidad étnica, resulta necesaria también para la diversidad de las metrópolis, las grandes ciudades y sus periferias que lejos de representar la uniformidad y homogenización de una sociedad, son el punto en el cual converge una multiplicidad cultural y de identidades que poseen tradición propia así como una experiencia histórica.

Por ello, la concepción liberal de los derechos humanos que pasa por alto la diversidad y la comunidad en busca de la única identidad del Estado-nación y la individualidad de los sujetos, su-

pone el olvido y la supresión de la conciencia colectiva; la imposición de la verdad de los contenidos abstractos que dan vida a los sistemas jurídicos, lejos de solventar la existencia humana, representan opresión y la imposición violenta de lo que debe ser, al margen del respeto y reconocimiento de la capacidad que cada comunidad tiene para modelar su propia cosmovisión de acuerdo a sus circunstancias y necesidades.

Esto no implica construir argumentos para los cuales no exista respuesta, o gestionar en nombre de la singularidad múltiples prerrogativas, ni mucho menos desconocer los derechos de la modernidad; por el contrario, evoca una resignificación valorativa de cada uno de estos derechos y de las formas a través de las cuales pueden llegar a ser parte de la dimensión vivencial de los individuos, sin caer en el universalismo ingenuo.

Reconocer esa identidad multicultural, es reconocer que lamentablemente la base por igual de la distinción, está cimentada en la falta de acceso y de oportunidades, es decir, las fronteras culturales coinciden con las fronteras de la estructura social, económica y del poder de decisión y participación. Revisar esta identidad es ahondar en el origen de la desigualdad para crear propuestas.

De tal manera, es necesaria la reconfiguración de la ciudadanía a través de la interculturalidad, pues sólo ello puede garantizar un legítimo derecho a la igualdad. Esta reestructuración del ideal de la democracia, abre la puerta al discurso y su interpretación, en el que se construyan posibilidades de participación de los miembros de la comunidad en el espacio público, estructuradas en la diferencia y que procuren la realización de los derechos y una respuesta efectiva a las consecuencias negativas de la globalización en crisis y del fallido Estado de Derecho.

Para ello, el diálogo horizontal para la construcción de la política pública como herramienta, debe tener como objetivo la organización efectiva, en donde el Estado y otros entes de poder tengan la obligación de presentarse como formas imparciales dis-

puestas a la comunicación y la actuación ética; es momento de aceptar que la crisis y adversidad de unos, tarde o temprano será la de todos, que estas múltiples identidades deben interactuar en búsqueda del bienestar común, lo cual no descarta el conflicto y que antes de considerarnos individuos en búsqueda de la felicidad, somos “nosotros” intentando realizar “nuestra” dignidad.

No olvidemos que cada comunidad representa un “mundo de vida”, lo cual nos lleva a considerar sus realidades colocándonos en el lugar del otro, cada comunidad construye el relato de su pasado y la esencia de lo que es, y eso no solo forma parte de la conciencia de los pueblos originarios o de los grupos étnicos, también forma parte de las geografías contemporáneas del nuevo Estado-nación en todas sus expresiones y latitudes.

México no puede seguir sordo a esta realidad; dicho con puntualidad, el gobierno mexicano, no puede seguir alimentando un modelo en crisis, fracturado y violento que da la espalda a sus comunidades y a sus ciudadanos. El gobierno (federal y no pocos de las entidades federativas), está hundido en una terrible crisis de credibilidad; las políticas públicas de emergencia y de ensayo, no arreglan nada; los partidos políticos, las instituciones, el diseño mismo del Estado de la legalidad y el abuso, han minado la confianza de los habitantes. Ante la tremenda fractura social que sacude a México, la apuesta no puede ser otra que la seguridad humana y el Estado constitucional, de vocación social y humanista.

VII. FUENTES DE CONSULTA

Aguilar Villanueva, Luis F., *El estudio de las políticas públicas*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.

———, *La implementación de las políticas públicas*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007

Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003.

Calsamiglia, Albert, *Cuestiones de lealtad, límites del liberalismo, corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Paidós, Barcelona, 2000.

- Chomsky, Noam, *La quinta libertad*, Crítica, Barcelona, 1988.
- De Bartolomé Cenzano, José Carlos, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2011.
- Held, David, *La democracia y el orden global, del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.
- Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, FCE, México, 2000.
- Ianni, Octavio, *La sociedad global*, Siglo XXI editores, México.
- Jakobs, Günther y Cancio Melia Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Navarra, 2006.
- León Bastos, Carolina, “Las reparaciones no pecuniarias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Juris tantum*, número 25, diciembre de 2014, Universidad Anáhuac, México.
- Meyer, Lorenzo, *El Estado en busca del ciudadano, un ensayo sobre el proceso político mexicano contemporáneo*, Océano, México, 2005.
- Sartori, Giovanni, ¿Qué es la democracia?, Taurus, México, 2007.
- Stavenhagen, Rodolfo, “Un mundo en el que caben muchos mundos: el reto de la globalización”, en Gutiérrez Martínez, Daniel y Balslev Clausen, Helene (coords.), *Revisitar la etnicidad, miradas cruzadas en torno a la diversidad*, El Colegio de Sonora, El Colegio Mexiquense, Siglo XXI editores, México, 2008.
- Uribe Arzate, Enrique, “Una aproximación epistemológica a los derechos humanos desde la dimensión vivencial pragmática”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 44, número 132, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.
- Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- <http://www.tm.org.mx/ipc2015/> el 27 de enero de 2016.
- http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf
- <http://circuito.mx/component/k2/item/25-nuevo-reglamento-de-transito-del-estado-de-mexico.html>

LA REINTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL EN EL PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Manuel Bermúdez Tapia¹

I. CONSTITUCIONALIZANDO UNA INSTITUCIÓN DE CONCEPTOS ANTIGUOS

Las instituciones, conceptos y percepciones vinculadas al ámbito del Derecho de Familia, tienen un origen histórico romano, pero que producto de los últimos cambios sociales, políticos, económicos y culturales sucedidos en nuestro país, consideramos que debemos replantear algunas de sus instituciones,² justificando para ello, el hecho de contar con una jurisprudencia emitida por el Poder Judicial y Tribunal Constitucional que ha redefinido algunas instituciones y procedimientos en la especialidad.³

Tradicionalmente la defensa de la “familia” como institución jurídica de origen religioso católico, ha sido la premisa máxima

¹ Abogado. Magíster en Derecho. Docente de las Escuelas de Postgrado de: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Antenor Orrego, Universidad San Antonio Abad del Cusco, Universidad Hermilio Valdizán, Universidad San Cristóbal de Huamanga y Academia de la Magistratura.

² Referencias en cuanto a la evolución legal y social respecto de las instituciones vinculadas al Derecho de Familia, pueden ser: La Ley que regula el divorcio notarial o municipal (2004), La ley de Tenencia Compartida (2006), La eliminación de la causal de “maltrato constante y reiterado” en cuanto al divorcio, para admitir que basta una única condición de violencia manifiesta para acceder a plantear el divorcio.

³ La ley Núm. 28251 (2004), que sancionaba las relaciones sexuales entre mayores y menores de edad, quedó finalmente derogado tanto por sentencias del Poder Judicial, como por el mismo Congreso de la República; instituciones que en sus considerandos, señalaban que por el carácter multicultural de nuestra nación, resultaba difícil imponer una norma de tales consideraciones.

en nuestro país y en la mayoría de naciones de tradición romano germana.

Sin embargo, el derecho contemporáneo no es sensible a la temporalidad de la existencia humana y a la manera como esta se relaciona con el sucederse de las generaciones y con los vínculos familiares.

Actualmente nos enfrentamos con una dinámica donde no solo está en juego el grado de persistente “cristianización” de la legislación familiar (por ejemplo en la negativa a los matrimonios entre personas del mismo género), sino también el grado de fidelidad de la experiencia jurídica a un principio de defensa y promoción de la individualidad subjetiva (Ley Núm. 29227, Divorcio “rápido” y Ley Núm. 27495, que regula la posibilidad de plantear el divorcio a quien lo provoque).

En palabras más sencillas, tanto la lógica del derecho como la de la fe, opuestas en naturaleza para muchos casos, ceden sus antagonismos en determinadas ocasiones, por necesidad.

Este fundamento nos permite concluir que la familia en su percepción jurídica requiere de una necesaria evaluación histórica antropológica,⁴ porque el sistema judicial continúa teniendo el concepto restringido de “familia”,⁵ al ser una estructura socio jurídica *nuestra* y por lo tanto, bien puede tener una referencia unívoca y distorsionada frente a otras realidades sociales.

Así por ejemplo podemos observar las diferencias entre las familias “occidentales”, “orientales”, “musulmanas”, “hindúes”, “andinas”, etcétera, y cada una de ellas cuestionará los *valores* de las demás, enfatizando sus creencias como únicas y por tanto excluyentes.⁶

⁴ Francesco D’agostino, *Elementos para una filosofía de la familia*. Madrid, Ediciones Rialp, 1991, pp. 135 y 136.

⁵ Artículo 53 del Decreto Ley 19990, cuestionado en el Fundamento 27, de la Sentencia del TC, Expediente Núm. 06572-2006-PA/TC

⁶ Por ejemplo, para la sociedad nacional es cuestionable la poligamia musulmana; o lo que es más complejo aún, sería el análisis de la casi extinta institución del *Tahuaco* (cultura aymara en Perú y Bolivia) en la cual se admite el matrimonio de dos pare-

En este sentido, podemos señalar las constantes críticas que el “matrimonio”, institución más representativa del Derecho de Familia, ha recibido en la doctrina.

No han sido pocas las voces que se han opuesto a todas las formas posibles de “matrimonios”, en su intento de desacralizar las relaciones humanas. Así podemos citar a Lutero (De Captivitate Babilonica) que interpretando a la Biblia (Cor. 7.10 y 11) concluyó que el matrimonio no era un sacramento;⁷ Calvino, argumentaba que el matrimonio se debía a una “invención del papa Gregorio VII”;⁸ y en grado extremo, podemos citar a Nietzsche, que en sentido racional (la *razón* supera a la *fe* que no cuestiona), irónico y personal decía:

¡Ay, esa suciedad de alma entre dos! ¡Ay, ese lamentable bienestar entre dos! Matrimonio llaman ellos a todo eso: y dicen que sus matrimonios han sido contraídos en el cielo. ¡No, a mí no me gusta ese cielo de los superfluos! Dios ha muerto: ahora nosotros queremos que viva el superhombre. (Así habló Zarathustra).⁹

En este sentido satírico, Kant, señalaba que el “matrimonio es la unión de dos personas de diferente sexo para posesión recíproca de sus facultades sexuales durante la vida”: y Locke, complementaba que el “matrimonio consiste en la comunión y el derecho al cuerpo del otro”.¹⁰

jas, donde un varón sale de la comunidad para obtener el sustento económico y el varón que permanece, es el encargado de ocuparse de la “familia”. Esta relación familiar es provocada por la necesidad de procurar un sustento económico y para evitar la disolución de una de las parejas.

⁷ Rico Pavés, José, *Los sacramentos de la iniciación cristiana: introducción teológica a los sacramentos del bautismo, confirmación y eucaristía*. Toledo, Instituto Teológico San Ildefonso, 2006, p. 265.

⁸ Figueras Vallés, Estrella, *Pervirtiendo el orden del santo matrimonio*. Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona, 2003, p. 47.

⁹ Nietzsche, Friedrich. *Also sprach Zarathustra*. (Así habló Zarathustra). Buenos Aires, Alianza Editorial, 2005, p. 468.

¹⁰ Kant, Immanuel, *Philosophy of law: an exposition of the fundamental principles of jurisprudence as the science of right*. Union: Lawbook Exchange, 2003, p. 110. Locke, John, *Two treatises of government: in the former the false principles & foundation of Sir Robert Filmer*

Por lo expuesto, entonces debemos manifestar que los jueces peruanos deben variar su posición tradicional de entender a la “familia” (y al matrimonio) y tutelar en adelante el *vínculo familiar*, prefiriéndola a la institucionalidad de la “familia”, principalmente porque las *relaciones familiares* sustentan a la “familia”, sin estas estaríamos hablando de una instancia vacía y sin sentido lógico, porque una relación inversa, generaría sólo un conjunto de individuos vinculados biológicamente o jurídicamente, sin una relación de amor, afecto, cariño y protección entre ellos, ajeno a todo *nuestro* nivel de comprensión del término.

Y este parámetro ha sido una constante en el Tribunal Constitucional, donde se viene interpretando que los derechos individuales de todo miembro de una “familia” deben estar en estrecha relación con el desarrollo de dicha institución, tanto por argumentos legales como por lógica humana.

La importancia de tutelar las *relaciones familiares*, radica en la comprensión de la variada realidad social, que no ha ido a la par ni ha tenido correspondencia legislativa en la mayoría de países, en primer lugar, porque no existen políticas integrales hacia la familia como unidad,¹¹ sino iniciativas parciales focalizadas en algunos de sus miembros (mujeres, niños, ancianos). Careciéndose de una mirada unificadora que pueda omnicomprendivamente abarcar la complejidad de dimensiones responsables del bienestar familiar.

En segundo lugar, el comportamiento del legislador peruano resulta contradictorio con los arreglos familiares y la pluralización de las formas de vida en familia. Los hogares no normativos (monoparentales de jefatura femenina, unipersonales, biparentales sin hijos) no tienen cabida en el discurso institucional por derecho

Œ his followers, are detected Œ overthrown; the latter is an essay concerning the true original, extent Œ end of civil government. London, Bettesworth, 1728, p. 8, Pateman, Carole y otros, *El contrato sexual*. Barcelona, Anthropos, 1995, p. 233.

¹¹ Incumpléndose inclusive la “promoción del matrimonio” que la Constitución regula en el artículo 40.

propio,¹² a no ser como anomalías que son necesarias de subsanar, para la garantía del “sistema familiar tradicional”.

Por ello nuestra posición de proteger las *relaciones familiares* frente a la institución legal de la “familia”, porque constituyen el núcleo de la institución y porque existen múltiples manifestaciones tanto políticas como legales que indican esta tendencia progresista de interpretar derechos individuales, relaciones sociales y contextos multiculturales novedosos.

*1. Antecedentes en la tutela del vínculo familiar*¹³

Continuando con nuestra posición, podemos observar una posición uniforme en el Tribunal Constitucional peruano y otros órganos jurisdiccionales, la protección de las *relaciones familiares*, sobre la base de las nuevas categorías de familia.¹⁴

Estos antecedentes, serían los siguientes casos:

- a) En el caso de *las relaciones inter-generacionales*, si bien el CNA regula el derecho de visitas entre familiares inter generacionales (Art. 90), los jueces peruanos suelen restringir derechos a los abuelos, en particular cuando plantean un régimen de visitas sobre sus nietos, debido a que extienden los factores socio económicos que rodean a los progenitores, ampliando la desvinculación entre familiares (abuelos-nietos), con lo cual se genera una nueva categoría de víctimas en los conflictos familiares (las víctimas invisibles).¹⁵

¹² Arriagada, Irma, *Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces*. Santiago, Naciones Unidas, CEPAL, División de Desarrollo Social; UNFPA, diciembre de 2004, p. 150.

¹³ Véase: Bermúdez Tapia, Manuel, “La protección constitucional del vínculo familiar en el sistema jurisdiccional peruano”, en *JUS Constitucional*, núm. 6, Lima, Grijley, 2008.

¹⁴ Tipton, Steven y Witte, John, *Family transformed: religion, values and society in American life*. Washington, Georgetown University Press, 2005, p. 114.

¹⁵ Bermúdez Tapia, Manuel, “La violencia familiar invisible provocada por la separación o divorcio”, en *Campus*, Trujillo, UPAO. núm. 3. pp. 7-34.

- b) En el caso de las *familias ensambladas*, Fundamento Núm. 10, interpretado complementariamente con el artículo 242 del CC, Caso Reynaldo Shols Pérez, del Expediente Núm. 09332-2006-PA/TC.

Téngase presente que en este caso además se tuteló el derecho de fundar una familia y de protegerla, lo que significó una extensión interpretativa de los derechos fundamentales, en el ámbito socio familiar.

- c) En el caso de las *familias separadas*,¹⁶ en una serie de países pioneros de la protección del vínculo familiar, han diseñado políticas públicas específicas para promover las relaciones intrafamiliares, con lo cual las incidencias de conflictos en instancias judiciales se ha visto considerablemente reducida.

Legislación de países como Bélgica, Noruega, Suecia, Dinamarca, Francia, Suiza, Italia, algunos estados de Estados Unidos y Brasil (mayo, 2008), sugieren al magistrado que promueva la Tenencia Compartida de los hijos entre los padres, como una medida más eficaz, oportuna y menos onerosa en términos económicos y emocionales.

En el Perú, la Ley de Tenencia Compartida, aún no tiene los alcances prácticos jurisdiccionales deseados.

- d) En el caso de las *familias divididas*, como fuese determinado en la Sentencia del TC, Caso Francisco y Juan Tudela Van Breugel Douglas, Expediente Núm. 1317-2008-PHC/TC.
- e) En el caso de las *familias convivenciales*, tal como lo detallan los Fundamentos Núms. 17, 28, 30, 31, 37 y 39, resaltándose el Fundamento Núm. 4, de la Sentencia del Tribunal Constitucional, caso Janet Rosas Domínguez, Expediente Núm. 06572-2006-PA/TC.

¹⁶ La familia separada es aquella constituida a partir de una situación de viudez o una separación sin un conflicto de por medio; mientras que la familia dividida, es aquella que presenta un conflicto familiar que puede llegar a los juzgados. Ver: Álvarez González, Manuel, *Contextos educativos y acción tutorial*. Madrid, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2004, pp. 55 y 56.

- f) En el caso de las *familias migrantes*, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene amparando la tutela de la reagrupación familiar para ciudadanos naturales de terceros países a la Unión Europea; sentencias que han motivado las Directivas 2003/86/CE (22/09/2003) y 2004/114/CE (13/12/2004), y que en España, por citar, han encontrado complemento en la Ley Orgánica 4/2000 (11/01/2000) y el Real Decreto 2393/2004 (30/12/2004) todas ellas para casos de reagrupamiento familiar en caso de que uno de los miembros sea migrante (legal), protegiendo particularmente la “vida familiar”.¹⁷
- g) En el caso de las *familias multiculturales ajenas a la cultura religiosa de la nación de residencia*, tal como lo podemos observar en el artículo 13 del Tratado de creación de la Unión Europea, reformado por el Tratado de Ámsterdam (1997) que tutela la libertad religiosa de los individuos que conforman familias con una religión diferente a la del Estado en la cual tienen residencia.¹⁸

Todos estos ejemplos nos permiten señalar que la ley no va a la par del desarrollo de las nuevas formas de relaciones sociales, pero para ello están los jueces y ya quisiéramos que el juez peruano sea creativo y supere las líneas exegéticas de nuestra legislación decimonónica,¹⁹ típicas del siglo XIX.²⁰

¹⁷ Aparicio, Marco Wilhemi y otros (coord.), *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*. Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 67, 201, 203-205 y 212.

¹⁸ Landete Casas, José, *La libertad religiosa en el Derecho Comunitario*, p. 30, en *Cuadernos de Integración Europea*, núm. 7, diciembre de 2006, pp. 19-32, disponible en: <http://www.cuadernosie.info>.

¹⁹ Gorki Gonzáles Mantilla, y otros autores peruanos, han expresa mención que el juez peruano tiene una característica interpretativa exegética de la norma jurídica, que más parece estar vinculado a una manera de entender el derecho en forma decimonónica, que en forma creativa. Gonzales Mantilla, Gorki, *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales*. Lima, PUCP, 1998, p. 57.

²⁰ López Bravo, Carlos, *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999, p. 93.

Por ello, planteamos, líneas adelante, la construcción de algunos criterios jurisdiccionales aplicables a casos complejos, para que la Policía Nacional, el Ministerio Público, y el Poder Judicial, no se queden limitados a una interpretación exegética del Código del Niño y del Adolescente y terminen generando más víctimas sociales crónicas.

II. EL DESARROLLO DE CONFLICTOS FAMILIARES EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL (LÍMITES A LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL EN CASOS PENAL-FAMILIAR)

Desde que la capacitación académico profesional de los aspirantes a magistrados (jueces y fiscales) se ha venido consolidando con los años, se ha venido observando una positiva reforma en los comportamientos interpretativos de derechos/deberes de los litigantes en las dependencias judiciales.

Ya sea porque el Consejo Nacional de la Magistratura revisa los fallos de los magistrados al momento de las ratificaciones o porque estos cuentan con estudios de especialización en postgrados, los niveles de argumentación en las sentencias han dejado de ser exegéticos (como característica general) para tener una mejor argumentación, superando las limitaciones que eran observadas por la doctrina nacional.²¹

Complementariamente, los mismos magistrados han venido incrementando su nivel de redacción y argumentación de sus resoluciones, inclusive oponiéndose a parámetros normativos o a una jurisprudencia vinculante, amparándose en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual faculta al magistrado a resolver según sus

²¹ León Pastor, Ricardo, *Diagnóstico de la cultura judicial peruana*. Colección de Estudios Judiciales, núm. 1. Lima, Academia de la Magistratura, 1996; Gonzales Mantilla, Gorki, *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima, PUCP, 1998.

propios criterios autónomos (Artículo 22, Ley Orgánica del Poder Judicial).

Sin embargo, la actuación del magistrado, también en esta estrecha vinculación con la materia que debe analizar, evaluar y determinar en una resolución.

La delimitación de obligaciones y el establecimiento de parámetros de tutela de derechos pueden representar una labor compleja para el magistrado; su pericia le permitirá superar el impacto y los efectos de casos vinculados a situaciones extremas, manteniendo así su actitud neutra²² frente a las pretensiones en el proceso.

Un magistrado con experiencia, puede superar la “sensibilidad social”,²³ que un caso de índole familiar-penal puede representar, sin convertirse en un agente ajeno a la realidad social, porque de lo contrario puede asumir una posición negligente al momento de redactar sus resoluciones, distorsionando la verdad material de los hechos y concediendo o limitando derechos a las partes.

Por tanto, no coincidimos con Francisco Javier de la Torre Díaz en que el magistrado tenga una relativa sensibilidad hacia la realidad social de las partes (pobreza, marginación, enfermedad), porque en realidad, estos factores son subjetivos *per se*. Situación diferente, es cuando el magistrado, llega a conocer los verdaderos motivos del conflicto social e interpreta correctamente los intereses de las partes,²⁴ actitud que Carlos Cerda define como *intuitiva*.

Pero lamentablemente, los magistrados no disponen ni del tiempo ni de una *intuición judicial* aplicable a casos límite, porque los casos en los expedientes de la especialidad familiar y penal son inmanejables para una lógica racional y una legislación decimonónica, a lo que se suma el factor litigioso de las partes.

²² Casal, Jesús y otros, *Tendencias actuales del derecho constitucional*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 247.

²³ De la Torre Díaz, Francisco, *Ética y deontología jurídica*. Madrid, Dykinson, 2000, p. 378.

²⁴ Cerda Fernández, Carlos, *Iuris dictio*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 84.

La objetividad de los derechos pasa a ser un segundo elemento en la percepción de las partes, quienes asumen que las posiciones (excluyentes) y los intereses (egoístas) son las mejores maneras de actuar en el ámbito judicial, aun cuando estos actos no necesariamente le generen una ventaja objetiva o un beneficio económico, porque en muchos casos el mismo proceso judicial no guarda relación con los costos económicos del hecho generador del conflicto.²⁵

De esta manera el magistrado ya no puede diferenciar entre un derecho (posición objetiva), una interés y una posición (posición subjetiva) de una parte, y así determine una correcta sentencia, lo más probable es que el conflicto interpersonal de las partes se mantenga o se incremente, con la judicialización de nuevos conflictos (práctica común en el ámbito tutelar familiar), y la privación de derechos por parte de una parte sobre otra.

A efectos de sustentar este contexto, bien podemos considerar, el siguiente esquema de evaluación de conceptos que se observan en el ámbito procesal en la especialidad:

a) La posición

Es el punto inicial de negociación de una parte, que parte de una percepción subjetiva de sus expectativas e intereses, frente a su relación con una contraparte.²⁶

En este punto, se pueden mencionar los ejemplos en los cuales una de las partes solicita la limitación de derechos de la contraparte, provocados por una situación ajena a la relación de derechos/obligaciones familiares.

Típico es el caso de la limitación de un régimen de visitas a un criterio temporal de horas por semana, en casos de una separación por causal.

²⁵ Houed, Mario, "Los procesos alternativos", en Medrano, Aníbal (coord.), *Derecho procesal penal*. Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, p. 77.

²⁶ Gómez Pomar Rodríguez, Julio, *Teoría y técnicas de negociación*. Barcelona, Ariel, 2004, p. 59.

En estos casos, se podría preguntar: ¿El juez debe tutelar el derecho del progenitor perjudicado o el del menor?

Si bien existen cuatro niveles de relaciones familiares (entre los progenitores, entre la madre y su hijo, entre los miembros de la familia ampliada –abuelos, tíos–, y entre el padre y su hijo), usualmente los jueces optan por descuidar la última de las relaciones, en particular porque consideran que al afectarse la relación entre progenitores, esta también se extiende a la relación con los hijos.

Como es de observarse, usualmente los casos en las dependencias judiciales se limitan a resolver los conflictos sólo entre los progenitores, sin considerarse que en realidad existen una serie de sub conflictos más complejos, que de no atenderse terminará incrementando los niveles de violencia al interior de la familia.

¿Resulta exigible esta situación al juez? La respuesta es negativa, porque el Perú representa un alto riesgo para cualquier idoneidad profesional²⁷ y por eso resulta imposible exigir al juez controlar los efectos de sus resoluciones, al menos en la especialidad de familia.

b) Interés

Constituido por los objetivos negociadores de las partes.²⁸ Tiene un sustento objetivo, usualmente factible de encontrar en los casos de conflictos familiares, porque también es factible determinar los intereses de las otras partes.²⁹

Podemos mencionar la interposición de demandas vinculadas a la determinación de una sucesión (masa hereditaria, deshereda-

²⁷ Ver: *Perfil psicológico del Magistrado*, pp. 217-219, en Cáceres, Artidoro, *op. cit.*

²⁸ Farré i Salvá, Sergi, *Gestión de conflictos, taller de mediación: un enfoque socioafectivo*. Barcelona, Ariel, 2004, p. 196.

²⁹ Bazerman, Max y Neale, Margaret, *Negotiatin Rationally*. Nueva York, The Free Press, 1993, p. 70.

ción, etcétera) o respecto de pretensiones vinculadas a un ámbito económico.

Al parecer el caso del Habeas Corpus a favor de José Roberto Suito Malmborg en el Tribunal Constitucional, nos permite señalar que de por medio existe la clara intención de promover un proceso paralelo y complementario de sucesión, para así acceder en forma excluyente al patrimonio conformado principalmente por un único bien inmueble ubicado en San Borja.

c) Derecho

Vinculado a los efectos que establece el orden jurídico, respecto de la determinación de una conducta humana, la misma que puede asignar un “derecho” o una “obligación”.³⁰

Por ello resulta importante analizar sentencias como el del Exp. Núm. 05787-2009-PHC/TC, porque son estas circunstancias las que permiten señalar que los magistrados no sólo tienen que vincularse con el ámbito objetivo de la legalidad, sino que además bien pueden desarrollar una *intuición judicial* que posibilite una mayor tutela de derechos para una de las partes, aun cuando en este caso, no sea parte en sí misma (el señor Roberto Suito Malmborg no es parte).

Nuestra posición se acredita cuando leemos el fundamento Núm. 5 de la sentencia Núm. 05787-2009-PHC/TC, la cual sustenta objetivamente la defensa de un derecho (vínculo familiar) en un contexto subjetivo de relaciones familiares.

1. La tendencia actual en el ámbito jurisdiccional

Sin embargo, los fallos de las instancias penales y de familia en las diferentes Cortes Superiores del país usualmente generan precedentes erróneos y sin una interpretación constitucional de defen-

³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*. México, UNAM, 1958, p. 90.

sa de derechos fundamentales, los cuales podrían generar precedentes espúrios por tener argumentos ilegítimos,³¹ debido a que no van a generar una *línea jurisdiccional* uniforme.

Las causas que provocan este comportamiento jurisdiccional son múltiples, encontrándose también factores exclusivos a las partes procesales [a) Temeridad procesal, b) comportamiento procesal indebido, c) ambigüedad en la defensa] y a sus letrados [a) inaplicabilidad de métodos alternativos de solución de conflictos, b) planteamiento de denuncias temerarias, c) planteamiento de denuncias falsas], correspondiéndole al juez como director del mismo, determinar y aplicar las medidas y acciones que correspondan.

Como el Poder Judicial y el Ministerio Público, no son exclusivos responsables de la mala praxis jurisdiccional, planteamos como alternativas de solución a la interpretación exegética, los siguientes métodos de interpretación, útiles para procesos vinculados a derechos fundamentales en casos de la especialidad de familia y penales.

a) Método de interpretación sistemático-finalista.

Implica la identificación de varias normas, fines, valores o principios constitucionales que tienen mayor abstracción y en los que se plasma objetivos morales y políticos de signo más universal y consensuado,³² que para el caso que nos concierne, lo constituye la “familia”, en cualquiera de sus modalidades y que el TC desarrolla en los considerandos § del 5 al 11, en la Sentencia del Tribunal

³¹ Las juezas de la Corte Superior de Justicia de Lima, por ejemplo consideran que la temeridad procesal promovida por las partes o las condiciones particulares de los abogados litigantes no generan situaciones punitivas vinculantes para las partes procesales. Situación que viene siendo corregida por el mismo Tribunal Constitucional que viene estableciendo sanciones a los abogados que actúen fuera de los parámetros éticos.

³² López Medina, Diego, *Interpretación constitucional*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 50.

Constitucional, caso Janet Rosas Domínguez. Exp. Núm. 06572-2006.

Bajo este principio, los magistrados deben tener una posición hermenéutica abierta de la Constitución y una visión anti-formalista, basada en las nociones de *fin* y *sistema* que implica una identificación del propósito o valor que una determinada norma busca proteger.

b) El principio de proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.³³

III. REINTERPRETACIÓN DE GARANTÍAS APLICABLES A CASOS COMPLEJOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR-PENAL

Toda vez que los casos complejos y las situaciones extremas siempre tendrán lugar en una sociedad en constante evolución, podemos plantear algunas garantías a ser empleadas en el ámbito jurisdiccional, en aquellos casos en los cuales se requiera tener un criterio de interpretación acorde con el sentido dinámico de la Constitución.

³³ El principio de proporcionalidad ha sido invocado en más de una ocasión por el Tribunal Constitucional, ya sea para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma cuya constitucionalidad se impugna (Colegio de Notarios de Junín. Exp. Núm. 0016-2002-AI/TC), ya sea para establecer la idoneidad y necesidad de medidas implementadas por el Poder Ejecutivo a través de un Decreto de Urgencia (Más de 5,000 ciudadanos, Exp. Núm. 0008-2003-AI/TC), o también con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal (Laura Bozzo Rotondo, Exp. Núm. 0376-2003-HC/TC), tal como consta en el Caso Gonzalo Costa Gómez y otro, Expediente Núm. 2192-2004-AA/TC.

Estas garantías son:

a) *La garantía del desarrollo integral de las relaciones familiares de los miembros de una familia;*³⁴ con lo cual se debe tutelar el desarrollo integral, armónico, normal de las relaciones al interior de una familia, sin importar el estado de la misma³⁵ o su situación mutable.

Si observamos los alcances de la Sentencia del Exp. Núm. 05787-2009-PHC/TC, bien podemos considerar que de manera indirecta el Tribunal Constitucional ha judicializado este criterio garantista.

b) *La garantía por las condiciones mínimas para ejercer derechos fundamentales en las relaciones familiares;* con lo cual inclusive se pueden inaplicar normas típicas de un derecho penal del enemigo (Ley Núm. 28970, del Registro del deudor alimentario).

c) *El establecimiento de una protección mínima frente a riesgos prohibidos;* La vida en sociedad está sujeta a desarrollos tecnológicos y culturales en su propia evolución, los cuales traen aparejados riesgos para los bienes jurídicos, los cuales no obstante son tolerados y hasta son impulsados por el derecho, por la razón de que son útiles para la vida y el progreso.³⁶

En estas circunstancias, es de observarse que en el ámbito penal y familiar, es factible encontrar casos en los cuales los problemas se incrementan, principalmente por las acciones negligentes y dolosas, como por ejemplo, la generación de un nivel de obstrucción entre familiares³⁷ o el incremento de los niveles de violencia familiar física.

³⁴ Salmon, Catherine y Shackelford, Todd, *Family relationships: an evolutionary perspective*. Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 8 y 110.

³⁵ Gervilla, Enrique y Rodríguez, Téofilo, *Nuevas relaciones humanas y humanizadas*. Nancea, Madrid, 2003, pp. 30-34.

³⁶ Figari, Rubén, *Casuística penal: doctrina y jurisprudencia*. Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 1999, p. 165.

³⁷ Actualmente en el PJ no son tutelables el vínculo paterno filial en caso de progenitores divorciados respecto de sus hijos, no es amparable la denuncia por vio-

Así por ejemplo podemos mencionar casos en que se niega la petición de variación de tenencia, cuando se denuncia a una madre por posesión de drogas, está en situación de detención en un centro penitenciario o se encuentra fuera del país.

En estas circunstancias, resulta incomprensible que los jueces no otorguen la variación de tenencia a favor del padre, provocando riesgos innecesarios a la salud de los hijos,³⁸ sólo por mencionar ejemplos.

d) La tutela del equilibrio de derechos entre progenitores en conflicto; así una de ellas hubiere provocado una situación injustificable, la sanción definitiva debe procurar una proporción aritotética entre los hechos y el derecho, de ser el caso, para así guardar correspondencia con el artículo VIII, del Título Preliminar del Código Penal (norma guía en caso de aplicación de sanciones).

De esta manera la tensión y el problema mismo no pueden trasladarse a terceros (hijos, abuelos, nuevas parejas), debe quedarse entre los progenitores.

e) Provisión de un ambiente apto³⁹ para el desarrollo de relaciones familiares, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitu-

lencia psicológica por obstrucción de vínculo paterno filial, ni el Síndrome de Alienación Parental, a diferencia de países como Argentina (Ley 24270, Ley que sanciona la Obstrucción de Vínculo Paterno Filial) y España (Cataluña, *Codi de Família*, Ley Núm. 9/1998, y Galicia, Ley Núm. 4/2001). Complementariamente y más gravosamente, podemos citar la poca efectividad del Ministerio Público y Policía Nacional en la investigación de delitos contra la patria potestad (sustracción de menores), debido a la poca percepción "laboral" que genera la investigación de este delito.

³⁸ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *El delito de lesiones*. Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, p. 79.

³⁹ El ambiente apto hace referencia a la doble función del ambiente familiar: la función protectora y la función iniciadora social, la cual marca el desarrollo del individuo respecto de sus interacciones personales. Gratiot Alphandery, Helene y otros, *Tratado de psicología del niño. Tomo I. Historia y generalidades*. Madrid, Morata, 1978, p. 145.

cional en la Sentencia del caso Francisco y Juan Tudela Van Breugel Douglas, Expediente Núm. 1317-2008-PHC/TC, donde resaltamos nuestra propuesta de provisión de ambiente apto:

- a. *Ordenase que Francisco Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe Tudela van Breugel Douglas* ingresen libremente al domicilio de su padre o a cualquier otro lugar donde resida o se encuentre para interactuar con él sin la presencia de terceros.
- b. *Ordenase que Graciela De Lozada Marrou* se abstenga de cualquier obstrucción y acción destinada a impedir el libre ejercicio del derecho aludido que fuera restituido por este Colegiado *a los accionantes*.⁴⁰

En Estados Unidos el Tribunal Supremo de Indiana (29/12/2000) inclusive ha aprobado la “Indiana Parenting Time Guidelines”,⁴¹ que sustenta en extenso nuestro criterio de provisión de un ambiente apto, porque sólo en estos contextos se pueden desarrollar derechos de alcances socio familiares.

- f) Última ratio en la oportunidad de intervención en el conflicto para establecer medidas limitativas al vínculo familiar entre partes, debido a que el Estado de Derecho asume una nueva modalidad de función pública (como cláusula social), no interviniendo inmediatamente en las relaciones sociales,⁴² debe establecerse definitivamente que las razones económi-

⁴⁰ A pesar de omitirse la legislación argentina, observamos que la *ratio decidendi* del fallo del TC, es similar a la *ratio legis* de la Ley 24270 Argentina, que proscribe penalmente la obstrucción del vínculo paterno filial.

⁴¹ Indiana State Parenting Time Rules. Disponible en: <http://www.in.gov/judiciary/rules/parenting/index.html>

⁴² Figuerelo Burrieza, Angela, “La protección constitucional de las personas mayores”, en Lourdes López Cumbre (coord.), *La jubilación en el sistema laboral y de protección social*. Tratado de jubilación. Iustel, Madrid, 2007, pp. 38 y 39.

cas de los familiares no son suficientes para provocar una ruptura entre las relaciones familiares.

Criterios, que en conjunto deben aplicarse sobre la base de su funcionalidad para el caso concreto, los mismos que pueden establecerse según niveles:

- g) *Según su funcionalidad integrativa*, para así integrar todas las fuentes normativas, en función a los valores y principios proclamados desde la Constitución y para ir a la par con los documentos internacionales de protección de Derechos Humanos ratificados por el Perú.
- h) *Según su funcionalidad creativa*, porque la legislación no plantea una herramienta útil al magistrado en la resolución de conflictos sociales limitados al ámbito de las relaciones familiares.

DERECHOS HUMANOS E INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Jorge Wither¹

Sumario: 1. Introducción. 2. El pensamiento teórico-formalista jurídico. 3. El pensamiento complejo. 4. El pensamiento complejo aplicado al derecho. 5. Los derechos económicos, sociales y culturales, y el pensamiento complejo. 6. Consideraciones generales.

1. INTRODUCCIÓN

El mundo de las ciencias contemporáneas se encuentra en una revisión integral de paradigmas y principios. La original separación entre ciencias naturales (o duras) y las Humanidades o Ciencias Sociales, comienza a superarse y, más que la separación de ambos universos, se proyectan armonizaciones, unificaciones e intentos de conjuntar globalmente al mundo de la ciencia actual.

Los tránsitos de disciplinas, interdisciplinas y multidisciplinas, han ido gestando –en el ámbito de la Filosofía de las Ciencias– un enfoque transdisciplinario que busca unificar solución de problemas, aunque no unificación de métodos o procedimientos.

Los temas que han ido propiciando el enfoque transdisciplinario se ubican en ámbitos como el cambio climático, el Derecho ambiental, el proceso genético de los transgénicos, procesos de inseminación artificial, genoma humano, derechos humanos, equi-

¹ Investigador titular “C” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

dad de género, derechos sexuales y reproductivos, minorías y migraciones, eutanasia, etcétera, temas que exigen el abordaje de varias disciplinas, y que requieren el concurso de diversos enfoques convergentes en el estudio y solución de problemas anexos a los mencionados.

Este enfoque, según algunos autores,² viene a romper el paradigma hegemónico del positivismo lógico y la separación tajante entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, y paralelo a ello a romper también el mito de los científicos a contaminarse con la política, y –a su vez– el prejuicio generalizado de los humanistas de alejarse de las matemáticas.

A lo afirmado precedentemente, debemos sumar los cambios experimentados por la sociedad contemporánea, impactada por los avances de la ciencia y la tecnología en todos los campos de la actividad humana, incluyendo las neurociencias y el complejo mundo de las técnicas de la información y comunicación (TIC). Un resumen mínimo de los principales cambios observados en la actualidad, se menciona a continuación:

[Las nuevas ciencias] Corresponden a las tecnociencias, a los sistemas auto-regulados y a las ciencias de la complejidad. Su novedad no sólo radica en investigar los factores en función de los efectos que se buscan –como las tecnociencias– ni sólo en privilegiar el estudio de los sistemas auto-regulados, adaptativos y auto-poiéticos (o creadores), sino en analizar la dinámica de fenómenos irreversibles que no pueden ser determinados ni explicados con el paradigma de la mecánica clásica y que empezaron a aparecer en las ecuaciones de la dinámica impredecible, en la relatividad, en la física cuántica, en el principio de indeterminación, en la termodinámica, en la geometría de la naturaleza, sin una teoría general que se enfrentara a la mecanicista y determinista. La teoría de las nuevas ciencias de la complejidad señala sus descubrimientos como otra forma de conocer otros fenómenos. No acepta que su impredecibilidad o indeterminación relativa sea producto de la ignorancia o de un conocimiento insuficiente que

² Martínez Miguélez, Miguel, *Epistemología y metodología cualitativa en Ciencias Sociales*, 1a. reimp., México, Trillas, 2015, pp. 49 y ss.

al volverse plenamente científico –según el paradigma anterior– igualaría el determinismo de la mecánica clásica en el estudio de la naturaleza, de la vida y de la humanidad.³

Paralelo a la transdisciplinariedad, surge un pensamiento complejo que se da en la exigencia de superar las epistemologías y metodologías tradicionales, y diseñar nuevas bases epistémicas en donde el pensamiento complejo y los métodos holísticos o de totalidad coadyuven a este abordaje. Así, para efectos de este artículo, entenderemos al pensamiento complejo como un enfoque que visualiza a la realidad socio-histórica como conjunto de subsistemas autorregulados y adaptativos, destinados a alcanzar metas, objetivos o fines sin una vinculación o lealtad a un poder central.

En este contexto, si aceptamos la premisa de que el Derecho integra el universo de las ciencias sociales, y que por lo tanto experimenta mutaciones profundas de lo unidisciplinario tradicional de lo jurídico a lo inter, multi y transdisciplinario del pensamiento científico actual, se hace necesario inscribirlo en el ámbito de las realidades socio-históricas, dinámicas y complejas.

En efecto, el Derecho expresa relaciones socio-jurídicas, instituciones, intereses y valores, que responden a contextos socio-históricos, de los cuales derivan lógicas constructoras de conceptos y teorías, que articulan discursos y narrativas que cristalizan –a su vez– conocimientos técnicos significativos.

Dicha descripción, presente en el resto de las ciencias sociales (economía, sociología, ciencia política, etcétera) plantea, sin embargo, un desfase entre tales categorías y conceptos frente a la realidad.

“Esta idea del desfase es clave, ya que alude a los conceptos que a veces utilizamos creyendo que tienen un significado claro, y no lo tienen. Esto plantea la necesidad de una constante resignificación que, aun siendo un trabajo complejo, es también una tarea central

³ González Casanova, Pablo, *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política*. México, Anthropos-UNAM, 2004, pp. 468 y 469.

de las ciencias sociales, sobre todo de aquellas de sus dimensiones que tienen que ver con la construcción del conocimiento. Dicho de otra manera, es un tema central en el proceso de investigación y, por lo tanto, es un tema central de la metodología”.⁴

Esta disfunción o desfase, en el ámbito del Derecho, se expresa en diversas formas que evidencian que el discurso normativo, plasmado en leyes positivas, siempre va a estar atrás de la realidad socio-histórica impetrada, a lo cual la actividad judicial vendría a ser el enlace para, en parte, cubrir esta discontinuidad. Pero, además, en el mundo jurídico es viable distinguir entre los textos y los contextos, en donde muchas veces los contextos inciden definitivamente en la interpretación y/o argumentación de dichos textos. Aquí es necesario resaltar que, cuando el Derecho se identifica y asimila exclusivamente con las leyes, el fenómeno jurídico pierde potencialidad y se vuelve una expresión separada totalmente de la realidad socio-histórica a la cual debe aplicar.⁵

Como señala Ernesto Grún, se ha destacado al respecto la complejidad que resulta de las interacciones internas entre subsistemas, e internamente con diversos sistemas del entorno, tales como el sistema económico y político. Consecuentemente, se ha señalado que el holismo (categoría de totalidad) es esencial para enfrentarse con la complejidad sociolegal.⁶

Para abordar con perspectiva constructivista dicha disfunción, y para efectos de las investigaciones jurídicas, se plantea hacer un distingo en dos grandes vertientes, que pueden en parte explicar

⁴ Zemelman M., Hugo, *Pensar teórico y pensar epistémico: los retos de las ciencias sociales latinoamericanas*. Instituto Pensamiento y Cultura en América, A. C., México, 2013.

⁵ Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista, Bases para la toma de decisiones judiciales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015.

⁶ Rachupati, W. y Schkade, L. L., “Designing A.I applications in law; legal reasoning versus legal function”, trabajo presentado en la 33a. Reunión de la International Society for the System Sciences, Edimburgo, 1989. Cit. en Ernesto Grún, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006, p. 50.

la distancia señalada entre texto y contexto en los fenómenos jurídicos. Para ello, hay que distinguir –en cuanto a la posición del investigador del Derecho– dos enfoques o relaciones que en la investigación tradicional del Derecho se define como la relación entre el sujeto y el objeto de conocimiento. Así se entiende una relación de simple espejo de la realidad hacia el sujeto.

Al respecto, se propone en este artículo dos tipos de relaciones entre el investigador y el objeto-problema de conocimiento jurídico:

- a) Una relación con el conocimiento jurídico actual, cristalizado, dado, vigente y/o eficaz en tiempo y espacio específico; esta relación supone que existe un mundo objetivo ontológico, que puede ser conocido sin restricciones, es decir, en el sentido que pueden contenerse todos sus significados en una explicación o serie de explicaciones, sin la presencia de espacios de indeterminación, que pueden dejar fuera otros atributos del fenómeno a conocer o estudiar;⁷ aquí, existe una relación con el conocimiento jurídico vigente, en que el pensamiento tiene contenido.
- b) Una relación DE conocimiento, en donde se visualiza una sinergia creativa entre el investigador y el tema-problema a investigar, a partir de una realidad en movimiento constante, situación que supone vincular al sujeto con el problema, partiendo de diversas miradas y preguntas que van a permitir que el conocimiento se construya bajo categorías de potencialidad y totalidad. Se trata de un pensamiento sin contenidos. Para esta visión, surgen los enfoques cualitativos como vertientes eficaces para, de la realidad concreta, construir conocimientos.

⁷ Ramos, Arturo, y otros, “Hacia una metodología crítica de las Ciencias Sociales”, en obra colectiva *Enfoques metodológicos críticos e investigación en Ciencias Sociales*. México, Plaza & Valdés, 2004, p. 29.

Para la primera opción, se habla de un pensamiento teórico o formalista; y, para la segunda se habla de un pensamiento complejo.

El ámbito de los derechos humanos, que en el Derecho mexicano –a partir de la reforma constitucional de 2011– cruza horizontalmente a todas las ramas del orden normativo, nos parece estratégico y trascendente como campo de análisis y de las investigaciones jurídicas contemporáneas, pues en ambas vertientes de pensamiento van a derivar consecuencias y efectos distintos y hasta opuestos, ya que la tendencia normal de la investigación tradicional induce a quedarse en la descripción normativa de los numerosos tratados internacionales de los derechos humanos, dando por cristalizado y dado su protección, promoción, defensa y respeto de tales derechos; en este tipo de investigaciones teóricas, conceptos y categorías son previas al cotejo con la realidad socio-histórica. En cambio, bajo un pensamiento complejo, los juicios de valor y la praxis de la vida de los investigadores van a determinar proyecciones de potencialidad y compromiso, que superan largamente la fría relación sujeto-objeto tan extendida en nuestras investigaciones tradicionales del Derecho. Aquí la mirada o ángulo visual del investigador (pensamiento CON contenido) va a determinar la construcción de conocimientos.

Al describir estas dos opciones, de enorme impacto en la metodología de la investigación jurídica y en el ámbito específico de los derechos humanos, están destinadas las siguientes reflexiones.

2. EL PENSAMIENTO TEÓRICO-FORMALISTA JURÍDICO

En efecto, se da la relación separada totalmente entre el sujeto y el objeto en las investigaciones, y que expresa la idea de que el conocimiento existente –acumulado sobre un tema y un problema– está dado, elaborado, construido y acabado. Se trata de percibir lógicas constructoras de conocimiento que utilizan categorías y conceptos obtenidos de autores, jurisprudencias, doctrinas, le-

gislación comparada, que damos por válidas y verdaderas sin consideración alguna a los contextos y a la realidad socio-histórica.

Esto nos lleva a plantear una cuestión previa al tema específico de derechos humanos, y nos referimos a una situación general en América Latina y México, que hace difícil y complejo dar por definido el llamado *conocimiento jurídico acumulado*, referido a un tema-problema. En efecto, es posible percibir una paradoja que tiene relación con la coexistencia de dos mundos que inciden en el conocimiento jurídico acumulado actual en la región. Se trata, por una parte, que la globalización como proceso afecta la práctica de los operadores jurídicos; mientras la enseñanza jurídica, los textos de la misma, las investigaciones formalistas, los trabajos de doctrina y teoría jurídica, y los propios discursos de blogs, están adscritos a visiones localistas territoriales ancladas en el Estado-Nación que surge con la modernidad a partir de los siglos XVII-XVIII en adelante. Esto es, que los operadores, despachos de abogados transnacionales, redes regionales y globales de jueces y académicos, la oralidad procesal penal, los contextos constitucionales de los derechos humanos, la justicia de género, las ONG ambientalistas y laborales, y la llamada nueva *lex mercatoria* (OMC, OCDE, CAFTA, NAFTA, FMI, etcétera), son ingredientes todos que constituyen una verdadera globalización jurídica, con énfasis práctico y operativo, muy lejos de los derechos locales del viejo Estado-Nación, que se reproducen en la enseñanza del Derecho tradicional.⁸

No está demás afirmar que el supuesto del Estado-Nación, de donde deriva el Derecho tradicional, se sustenta en cuatro premisas que están en gran medida superadas por la realidad socio-histórica actual. En efecto, y a saber:

- a) La unidad territorial, la autoridad y el orden jurídico, como supuestos que están hoy día cada vez en debilitada posición,

⁸ Witker, Jorge, *Metodología de la enseñanza del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 2008.

- pues las tesis monistas que confunden el Estado con el Derecho, se ven ineficaces ante los procesos globales;
- b) La economía nacional, como objeto de regulación (Derecho económico), exhiben súper posiciones de numerosos acuerdos, tratados y convenciones internacionales sobre aspectos o segmentos de esa economía nacional;
 - c) La sociedad civil nacional como espacio de ciudadanía, premisa ésta que es puesta en duda por corrientes migratorias y organizaciones políticas de migrantes, que tienen tanta fuerza como el ciudadano tradicional; y,
 - d) Finalmente, la identidad entre Estado y nación, aspecto que –con la globalización cultural, empresarial y de consumo– se ve menos clara que nunca. Aquí, el pluralismo étnico juega un papel significativo en la sociedad internacional actual.⁹

Aquí surgen las preguntas para el pensamiento formalista teórico: ¿qué Derecho, cristalizado, vigente y acotado, debemos considerar para una investigación jurídica importante? ¿Registraremos los derechos vigentes de la doctrina y teoría jurídica tradicional, y/o deberíamos incorporar el vasto mundo de las normas globalizadas antes mencionadas?

No está de más, en este punto, entregar una breve aproximación a lo que se entiende por globalización, aceptándola como “un fenómeno sistémico, esto es, que implica un sistema o conjunto de sistemas altamente complejo y en continua y acelerada evolución, abarcando múltiples aspectos de la actividad humana y anexas a ella, como la ecológica, a partir de lo cual se producen diversas interacciones y retroalimentaciones, incluso en sus aspectos cibernéticos”.

⁹ Rodríguez Garavito, César, “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en obra colectiva, *“El Derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI”*, César Rodríguez Garavito (coord.), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Argentina, 2011.

En este contexto, en el ámbito de los derechos humanos, la situación no es tan distinta, pues bajo el pensamiento formalista tradicional estos derechos –pese a la reforma del artículo 1o. de la Carta Fundamental– van a estar condicionados a qué se entiende por Derecho vigente y, en consecuencia, según este pensamiento, las garantías constitucionales son en parte reflejo de estos derechos, y su observancia y estudio se hará bajo la perspectiva positivista tradicional. Aquí privan conceptos como ‘explicación’, ‘análisis’, ‘predicción’, ‘control’, y ‘síntesis numérica’, como el paradigma cuantitativo o tradicional.¹⁰

El investigador de este pensamiento describirá y analizará los derechos fundamentales con criterios quizás exegéticos, y asumirá muchos conceptos y teorías que se aceptan sin mayor análisis, y que carecen totalmente de relación o viabilidad con la situación concreta que está viviendo la sociedad mexicana, cuyo Estado-Nación vive los mismos fenómenos generales antes descritos. Se trata de trabajar bajo criterios legalistas, que se agotan en definiciones y conceptos dados y con significados uniformes que en nada van a potenciar posibilidades de extensión y desarrollo.

Metodológicamente, esta investigación jurídica tradicional trabajará bajo el esquema hipotético deductivo, dando por conocimiento acumulado las premisas básicas de una hipótesis (parte objetiva), que reunirá todo el conocimiento acumulado, escrito y narrado por autores y juristas, realizados en otras épocas y, tal vez, lejos de la sociedad como realidad socio-histórica, basada en segmentos parciales de esa realidad y con no poca subjetividad de apreciación e interpretación de los fenómenos socio-jurídicos de épocas pasadas y diferentes a la realidad actual.¹¹

De esa premisa, derivarán un conjunto de interrogantes o conjeturas que van a responder, a su vez, a categorías y conceptos

¹⁰ Olvera García, Jorge, *Metodología de la investigación jurídica para la investigación y la elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*. México, Porrúa, 2015, p. 84.

¹¹ López Durán, Rosalío, *Metodología jurídica*. México, Porrúa, Colección Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2015, p. 215.

cristalizados que seguramente, bajo parámetros estadísticos, podrán complementar elementos argumentativos de ratificación o modificación de los supuestos dados por el conocimiento acumulado de la premisa hipotética inicial.

El desarrollo de este tipo de investigaciones teóricas continúa ajustándose a los lineamientos que señalan los protocolos, y que registran y dan cuenta de una ruta crítica, lineal y previsible, que se desprende de aplicar al conocimiento acumulado conceptos y categorías que, generalmente, repiten o se adhieren al discurso dominante en relación al tema-problema. La bibliografía, que no es más que la experiencia narrada de otros autores en tiempo y espacios generalmente lejanos al aquí y ahora, del tema problema investigado, complementan a este pensamiento con contenidos cristalizadas.

Bajo este pensamiento teórico-formalista, el investigador se encierra en general en el conocimiento acumulado, utilizado y construido bajo categorías y conceptos derivados de experiencias y contextos distintos al que se está tratando de abordar por el investigador en cuestión, y evidencia una separación tajante entre el sujeto y el objeto de conocimiento, confundiéndose además éste con el problema.

Otra característica de este pensamiento, que podemos calificar de tradicional, es que pone límites *a priori* al tema-problema, cuestión que se aleja de toda realidad socio-histórica, que se caracteriza por ser cambiante, indeterminada y compleja. Decimos realidad socio-histórica, contemplando texto y contexto presente en una investigación jurídica cualquiera.

También tenemos como característica presente en este tipo de investigaciones, los conceptos de seguridad y equilibrio, que se expresan en coherencia y construcciones lógicas, de la cual deriva una supuesta realidad socio-jurídica determinada, fija e inmutable.¹² Se

¹² Vid. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2011, p. 84.

afirman, como premisa dogmática, significados unívocos que cierran la realidad y no permiten opciones distintas a lo que originalmente entregó la hipótesis, que viene a conformar y deformar el conocimiento acumulado, sin relación al aquí y ahora de la dinámica jurídico social vigente en toda sociedad humana.

Tal afirmación dogmática, no resiste mayor análisis, pues en el propio mundo del Derecho observamos que la dicotomía texto o norma jurídica, y realidad o contexto, a poco andar se alejan, y la vigencia de la ley se congela, mientras el mundo de la realidad regulada la supera y rebasa permanentemente.

En el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, este pensamiento se expresa en privilegiar el conocimiento acumulado existente en la materia, y el investigador se orientaría por la descripción e interpretación sobre este tipo de derechos que, bajo los criterios legalistas, se encuentran en un terreno programático, a los cuales les falta recursos y voluntad política para respetarlos. En la situación actual de este tipo de derechos en nuestro orden normativo, este pensamiento teórico se ajustaría a ver si existen o no restricciones de nivel constitucional al respeto y defensa de este tipo de derechos económicos, sociales y culturales, pues sus conceptos y categorías estarían prefijados por una visión limitada y estrecha del verdadero alcance que tienen los tratados de derechos humanos en el ámbito de estos derechos económicos, sociales y culturales.¹³

Aquí se observa cómo la visión parametral, cristalizada y dada de la realidad socio-jurídica en este estratégico punto, influye y determina el tema-problema de investigación, sin que se abra el

Gargarella indica que “Las tradiciones nos hablan de prácticas sobre las cuales una comunidad insiste a lo largo del tiempo. Ellas pueden representar, de alguna manera, algo así como una «sabiduría social decantada» y por ello, la propuesta de respetarlas en todo lo posible puede resultar atractiva: lo que se sugiere es aplicar fórmulas que a) se han aplicado con éxito; b) presentan algún tipo de aceptación general; c) prometen (en consecuencia, y de algún modo) estabilidad, y d) al mismo tiempo, generan seguridad en la sociedad, que sabe a qué atenerse en el futuro.”.

¹³ Vid. Bazán, Víctor y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América Latina y en Europa*. Buenos Aires, Astrea, 2014.

horizonte a distintas visiones o miradas que, en función de los derechos fundamentales, puedan potenciar niveles de avance y respeto real al hombre concreto que está en el centro de este tema-problema.

Como podemos observar, estas investigaciones no están en condiciones de legitimar iniciativas propias del investigador, pues la inercia de los conocimientos acumulados en este campo, prefijan y predisponen escenarios muy anunciados que impiden abrir paso a interrogantes innovadoras que permitan registrar segmentos de realidades distintas a la realidad hegemónica que presenta la inercia del conocimiento acumulado, del cual los juristas somos herejeros y seguidores irredentos.

3. EL PENSAMIENTO COMPLEJO

Partiendo de una subjetividad de posibilidades del investigador, se plantea en este pensamiento una relación de conocimiento ante la realidad socio-histórica, y las ciencias jurídicas y sociales en general.

Para este paradigma, como dijimos anteriormente, la realidad –en cuyo seno existe el Derecho– es cambiante, indeterminada, multidimensional y compleja. Por lo tanto, y por ello, es disfuncional abordarla o investigarla con teorías, conceptos y categorías fijas e inmutables, máxime que derivan de discursos y narrativas previas a esta dinámica realidad.¹⁴

Un primer elemento del razonamiento crítico, es plantearnos ante dicha realidad en una doble posición: como inserto o integrado en dicha realidad, o como un sujeto externo a tal dinámica social. Efectivamente, ya he señalado en otro momento que las tesis jurídicas con una visión realista o sociologista (empirista) par-

¹⁴ Bourdieu, Pierre, *El oficio de científico. Ciencia de la ciencia y reflexividad*. Madrid, Anagrama, 2001.

ten de la premisa de que “El Derecho puede ser estudiado también como una ciencia social reguladora de conductas que se establece para conducir a los hombres hacia determinados fines de progreso, paz y armonía individual y colectiva”.¹⁵

Para intentar resolver esta doble vertiente de posibilidades, el pensamiento complejo nos exige un autoexamen personal como investigador, como sujeto social, o incluso como sujetos históricos en el tipo de las conocidas investigación-acción.

Un elemento o categoría que debemos tener presente, es utilizar la categoría de totalidad, que representa una primera apertura hacia la realidad. Es, por lo tanto, un modo de organizar la apertura del conocimiento hacia una realidad que no se conforma con permanecer dentro de ciertos límites teóricos, pues se fundamenta en un concepto de lo real, de lo presente, como una articulación compleja de procesos, y exige que cada uno de éstos sea analizado y confrontado en términos de sus relaciones con otros; por lo que a la totalidad también la podemos concebir como una categoría dialéctica.¹⁶

También la totalidad constituye una herramienta de construcción histórica del conocimiento, pues se considera que sólo a través de ella se puede convertir el conocimiento que tenemos sobre lo dado (presente acumulado), para formar una base o una perspectiva para lo no dado, o que se dará o puede darse en el futuro.

La totalidad, pues, plantea la cuestión de la superación de los condicionamientos del razonamiento previo, y esto supone una constante ruptura de los modelos teóricos tradicionales, e implica en el plano epistemológico la transformación de los parámetros, ya que éstos devienen de condiciones lógico-epistemológicas de apertura o de cierre hacia la realidad.

¹⁵ Witker Velásquez, Jorge, *La investigación jurídica. Bases para las tesis de grado en Derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 2011, p. 131.

¹⁶ González Casanova, Pablo, *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política, op. cit.*, con especial énfasis, pp. 171-281.

Por último, la totalidad permite distinguir entre construcción de la verdad y los caminos que conducen hacia la problemática de la verdad, esto es, entre el objeto y la forma de construirlo. En consecuencia, el planteamiento de la totalidad puede considerarse como una alternativa que define una línea de reflexión de grandes potencialidades, es decir, es una construcción racional que permite establecer una base de razonamiento que puede servir para sintetizar una reflexión sobre prácticas investigativas jurídicas ya realizadas, pero también para desarrollar formas de pensar que no necesariamente son un reflejo de aquellas.¹⁷

Aceptado lo anterior, la totalidad sirve al investigador para extraer o desarrollar una aprehensión de la realidad, que tiene por objeto encontrar la forma de razonamiento más adecuada para registrar y dar cuenta de la compleja realidad. Se trata de que la aprehensión se vuelve una metodología para analizar lo dándose, para lo cual –más que aprisionar el conocimiento– va a poner el acento sobre reglas del saber al respecto, pues dicha aprehensión tiene como misión la costumbre de viajar por la filosofía, y de esta manera no ocultar por más tiempo la cabeza en el polvo de las cosas, lo que implica estar alerta a que *lo dándose* de este minuto se va a distinguir necesariamente de *lo dado*, que fue capturado en una primera aproximación. No está de más destacar que *lo dándose*, alude a datos reales muy ligados a las llamadas investigaciones empíricas.

De esta etapa, debemos mencionar los siguientes aspectos:

- a) La realidad socio-histórica constituye una articulación en movimiento, que obliga, en cualquier recorte de observación, a distinguir entre *lo dado* y *lo dándose* (*texto y contexto*).
- b) Esta exigencia implica distinguir entre las referencias empíricas (como *lo dado*) y los requerimientos de la potencialidad

¹⁷ Zemelman Merino, Hugo, “La totalidad como perspectiva de descubrimiento”, en *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 1 (enero-marzo). México, 1997, pp. 53-87.

- (como *lo dándose*), que cumplen en su conjunto la función de requisito de objetividad (totalidad).
- c) El concepto de realidad como movimiento cumple una función epistemológica, y no la de ser su concepción ontológica.
 - d) La teoría se subordina al esfuerzo de reconstrucción del problema, que ha servido como punto de partida para aproximarse a su especificidad histórica.
 - e) Así se definen opciones de teorización, mediante las cuales transforman al problema inicial en objeto teórico de estudio. Aquí la teoría no es previa sino emerge del cotejo entre *lo dado* y *lo dándose*.
 - f) Así se ubica el razonamiento sobre la realidad histórica en un campo más vasto que el de la teoría.¹⁸

Lo anterior nos permitiría señalar tres momentos o pasos que podríamos llamar ‘etapas metodológicas’ que derivan de un pensamiento complejo, consecuencia de una relación de conocimiento, que aspira a construir nuevos conocimientos.

El primer paso, como vimos anteriormente, derivado de la totalidad, es *la aprehensión*, consistente en una forma articulada de razonar, la cual se restringe a delimitar que son campos posibles de transformarse en objeto de conocimiento. Este paso nos brinda una relación abierta y potencial con la realidad, que –posteriormente– dará lugar a una explicación teórica. Sirve también la aprehensión para problematizar universos empíricos, que pueden servir como punto de partida de la teorización; en síntesis, la aprehensión refleja posibilidades de opciones para teorizar algo. Es también escenario de reflexión y razonamiento.

Una etapa siguiente la constituye la *construcción del objeto*, que implica convertir lo pensable en lo teorizable. Así, el objetivo de esta etapa es la de establecer un campo de trabajo de pensamiento,

¹⁸ Zemelman Merino, Hugo, “Los horizontes de la razón”, en *Anthropos*. Barcelona, 1992, Tomos I y II, p. 225 y p.101.

con sus diferentes puntos de vista, para que este problema que hemos afrontado sirva de punto de partida; es decir, construir un campo articulado con base en un problema central, para obtener articulaciones posibles de dicho problema.¹⁹

Una tercera etapa es la de *la explicación*: ya aprehendido y construido el objeto debe pasar al nivel de la explicación, donde se ubica el nivel o marco teórico. Esta etapa de la metodología consiste en el movimiento de la razón, desde la determinación de lo posible de teorizarse hasta la teoría misma; es decir, mientras la aprehensión tiene como objeto un campo de opciones, la explicación tiene por objeto la explicación del objeto elegido.

Cabe señalar que para el pensamiento complejo no hay un concepto único de teoría, sino perfiles abiertos de la misma, consistente con estas ideas, no se parte de algo establecido para posteriormente teorizarlo, sino que reflexionamos primero, nos ubicamos en la epistemología y establecemos, dentro de esta reflexión, varias opciones teóricas.

4. EL PENSAMIENTO COMPLEJO APLICADO AL DERECHO

Como hemos señalado desde inicio, el Derecho no es ajeno a la realidad socio-histórica cambiante, indeterminada, multidimensional y compleja. Por ello, los elementos planteados precedentemente tienen directa vinculación con el mundo del Derecho y sus investigaciones.

a. Conceptos de significante y significado. En este orden de ideas, es posible identificar en el Derecho que como disciplina es en parte *significante*, en el sentido de ser un campo semántico abierto a la libre interpretación y argumentación principalista;²⁰ y a la vez

¹⁹ Zemelman Merino, Hugo, “Los horizontes de la razón”, *op. cit.*

²⁰ Grün, Ernesto, *Una visión sistémica...*, *op. cit.*, pp. 65-70.

puede ser *significado*, en el sentido de ser un campo cerrado (jurisprudencia unívoca).

Según lo anterior, en la tradición jurídica teórica o formalista se piensa que la norma jurídica, como tal, sólo posee un *significado*, es decir, predomina la idea de una aplicación mecánica de la ley en la cual la única base que sirve para la aplicación de la norma será la interpretación reiterada del juzgador. Sin embargo, si aplicamos el pensamiento complejo nos orilla al campo de lo *significante*, para avanzar hacia la dinámica realidad socio-histórica, y que puede servir para diseñar nuevas reflexiones más flexibles sobre la aplicación del Derecho; aquí vemos cómo el pensamiento complejo abre escenarios de potencialidad muy convenientes para adaptar y flexibilizar las normas jurídicas, y superar lo permanentemente dado, que caracteriza el pensamiento positivista del Derecho, y que en muchas ocasiones, lo ha transformado en verdaderos obstáculos al cambio social.²¹

Conviene señalar que hay autores, como Hart, que han manejado una mirada flexible del Derecho, a través de lo que él llamó ‘textura abierta’ de la norma, con lo cual ratificamos que el aporte de esta visión epistémica abre nuevos caminos a un pensamiento abierto y crítico del sistema jurídico.²²

b. La idea de potencialidad. Este concepto, que surge de esta forma de observar la realidad socio-histórica, es ampliamente aplicable a conceptos jurídicos, en el sentido de que las instituciones que analizamos no agotan su estudio con una sola mirada u observación (es decir, *lo dado*), pues la dinámica social modifica y altera (a través de *lo dándose*) a las propias instituciones.

La idea de potencialidad, en el ámbito del Derecho, ofrece grandes perspectivas, que deben ser utilizadas para las investiga-

²¹ Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*. México, Siglo XXI Editores, 1980.

²² Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrio. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 322.

ciones jurídicas. Por ejemplo, la potencialidad que demostró un juzgador inglés para interpretar los derechos humanos en el caso del dictador Pinochet, permitió que esta potencialidad llegara a extender extraterritorialmente la aplicación de una ley española al interior del Derecho inglés, cuestión que marcó un hito fundamental en la defensa de los derechos humanos y el castigo a los violadores de los mismos.²³

5. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Y EL PENSAMIENTO COMPLEJO

Para situar la perspectiva totalmente distinta a la vista anteriormente, con ocasión del pensamiento teórico-formalista, nos permitimos transcribir una cita textual que dimensiona nuestro tema, precisamente en un pensamiento complejo claro:

“El Dr. Amartya Sen, Premio Nobel de Economía, subrayaba hace algunos años que un elemento central del debate contemporáneo sobre los derechos humanos (y debiera añadir ‘desde’ los derechos humanos) debía necesariamente ser la ampliación del marco ajustadamente legalista o, siendo más generosos, jurídico, en el que se había privilegiado su desarrollo y, por reflejo, incluso su propia crítica. Debíamos evitar “encerrar prematuramente el concepto en una estrecha caja”, y más bien propulsar nuestras discusiones al más amplio, más exigente y más dinámico posible de los escenarios, el del “razonamiento público del mundo contemporáneo”.²⁴

Queda claro, en esta cita, que el tema de los derechos humanos debe, en primer lugar, analizarse desde la totalidad, pues una des-

²³ Zemeelman, Hugo, *El conocimiento como desafío posible*. Instituto Politécnico Nacional, México, 2009.

²⁴ Hernández Valencia, Javier, “Introducción”, en *Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el Control de convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, p. 21.

cripción normativa, altamente protectora, no implica, en la práctica, ninguna articulación con la realidad socio-histórica concreta, y mucho menos con la proclamada defensa del principio *pro homine*.

Precisamente, uno de los rasgos distintivos del tipo de discusión metodológica que se enfoque en la visión jurídica compleja (sociologista o empirista) tiene que estar inescindiblemente relacionada con una carga valorativa que le de contenido, bajo el entendimiento de las discusiones ideográficas: esto es, aquellas que toman una aproximación holística, integrando en la investigación jurídica en particular, y en el Derecho en general, aspectos relacionados con valores y fines que tienen por meta dotar de sentido axiológico, pues “buscan captar lo individual, lo biográfico y, por ende, lo irrepetible en el acontecer humano”.²⁵

Efectivamente, ya he señalado en otro momento que las tesis jurídicas con una visión compleja (o sociologista-empirista) parten de la premisa de que “El Derecho puede ser estudiado también como una ciencia social reguladora de conductas que se establece para conducir a los hombres hacia determinados fines de progreso, paz y armonía individual y colectiva”.²⁶

Esto se debiera desarrollar profusamente en el campo de las normas jurídicas, toda vez que no sean sólo un formato de reglas a seguir por mero apego legalista-positivista, sino que tienda a darle un sentido humanista, en el entendido de que sea la persona humana el eje de acción del Derecho y, por ende, de observación de la investigación jurídica.

Concordamos con que la persona humana, en sus conductas, “ya no es únicamente cogito, sino, y fundamentalmente, volo y ago”; y, en este sentido, “la virtud humana es aquello que hace bueno al acto humano y al hombre mismo, y esto es lo propio de la justi-

²⁵ Salas Solís, Mainor E., “La explicación en las ciencias sociales: consideraciones intempestivas contra el dualismo metodológico en la teoría social”, en *Reflexiones*, vol. 84, núm. 2. San José de Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2005, p. 53.

²⁶ Witker Velásquez, Jorge, *La investigación jurídica. Bases para las tesis de grado en Derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 2011, p. 131.

cia”.²⁷ Aquello nos llevaría a inferir que ese mismo acto voluntario de libertad es el que tendría una carga de moral, en su realización y en la asunción de las responsabilidades eventualmente generadas de aquellas, y esto implica asumir una personal/colectiva carga valorativa, pues “sólo el sujeto que conoce un valor, y que al conocerlo busca realizarlo en un acto libre de su voluntad, es capaz de responder moralmente por él”.²⁸

Por ello, en las investigaciones jurídicas sobre los derechos humanos, el investigador debe asumir en pleno el compromiso de buscar la materialización y realización de los mismos.²⁹

Sin embargo, esta relación de justicia e igualdad establece su apego tanto en la norma jurídica en sí, como en la propia conducta humana que le dota de exigencias mínimas, pues “estas mismas nociones se llenan de contenido y se alzan como instituciones claves alrededor de las cuales las normas positivas cobran un relieve especial y novedoso”.³⁰ Esto, porque “la función directiva de la conducta nos sugiere que el agente no puede prescindir de una toma de posesión valorativa”,³¹ ya que “sólo la persona, en tanto que dotada de conciencia moral, es la instancia central de la normatividad y del problema jurídico”.³²

Estas perspectivas de igualdad y condiciones de exigencia están hoy relacionadas con la consecución de lo que el ex Ministro Presidente de nuestra Suprema Corte, Juan Silva Meza, refirió como el *mínimo vital*, esto es “la cobertura de ciertas condiciones mínimas

²⁷ Este es el criterio asumido por Max Scheler, en Sebastián Contreras Aguirre, “Fenomenología Jurídica y Derecho Natural. Iusnaturalismo clásico y doctrina apriórica del derecho”, *Eikasia*, Revista de Filosofía, núm. 21, 2008, p. 60.

²⁸ Contreras Aguirre, Sebastián, *Fenomenología jurídica y derecho natural...*, p. 61.

²⁹ Corral Canciani, en Sebastián Contreras Aguirre, *Fenomenología jurídica y derecho natural...*, p. 66.

³⁰ Cit. Contreras Aguirre, Sebastián, *Fenomenología jurídica y derecho natural...*, op. cit., p. 58.

³¹ *Ibid.*, p. 61.

³² *Ibid.*, p. 63.

vinculadas con las necesidades básicas del individuo”.³³ No se trata de un tema menor, toda vez que rebota en una investigación jurídica compleja (sociologista-empirista), pues el investigador se tiene que sumergir en la realidad que investiga, y con ello entender que el entorno es mucho más complejo, en sus comportamientos, que la mera aplicación normativo jurídica apelada a la pretendida neutralidad de ésta.³⁴

Es así, que no basta una mera relación jurídico-positivista para pretender acercarnos a la realidad social, como objeto de investigación jurídica, cuando se dan una serie de supuestos de actualización de la norma jurídica que ayudan a profundizar estas desigualdades e injusticias sociales.

Como podemos apreciar, se trata de una dualidad creada al alero de la diferencia entre igualdad formal e igualdad material, en donde la realidad social desborda los pretendidos márgenes de suficiencia del mero normativismo jurídico formal, para señalarle los campos reales en el aspecto del normativismo jurídico real.³⁵

En segundo lugar, se procede a lo que sería una aprehensión de todas las dimensiones y aristas que están detrás de los derechos sociales. Desde esta mirada de abstracción articulada, relacionaría-

³³ Silva Meza, Juan, “El derecho al mínimo vital: su contenido y relevancia”, en Cervantes Alcayde, Magdalena; Emanuelli, María Silvia; Gómez Trejo, Omar y Sandoval Terán, Areli (coords.), *¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 214.

³⁴ Este fenómeno se relaciona directamente con las desigualdades, en cuanto pareciera que “Estamos tan acostumbrados a las grandes desigualdades económicas y sociales que nos resulta fácil inmutarse de su presencia. Pero si cualquier persona nos importa tanto como otra, resulta impactante que los sistemas sociales más efectivos, que hemos sido capaces de organizar, permitan que nazca tanta gente en condiciones de tan fortísima privación que les bloquea sus perspectivas para poder llevar una vida adecuada, mientras otros muchos cuentan para estos con buenos recursos desde el nacimiento, llegan a controlar recursos decisivos y son libres para disfrutar ampliamente de ventajas que están más allá de la condición de mera decencia”. Vid. NAGEL, Thomas, *Igualdad y Parcialidad. Bases éticas de la teoría política*. Barcelona, Paidós, 2006, p. 74.

³⁵ Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 157-165.

mos que la violación de tales derechos va más allá de su reconocimiento, exigibilidad y práctica social concreta, si no se observa la racionalidad del modelo económico que genera la pobreza, la desigualdad, la falta de vivienda, educación, salud, etcétera.

De esa mirada, que lo da la totalidad y la aprehensión, debemos realizar recortes pertinentes y significativos de esa realidad, a fin de inscribir estos derechos sociales en una teoría general, que explique el origen y la carencia de tales derechos, que –de ser subjetivos– pasan a ser derechos objetivos de toda sociedad democrática de Derecho.

El proceso metodológico, que brevemente enunciamos, pasa a la etapa de la *explicación*, y en ella los datos empíricos y estadísticos conforman complementos adicionales, pero que en ningún caso pueden predominar por sobre la reflexión y las interrogantes que el investigador, en esta materia, debe imperativamente realizar. Por ello que es fundamental, distinguir claramente que lo epistemológico-metodológico, es la vertiente sustancial muy separada de las técnicas de investigación propiamente tal, en donde la división entre cuantitativas y cualitativas juegan un papel fundamental.³⁶

En el contexto del enunciando temático de los Derechos Sociales, surge una primera pregunta que apunta a responder *para qué estudio los derechos sociales*, reflexión ésta, que implica una opción necesariamente axiológica y no estrictamente legalista o dogmática. Y, además, puede orillar al investigador a comprometerse en investigaciones grupales de reconocimiento y vigencia de estos derechos en sectores marginales o vulnerables, materializando lo que se conoce como una investigación-acción.

Otra interrogante pertinente es identificar el contexto histórico en que se hace la interrogante anterior, en donde la temporalidad y lo espacial (local o nacional) pasan a jugar un papel fundamental, pues los derechos sociales son expresiones socio-históricas

³⁶ Tarrés, María Luisa, *Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*. México, Ed. Porrúa, 2004.

que derivan de sistemas económicos con mayor o menor compromiso con la justicia social.

Un aporte complementario, que compendia texto y contexto en la realidad socio-histórica indeterminada y compleja, es la conceptualización de una idea síntesis de derechos sociales que, para países como México, constituyen instrumentos auxiliares que, si logran reconocimiento y exigibilidad en tribunales, constituirían un gran aporte al Estado Social de Derecho al que México intenta construir. Así, los derechos económicos, sociales y culturales, que forman parte del orden jurídico nacional, encuentran bases constitucionales y legales adicionales en el concepto de ‘mínimo vital’ del ex Ministro Juan Silva Meza, ya anteriormente citado, que señala textualmente:

“A reserva de hacer estudios más exhaustivos que permitan formar un criterio, el reconocimiento, aunque implícito, del derecho al mínimo vital también podría relacionarse con diversos preceptos que contemplan en qué campos debe darse esa protección básica y mínima. La incorporación de los derechos a la educación, a la salud, a la vivienda, a la alimentación y al trabajo parecen configurar el piso mínimo que se ha asociado con el mínimo vital”.³⁷

El pensamiento del Ministro Silva Meza, se ajusta plenamente al pensamiento realista aplicable al derecho que hemos desarrollado líneas arriba, para lo cual, la vinculación con el Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como *Protocolo de San Salvador*, amplía el universo de conocimiento al respecto, a lo cual, deben sumarse razonamientos vía argumentaciones principalistas, con lo cual inscribimos este objeto de conocimiento en el ámbito de la realidad sociohistórica en la cual ningún precepto jurídico puede excluirse.³⁸

³⁷ Silva Meza, Juan, “Mínimo vital”, ¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? coord. Cervantes Alcayade, Magdalena, et al. Suprema Corte de Justicia/UNAM, México, 2014.

³⁸ Estudios sobre la Argumentación Jurídica Principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales, en Juan M. Romero Martínez, IIJ-UNAM, 2015.

En este sentido, se han establecido criterios complementarios de adecuación interpretativa, sobre todo desde la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011,³⁹ que tienen mayor incidencia en los llamados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), que son los que mayor impacto tienen cuando vemos esta dicotomía entre lo normativo formal y lo normativo material. A saber:

- Igualdad jerárquica e indivisibilidad de derechos, según el cual se rompe el esquema de que algunos derechos son ‘más importantes’ que otros, y por tanto son de primordial cumplimiento. Por lo menos desde 1993, con la Declaración de Viena de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de la ONU celebrada ese año, la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos da paso a una cabal comprensión de derechos humanos, en que los derechos –en su amplio catálogo– vinculan de igual manera al Estado y a los particulares. Esta igualdad e indivisibilidad de los derechos ha salido de su esquema meramente teórico –y, por tanto, meramente programático–, para ser parte de diversos textos constitucionales (v. gr., Venezuela de 1999, Ecuador en 1998 y 2008, Guatemala en 1993, Nicaragua en 2003 y Bolivia de 2008), generando en los DESC igual categoría de derechos y obligaciones que respecto de los civiles y políticos. Este es el objeto preciso de la reforma constitucional de 2011, cuando incorpora tales principios (de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad) al párrafo tercero del artículo 1o. de nuestra CPEUM.
- Aplicación directa de los DESC, y rango constitucional de los tratados internacionales, pues al existir una igualdad je-

³⁹ “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”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* de 10 de junio de 2011, pp. 2-5.

rárquica entre los diversos derechos humanos, y por ende un mismo nivel de exigibilidad de los mismos, existe igualmente un mismo nivel de aplicación directa de aquellos; así, se ha establecido de manera constitucional en los ordenamientos respectivos de Venezuela, Ecuador y Bolivia.⁴⁰ Pero, esa aplicación no sólo queda en lo que establezca la norma constitucional, pues también se ha insertado en diversos textos constitucionales latinoamericanos⁴¹ la jerarquía constitucional y aplicabilidad de los DESC contenidos en tratados internacionales; esto es lo que, en el caso mexicano, señala el párrafo segundo del artículo 1o. CPEUM, al referirse a la interpretación conforme y al control de convencionalidad.

- Principio de progresividad de los derechos, mediante el cual se establece cada vez más un piso mayor de derechos, sin poder retrotraer, conculcar ni desconocer los derechos ya establecidos en el ordenamiento jurídico y su aplicación respectiva. También existe una relación constitucional amplia a nivel latinoamericano,⁴² reforzada por los instrumentos internacionales en la materia,⁴³ de las que nuestra CPEUM recoge en el ya referido párrafo tercero de su artículo 1o. Además, existe una clara correlación con lo que el referido “derecho al mínimo vital”, esto es, “a la cobertura de ciertas condiciones mínimas vinculadas con las necesidades básicas del individuo”.⁴⁴

⁴⁰ Vid. Artículos 22 constitucional venezolano (1999), 11.3 constitucional ecuatoriano (2008) y 109 constitucional boliviano (2009).

⁴¹ Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela.

⁴² A este respecto, en términos directos los artículos 5.XXXV y 11.4 constitucionales, respectivamente, Brasil y Ecuador. De forma indirecta, los textos constitucionales de Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Paraguay, entre otros.

⁴³ Artículo 4 del Protocolo de San Salvador de la CADH, así como el Comentario General Núm. 3 del Comité de la ONU sobre los DESC (1990), sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados con base al artículo 2.1 del PIDESC.

⁴⁴ Silva Meza, Juan, “El derecho al mínimo vital: su contenido y relevancia”, en Cervantes Alcayde, Magdalena, Emanuelli, María Silvia, Gómez Trejo, Omar, y Sandoval Terán, Areli (coords.), ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y

- Cláusula abierta de reconocimiento de los derechos, bajo el que se rompe el esquema meramente exegético de aplicación de los derechos humanos (y, particularmente, de los DESC) en la medida que se encuentren establecidos en el catálogo constitucional, permitiendo que la labor jurisprudencial sea complementaria y enriquezca la labor legislativa, y por ende haga efectivo el principio de progresividad –ya enunciado más arriba–. En nuestra tradición jurídica, esta labor es de larga data, a través de la jurisprudencia como fuente formal y obligatoria del Derecho, pero que se profundiza ahora con el llamado control difuso de convencionalidad, que preliminarmente podemos conceptualizar como la capacidad que tiene el juzgador de resolver controversias aplicando la normativa que concuerde con una protección más amplia de los derechos humanos, consagrado específicamente en la parte final del párrafo segundo de nuestro artículo 1o. constitucional.

Estos derechos se buscan satisfacer mediante tres aristas de consagración:⁴⁵

- Un conjunto de programas de seguridad social, con el fin de asegurar una seguridad económica mínima para todas las personas, la redistribución de los recursos y disminuir la pobreza;
- Una red de servicios sociales (en materia de salud, educación, vivienda, etcétera); y,
- Una regulación del mercado laboral, que sea capaz de reconocer y proteger los derechos de los trabajadores.

Culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 214.

⁴⁵ Noguera Fernández, Albert, voz 'Derechos sociales', en *Diccionario de derechos humanos*. Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2012.

Estas indicaciones buscan, sin lugar a dudas, superar estrictos esquemas normativistas que pretendan que las relaciones del ordenamiento jurídico tengan la pretensión de validez universal que se da intencionalmente a las ciencias naturales, y por ende incidan una forma de conducta humana uniforme, dependiente exclusivamente de lo que previamente ha establecido el legislador, sin tomar en cuenta los diversos factores que influyen en la sociedad y, por ende, en la propia conducta humana; esta última, en fin, la que pone en movimiento al propio ordenamiento jurídico, y convierte al Derecho en un sistema vivo y permanentemente actualizado.

Para ello, las *acciones colectivas* se convierten en un pilar esencial a considerar, sobre todo para la justiciabilidad de los DESC. Este tipo de acciones procesales salen del marco individualista de considerar sólo a las personas como titulares de la legitimación activa, en la medida que se entiende que los derechos colectivos son de titularidad colectiva: es decir, se posee un sujeto colectivo con intereses propios.⁴⁶

Durante mucho tiempo se restringió estas acciones por razones de minorías nacionales o étnicas, como lo hizo la ONU al aprobar la *Declaración de los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lingüísticas* (de diciembre de 1992) y del Consejo de Europa para aprobar el *Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales* (en 1994). Sin embargo, cada vez más se ha ampliado este abanico, en el entendido de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, que entienden que la violación de éstos afecta no sólo la esfera individual, sino también la colectiva.

A partir de lo anterior, se han señalado las siguientes características de este tipo de acciones:⁴⁷

⁴⁶ Terruco, Neus, voz 'Derechos colectivos', en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, 1a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 157.

⁴⁷ Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La Reforma constitucional de derechos humanos. Una guía conceptual*. México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2014, p. 220.

- Los grupos colectivos están en la posibilidad de exigir la protección de sus derechos (así, el derecho a la propiedad de una comunidad indígena sobre su territorio);
- Quienes sean víctimas de una misma situación de violación de derechos humanos pueden ejercer los mecanismos jurisdiccionales de protección en conjunto (así, los dueños de predios expropiados);
- También tienen la legitimación activa quienes sean afectados por relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados (por ejemplo, los usuarios de una compañía telefónica);
- Igualmente, se permite en el caso de violaciones del derecho al medio ambiente.

Aún cuando se han considerado tradicionalmente dentro de las llamadas *garantías extrainstitucionales o sociales*,⁴⁸ los derechos colectivos cada vez alcanzan un mayor grado de ejercicio de justicia-bilidad a través de medios jurisdiccionales. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, estas acciones colectivas se han consagrado con la reforma del artículo 17 constitucional federal,⁴⁹ cuando señala en su párrafo tercero que “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”; aquello se ha consagrado en la reforma legal de 30 de agosto de

⁴⁸ Para diferenciarlas de las garantías institucionales, entre las que tenemos las *jurisdiccionales o secundarias* (entre las que caben los procesos ante tribunales independientes, o nacionales –amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad– e internacionales –sistema universal, sistemas regionales, Corte Penal Internacional–) y *semijurisdiccionales* (nacionales –comisiones de derechos humanos– e internacionales –Comisión Interamericana de Derechos Humanos–). Vid. Vázquez, Daniel y Dominique Delaplace, “Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo de construcción”, en *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 8, núm. 14, Sao Paulo, Conectas-Universidad de Sao Paulo, 2011, p. 49.

⁴⁹ De 29 de julio de 2010.

2011, al Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Tal es la importancia de estas acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico nacional, que ya se ha considerado como parte de la legitimación activa en el medio de protección jurisdiccional de derechos fundamentales más importante: el juicio de amparo. Así, véase el párrafo I del artículo 5o. de la Ley de Amparo:

Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico (subrayado es mío).

Con la entrada en vigencia de un nuevo paradigma en materia de derechos humanos en nuestro país, a partir de la señalada reforma constitucional de junio de 2011, actualizada con su consagración jurisdiccional en el juicio de amparo, es evidente que la justiciabilidad de los DESC, a partir de las acciones colectivas, adquirirán una dimensión mayor a considerar, lo que implicará una aplicación práctica del Derecho dentro del contexto de la realidad social nacional, con lo cual se supera una falencia más de los DESC, que siempre han sido vistos, especialmente en su exigibilidad, como una acción de derecho subjetivo individual, sin trascendencia o efectos sociales mayores, además de romper con el estigma de que los DESC solo tienen una relación programática y no práctica.

6. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El propósito de estas reflexiones es llamar la atención de una ausencia notoria y evidente en las investigaciones jurídicas contemporáneas, que se expresa en la desvinculación total de los fenómenos jurídicos de las ciencias sociales y específicamente de la realidad socio-histórica, en cuyo seno las normas jurídicas funcionan.
2. Este rescate científico del derecho exige un tremendo esfuerzo de creación e innovación en los investigadores mexicanos y latinoamericanos que cultivan la ciencia jurídica en general.
3. Al identificar la realidad socio-histórica de nuestros países, debemos ubicarnos en una evidente paradoja que nos ofrece el llamado estado del arte o conocimiento acumulado que forma parte de todo enunciado temático que se problematiza en el proceso de creación o construcción de conocimientos nuevos.
4. La paradoja que mencionamos en el cuerpo de esta ponencia se refiere a que la cultura jurídica vigente en nuestras universidades, sigue anclada al concepto de Estado-Nación que privilegia las fuentes tradicionales de creación del Derecho y que coexisten con una globalización jurídica que está presente desde los contratos pasando por la *Lex mercatoria* hasta llegar a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las Cortes Internacionales en la materia.
5. Para registrar esta evidente disfuncionalidad incursionamos por dos tipos de pensamientos, que son útiles para dar cuenta de ambas vertientes del estado del arte jurídico de la región:
 - a) El pensamiento teórico-formalista, que registra solo los textos y los discursos jurídicos internos dominantes.
 - b) El pensamiento complejo (sociologista empirista), que se ubica en una relación de conocimiento que abre enormes pers-

pectivas a registrar texto, contexto y valores, planteando a los investigadores en materia de Derechos Humanos comprometidos como sujetos históricos y no simples operadores neutros y asépticos.

6. De estos dos tipos de pensamiento se derivan consecuencia y aspectos metodológicos, que deben diseñarse y construirse con el aporte de nuevos investigadores de razonamientos abiertos y flexibles y no ligados a la dogmática conservadora tradicional tan frecuente en nuestras universidades Latinoamericanas.

EL NECRODERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS

José Ramón Narváez Hernández¹

Paradójicamente, en el discurso, vivimos una etapa desenfrenada de derechos.² Casi todo puede ser traducido en términos de un derecho subjetivo, en la práctica los derechos humanos brillan por su ausencia, sobre todo en un país que tiene el segundo lugar en muertes violentas.³

Lo humano fue disuelto detrás de una serie de postulados más o menos eficaces como el principio de legalidad, el Estado de Derecho, la supremacía constitucional, el principio de representación, la soberanía, etcétera, donde en el mejor de los casos se hablaba de un supuesto sujeto jurídico hipotético, el sujeto empírico desapareció. Por eso se insistió mucho en humanizar al derecho, y dentro de los muchos paliativos encontrados nacieron los derechos humanos, paradójicamente como una manifestación de nuestra deshumanización, justo después de lograr aniquilar al ser humano apoyándose en él, en estos presupuestos como hicieron los totalitarismos.⁴

Así que el problema más grave no fue dejar de usar el derecho sino usarlo para cosas malas, o dicho de otro modo “banalizamos la injusticia”,⁵ creíamos que eso era lo correcto lo creímos así por

¹ Universidad Nacional Autónoma de México.

² Cf. Pintore, Ana, “Derechos insaciables”, en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Trotta, Madrid, 2001, pp. 243-265.

³ Según cifras del International Institute for Strategic Studies of London (IISS).

⁴ Cf. Žizek, Slavoj, “Contra los derechos humanos”, en *New Left Review*, núm. 34. Madrid, 2005, pp. 85-100.

⁵ Por reutilizar la idea de Hannah Arendt sobre banalización del mal por la cual “[...] algunos individuos actúan dentro de las reglas del sistema al que pertenecen sin reflexionar sobre sus actos. No se preocupan por las consecuencias de sus actos, solo

idiotas o peor aún, convencidos de que éramos los únicos que teníamos la verdad absoluta.

Es tan recurrente escuchar reivindicaciones de todo tipo en relación con los derechos, que hoy el discurso⁶ es tan contradictorio que parece insostenible que pueda darse en la realidad. Con el mismo argumento de defensa de los derechos, un país realiza una invasión militar a otro para hacerlos efectivos, con el mismo argumento un tirano se niega a dejar el poder para preservarlos.⁷ Las oficinas gubernamentales de derechos humanos sirven para proteger a los funcionarios que los violan, así de paradójica es la cuestión.

El discurso sirve para permitir la imposición de políticas neoliberales por parte de organizaciones internacionales monetarias o de administradores del mercado mundial en países pobres, y es el mismo discurso, a veces con el mismo contenido, que utilizan los gobiernos de esos países para permitirlos en lo particular, aunque en lo general tales gobiernos justifiquen su existencia en la oposición hacia tales organizaciones.⁸

por el cumplimiento de las órdenes. La tortura, la ejecución de seres humanos o la práctica de actos «malvados» no son considerados a partir de sus efectos o de su resultado final, con tal que las órdenes para ejecutarlos provengan de estamentos superiores.” Cf. Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona, 1999.

⁶ E incluso, deberíamos hablar de discursos al plural, porque no es solo uno, pero además como parte de un exceso de la actividad perniciosa del “discursar” sobre los derechos humanos como un acto retórico en sentido peyorativo: *vid.*, Haba, Enrique P., “Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursar sobre el talismán ‘derechos humanos’. Un compendio de observaciones poco complacientes, sobre todo con respecto a ciertas cómodas maneras”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, pp. 3-81.

⁷ Ignatieff habla del “doble-lado” de los derechos en relación con la democracia porque, por una parte, sirven para dar cauce a las demandas democráticas, pero a la vez para defender a las minorías de la depredación de las mayorías: Ignatieff, Michael, *The rights revolution*. House of Anansi, Toronto, 2007, pp. 1-2.

⁸ Ver en este punto el interesantísimo balance que hace Linn Hamnergren sobre el posible fracaso de la reforma judicial en América Latina, siendo incluso ella una de las operadoras de la misma, aquí el imaginario y los datos objetivos se mezclan, muchas de las reformas vienen propuestas (o impuestas) por el Banco Mundial, es una imposición de la *United States Agency for International Development* (USAID), a veces son el resultado de un sin fin de fondos destinados a ese fin en América Latina. Cf. Hammer-

Ciertamente los derechos humanos “no tienen ideología” como indica Douzinas:

Un nuevo ideal ha irrumpido en el escenario global mundial: los derechos humanos. El mismo une a la izquierda y a la derecha, al púlpito y al Estado, al Ministro y al rebelde, al mundo en desarrollo y a los liberales de Hampstead y Manhattan. Los derechos humanos comenzaron su vida como el principio de la liberación de la opresión y la dominación, el grito de los sin techo y los desposeídos, el programa político de los revolucionarios y los disidentes. Pero su llamada no está confinada a los desheredados de la tierra.⁹

Es la naturaleza discursiva de los derechos,¹⁰ la que permite la flexibilidad ideológica y su éxito; su bondad, su proyección al futuro hacen posible que el discurso subsista como tal, es decir, sin necesidad de pasar a los hechos. Claro que esto podría tacharse de simulación, de discordancia entre el discurso y la realidad, cuestión perfectamente entendible en una cultura occidental todavía racionalista que busca sustento en la posibilidad de arreglar el caos que presenta el mundo a través de la racionalidad convertida en una buena imagen del mismo.¹¹

gren, Linn, “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, en *Resoluciones Asamblea General*, Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington D.C., versión electrónica: <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti5.htm> (consultado el 17 de mayo de 2015).

⁹ Douzinas, Costas, “El fin(al) de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, 2006, vol. 7, pp. 309-340.

¹⁰ Incluso como los propios argumentólogos lo citan: (*verbi gratia*) Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1995), diciendo que sus trabajos solo van destinados al ejercicio textual-lógico y no al empírico-ontológico, lo paradójico es que la mayoría de operadores jurídicos consideran la quinta esencia del pragmatismo este tipo de trabajos.

¹¹ Aquí deberíamos estar hablando ya de “la fuerza simbólica de los derechos humanos” que como lo apunta Marcelo Neves tiene una doble posibilidad porque podría el discurso estar legitimando un *status quo* carente de derechos o bien legitimando la movilización para la realización de los mismos, Neves, Marcelo, “La fuerza simbólica de los derechos humanos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 27, Alicante, 2004, pp. 143-180.

La muerte podría constituir el elemento antagónico de los derechos, aunque en realidad es un componente de los mismos, se trata de un mecanismo que sirve para solventar la vida de unos sobre otros, la promesa de no muerte, pero una realidad necrótica.

La idea de estar sometidos a un discurso taumatúrgico revive viejas reminiscencias, por un lado alguien pudiera pensar que el ser humano debe estar siempre vinculado a un mito, pues es la esperanza la que lo lleva a sobrevivir psicológicamente un mundo de injusticias; alguien más agregaría que el mito ha sido superado en la modernidad y hoy se vive de certezas verificables en la práctica; ambas visiones son generales y hacen necesario el matiz, ni la antigüedad carecía de certezas ni la modernidad ha prescindido del mito.¹² Y justo esta pervivencia del mito en la actualidad, o más bien, del mecanismo por el que una sociedad confía más en la imagen de un orden justo posible, que en su real posibilidad de lograrlo.

La muerte está presente en nuestra identidad nacional, como un símbolo de castigo para los indígenas paganos en un principio lisa y llana imposición de la ley creada por el conquistador. Gradualmente se convierte en una forma de redención para los cristianos y conversos, muchos de ellos indígenas sobrevivientes de las enfermedades y excesos de los españoles, pero también la muerte se hizo mestiza, o mejor aún, transmutó en un fenómeno sincrético, también pagano pero tolerado por la visión judeo-cristiana incrustada en la idea del Estado moderno mexicano, así plasmada en las primeras constituciones. Morir como símbolo de redención y el Estado como espacio para esperar ese final.

Los siglos XIX y XX están marcados por luchas y conflictos que significaron muerte, normalmente para la gente más humilde, hasta el terremoto de 1985 fue discriminador pues fueron las viviendas más humildes de la Ciudad las que se vinieron abajo, los hospitales

¹² Lo que Eliade denomina “mito vivo” se trata de una historia “ejemplar y significativa”, Eliade, Mircea, *Mito y realidad*. Editorial Kairós, Barcelona, 1999, p. 7.

públicos y las oficinas donde estaban los empleados que entraban a trabajar muy temprano, y por ende no los mejor pagados –los puestos directivos en México entran después de las 10, todos lo saben–. Lo cierto es que en el imaginario fue fraguándose una idea de la muerte como fiel compañera de la sociedad mexicana.

Ahora, la muerte es patrimonio cultural, y, por tanto, sujeto de un derecho colectivo que la tutela y la fomenta, pues es fuente de ingresos de un turismo peculiar que festeja la muerte. La muerte está en el tzompantli de nuestros sitios arqueológicos, está en nuestros murales, está en nuestra literatura, está en nuestro cine, está en nuestras instituciones. La muerte es una cosmovisión, una epistemología, una hermenéutica e incluso una poética.

En el largometraje inconcluso ¡Qué viva México! (1930-1979) del cineasta soviético Serguéi Eisenstein, la muerte es el pretexto para contar iconográficamente la historia de México, comienza con el genocidio de la conquista, pasa por el exterminio de las haciendas decimonónicas y concluye con la fiesta de noviembre. La secuela por obvias razones tendría que incluir el 68, el Halconazo (1971) y la guerra sucia; Aguas Blancas (1995), Acteal (1997), Ciudad Juárez, San Fernando (2010), Ayotzinapa (2014), Tlatlaya (2014); y menos conocidas las fosas de Taxco (2010), Cinco Manantiales (2011), Durango (2011), Nuevo León (2012) y La Barca (2013); y podría seguir enunciando lugares y fechas, pero quedémonos con el dato del 3er. lugar en muertes violentas debajo de Siria e Irak, 13 personas por hora, 170 mil muertos en 2 sexenios –cifras conservadoras, hay quien habla de 300 mil. La muerte hoy en día es un acontecimiento de nuestra cotidianeidad, un personaje de nuestra historia contemporánea, un compañero de viaje de nuestra historia personal. La muerte en México es santa, porque se le reza para no morir.

La muerte también ha estado presente en la literatura mexicana desde siempre. Para Edmundo Valadés, en México, *La muerte tiene permiso* (1955), cuando grupo de campesinos –indígenas aseguraría yo– hartos de sufrir vejaciones y muerte, se dirige a una

asamblea de autoridades agrarias para pedirles permiso de matar al presidente municipal, origen de todos sus pesares, los representantes del Estado discuten sobre la justicia, primero han despreciado y tildado de incivilizados a sus interlocutores. El cuento se convierte en una paráfrasis que poco a poco se vuelve una velada amenaza: podremos ser callados y condescendientes, pero todo tiene un límite, en un país donde la muerte opera sin permiso un día podría tenerlo, para mal y para bien. En el documental *Digna hasta el último aliento* (Cazals, 2004) un militar de alto rango afirma que la Constitución y la jurisprudencia de la Suprema Corte avalan la actividad del ejército cuya misión es la seguridad pública a todo precio, y agrega: si es necesario que eso se haga con un permiso más detallado habrá que reformar la Constitución. Algunas de las últimas reformas pudieran interpretarse de esa manera, como un permiso para matar.

En el mural denominado “La epopeya de la civilización americana” de José Clemente Orozco (1934) pintado en la *Baker Memorial Library* (Dartmouth College. New Hampshire), el muralista mexicano ironiza con los genocidios europeos en tierras americanas, la Primera Guerra Mundial y la Conquista, entre otros temas, destaca un panel llamado “Los dioses modernos” en el cual Orozco critica abiertamente a la Universidad y la Academia, haciéndolos de alguna manera, coparticipes de esas muertes: esqueletos togados y con birrete, asisten al parto de otro esqueleto más grande, que ha dado a luz a un pequeño esqueleto, este, también con birrete. No es solo que la muerte sea un hecho en la vida de la humanidad, o concretamente de nuestra cultura, se trata de un tema transversal en el que las artes y las ciencias participan para formar un criterio de identidad que nos avasalla.

En el infrarrealismo jurídico lo tuvimos claro desde el principio, muerte y vida son las dos caras de una misma moneda, más allá de una simple mirada maniquea, nuestra cultura originaria llama al inframundo, mundo, otra realidad paralela con la que se convive, otro cielo, incluso, si se me permite, saber a dónde van nuestros

muertos, para saber por dónde han de volver; la tragedia es que nuestros muertos están desaparecidos –literalmente– extraviados, y nosotros sin saber si han encontrado el camino al Mictlán, como Antígonas contemporáneas, sin tener los restos para poderlos enterrar, sin saber si los han devorado las aves o han sido disueltos en ácido; con la complicidad del Estado y sus paleros en la gran mayoría de casos, por eso lo hemos denominado necroderecho.

Hoy resultan irrisorias figuras como el debido proceso, los derechos humanos, el acceso a la justicia, y cuanta parafernalia jurídica pudiera esgrimirse, porque en México se muere con o sin permiso.

No es un mero pesimismo nihilista, pensamos la muerte porque queremos la vida, porque la deseamos fuertemente, porque la defendemos a ultranza, y sí, somos abogados, aunque resulte extraño; y este vitalismo nuestro, que nos ha venido por un chingadazo –así le llamamos a esta toma de conciencia– nos urge a cuestionarnos el cómo nos enseñaron a operar el sistema, el cómo nos adiestraron a no hacer preguntas, el cómo nos amenazan constantemente para alinearnos, y detrás la muerte como castigo probable para el disidente, para el revolucionario, para el crítico; pero es que de otro modo no es vida; por eso la descomplicidad, para no seguir de aquel lado, tomar postura y optar por la vida; esperanzados de encontrar nuevas formas de organizarnos, de ponernos de acuerdo y resolver nuestros conflictos, quizá mirando donde otros no quisieron, más abajo, ahí donde la vida es fiesta, en nuestras comunidades indígenas, donde tiene años reconstruyendo ese camino hacia una muerte que transforma y te une con el cosmos.

Hay además una muerte sutil. Tan trágico es que mueran personas en la búsqueda de seguridad, comida y una mejor vida, como quienes todos los días mueren un poco en la infinidad de oficinas de todo el mundo, la obsesión por la producción terminó por convertirnos en objetos de una interminable cadena de explotación. Y muy pocos se dan cuenta. Los pretextos sobran para cosificar a una persona, los tiempos urgen, la demanda no se detiene, hay que

aparentar que trabajamos todo ese tiempo; todo se convierte en una farsa macabra, la gente tiene una vida hostil dentro de cuatro paredes, puede observarse perfectamente la (no)lucha de clases, los que mueren y los que explotan, los horarios son diferentes, las prestaciones sobre todo, pero lo que más indigna es el trato, la manipulación y el chantaje; el sadismo y el saberse “amo/dueño” del *otro*, genera un insano gusto por el sufrimiento ajeno, la tragedia es que la cotidianeidad y la banalidad en la maldad de estas prácticas, impide distinguir la magnitud del problema. Gota a gota los explotadores saben que asesinan un parte de la ya mal trecha dignidad humana, se nota en sus miradas, en la voz que somete y ningunea a muchos que pierden no solo su salud, su familia, su espacio personal, sino hasta su vida, el cinismo llega incluso las revisiones médicas anuales *in situ*, no hay necesidad de dejar ni siquiera un día de asistir al trabajo, literalmente les extraen la sangre de las venas en el mismo lugar laboral.

Cada vez más personas abandonan el campo para venir a morir a las ciudades, contaminadas, atiborradas, violentas, consumistas, alienadas... esa violencia endémica que nos hace tan susceptibles, que nos indispone al diálogo y nos devuelve a ese estado de naturaleza donde el fuerte y el poderoso gobiernan. Símbolos del deterioro es la poca convivencia, la inutilidad del arte, el desprecio al ocio, pero sobre todo, el asco a la filosofía y el pensamiento; la superficialidad nos ha apabullado a través de redes sociales cada día más indolentes, nos ha marginado a un espacio de comodidad individualista que sin darse cuenta, mira con falsa indignación la muerte en espacios lejanos, por eso es importante hablar de la muerte, como lo hace el infrarrealismo, de esos miles de cadáveres insepultos, desaparecidos o simplemente olvidados; solo así recordaremos que estamos vivos y quizá nos rebelaremos ante esta muerte silenciosa que nos quita un poco de las chispa vital cada día con la ayuda del derecho laboral.

Otros no tienen tanta suerte. La violencia disfrazada de mil máscaras se incorpora a la vida civil con denostada insistencia.

Detrás de una palabra, después de un gesto, en un acto aparentemente protector, muchas mujeres, niños, indígenas, adultos mayores, sufren el desdén de la civilización que los considera no útiles, los hace a un lado a través de programas que los marginan más, impuestos por instituciones que solo llevan un nombre de membrete porque no corresponde con su actividad, de ahí comen un sinnúmero de burócratas ya muertos espiritualmente, zombis del sistema que sufren violencia y luego la trasladan a la sociedad, ahí también se colocan los abogados, perritos falderos mansos ante la mano del Estado pero desalmados con los débiles.

Una ética que prefiriera la vida jamás pensaría en quitarle al *otro* la suya gota a gota, porque el victimario muere con su víctima, lo difícil es matar la primera vez, dicen los asesinos que saben de esto; la muerte en México es endémica, ya desde hace muchos años; pero esa muerte corporal, que cercena, que degüella, que mutila y disuelve; se alimenta de esta otra introyectada en los ánimos pusilánimes de mexicanos que prefirieron su tajada del pastel revolucionario, que pensaron que mientras dijeran que sí, no les pasaría nada o le pasaría al vecino. No es una crisis institucional, nunca tuvimos instituciones, son marquesinas de un espacio teatral barroco al estilo de las estaciones del tren del *Guardagujas* de Juan José Arreola, mucha madera, muchas luces, pero detrás nada.

Siempre fuimos burlones, quizá sea la nación que usa los sobrenombres como una costumbre ancestral, hay quien está orgulloso de su apodo, hasta pareciera que le otorgara poderes místicos, no es ese el problema, porque eso es fiesta, el problema es cuando va acompañado de lo otro, de la discriminación, de esa que hace daño, de la que busca segmentar, de la que piensa que así el poderoso verá con mejores ojos al vencedor, esa que nos divide y hace del de arriba más fuerte, por eso el fuerte desprecia la inteligencia y la creatividad, porque cuestiona su poder, prefiere que todos nos mantengamos acosando al *otro*, de ese modo nos volvemos también verdugos y en la complicidad y la culpa es difícil reaccionar, a todo esto simplemente le podríamos llamar opresión, y a su mecanismo favorito acoso.

El poderoso es el varón temeroso de compartir sus espacios con las mujeres, es el burócrata encumbrado que le debe el puesto a alguien, es el estúpido que no sabe reírse de sí mismo, es todo aquel que tiene en sus manos el poder de transformar al *otro* y en lugar de hacerlo lo destruye, sin saber que así se destruye él y que ha perdido una gran oportunidad para ser más feliz, pero usar el poder para eso requiere de un largo camino que comienza con la pregunta ¿quién soy y qué hago aquí?

Nuestras sociedades se basan en el miedo, en la desazón, en el vacío, sobre todo en éste último, producto de nuestra separación con la comunidad “Cuando el individuo se lanza al vacío... ya no es más que un pedazo de piel, ha perdido toda sensibilidad, es la utopía absoluta, la apoteosis del estado de naturaleza. Es nuestra robinsonada”.¹³ En este panorama orweliano, de constante temor y desconfianza, es difícil plantear un derecho empático, pues no existe el otro. De aquí la urgencia a disminuir el miedo y a generar estructuras de confianza uno a uno, no como pretendió la modernidad, la confianza en una mítica comunidad estatal “... contrato de confianza recíproca es el origen de un profundo malentendido que afecta a las representaciones del espacio público”.¹⁴ Es un compromiso con el nosotros, con aquellos otros que nos rodean, que nos circundan y nos hacen ser comunidad.

Yo soy responsable de todo y de todos, decía Borges. En el relato “Acercamiento a Almotásim”¹⁵ el personaje principal es un es-

¹³ Monguín, O., *El miedo al vacío. Ensayo sobre las pasiones democráticas*. FCE, Buenos Aires, 1993, p. 37.

¹⁴ *Ibid.*, p. 54.

¹⁵ El cuento fue publicado por primera vez en el compendio: “El acercamiento de Almotásim” en *Historia de la eternidad*, 1936, en *Obras completas*, tomo I, Emecé editores, Buenos Aires, 1974. Borges crea la ficción de estar comentando una novela de corte policíaco de título *The approach to Al-Mu'tasim* supuestamente escrita por el abogado Mir Bahadur Alí, de Bombay, para muchos se trata de un ejercicio hermenéutico complejo que simula ser una reseña de novela y plantea una terapia psicológica (Vid., Fernández, Elena, “Reflexiones sobre ‘El acercamiento a Almotásim’ de Jorge Luis Borges desde la visión de una psicoterapia posmoderna”, en *International Journal of Collaborative Practices*, Houston Galveston Institute, vol. 1, 2009; versión electrónica: <http://collaborative-practices.com/archived/volume-1-archives/bookshelf-1/reflexiones-so>

tudiante de derecho hindú que asesina a un intocable y no sabe si es él el asesinado o es el asesino que huye. En su huida, este pasante de derecho, se refugia en una zona marginal, donde se descubre igual a aquellos entre los que se esconde. Con diferentes referencias a espejos, Borges nos dice, que somos una claridad parcial, suma de ‘reflejos’ de lo que los demás ven de nosotros, aunque siempre hay quien tiene el delirio de encontrar “en algún punto de la tierra al hombre que es igual a esa claridad”. Nuestra vida es la suma de los momentos vividos a través de los demás, esto nos acerca tímidamente a una idea vaga de quien somos.

bre-el-acercamiento-a-almotasim-de-jorge-luis-borges/n, consultado el 9 de junio de 2015.

CONCEPTO, FUNDAMENTO Y DOCTRINA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

Rafael Enrique Aguilera Portales¹

“Cuanto que gozar, en un mundo donde hay tanto que transformar, reformar, tantas injusticias que suprimir, tanto sufrimiento que eliminar, tanta belleza que construir”.

John Stuart Mill, On liberty

Sumario: 1. El fundamento filosófico de los derechos y libertades fundamentales. 1.1. Fundamento iusnaturalista, iuspositivista e iusociologista. 2. Fundamento constitucional democrático de los derechos humanos. 3. Nuevos desafíos de los derechos humanos en el Estado democrático y social de derecho.

1. EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

1.1. fundamento iusnaturalista, iuspositivista e iusociologista

Los derechos humanos constituyen una de las grandes categorías político-jurídicas producidas por la modernidad en nuestra cultura occidental. Una cultura multisecular donde dialogan diversas tradiciones con una fuerte vocación universal. Los derechos humanos representan un instrumento idóneo y pertinente para evitar

¹ Profesor de Teoría Política y Jurídica en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II del Conacyt. Coordinador del Departamento de Filosofía del Derecho del Centro Investigaciones Jurídicas, correo: aguilara_uanl@hotmail.com

cualquier tipo de atropello, vulneración o catástrofe contra la vida humana, sobre todo de los sectores más débiles y frágiles de nuestra sociedad.

En la actualidad, hemos alcanzado un consenso normativo internacional respecto a los derechos humanos, acontecimiento que representa una sólida defensa de un cierto universalismo relativamente fuerte en oposición a un relativismo cultural en sentido débil expresado por ciertas corrientes iusfilosóficas. La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas representa una respuesta mínima de convergencia de valores humanos interculturales frente a las amenazas especiales que conllevan las instituciones modernas. En este sentido, la *Declaración Universal de 1948* no se limitó solo a fundamentar los derechos humanos desde una lógica estrictamente iusnaturalista o positivista, sino que también comenzó a utilizar la categoría de consenso global como referente fundacional de los mismos.

El problema del fundamento de los derechos humanos no es una cuestión baladí, estéril o superflua² sino que tiene una íntima relación con sus procesos de garantía, protección e interpretación de los mismos, tanto por parte del Poder Legislativo como del Poder Judicial. Por consiguiente, el concepto y fundamento de los derechos humanos toma especial relevancia en su proceso de positivación legislativa y en su interpretación y aplicación judicial.³ El problema del concepto y fundamento de los derechos humanos adquiere vital importancia sobre todo en lo que concierne a la interpretación jurídica, pues los derechos humanos se convierten

² Aunque todavía existe una tendencia a dejar de lado en la dogmática jurídica, bajo la fuerte herencia e influencia del neopositivismo jurídico, los problemas relativos al concepto y fundamento de los derechos humanos por considerarlos problemas insustanciales e intrascendentes para la aplicación e interpretación del Derecho. Para ampliar *vid.*, Aguilera Portales, Rafael Enrique, "Concepto y fundamento de los Derechos Humanos en la Teoría Jurídica Contemporánea", en Aguilar Cavallo, Gonzalo, *60 años después: enseñanzas pasadas y desafíos futuros*. Librotecnia, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2008, pp. 18-76.

³ *Vid.*, De Asís Roig, Rafael, *Escritos sobre derechos humanos*. Ara Editores, Lima, 2005.

en *criterio hermenéutico fundamental*⁴ de todo razonamiento judicial, es decir, los derechos humanos son el pilar básico a través del cual debe ser interpretado todo ordenamiento jurídico. Toda interpretación jurídica básica tiene que atender los derechos fundamentales pues éstos son el fundamento legítimo de toda legislación y lo que es más importante de todo Estado democrático y social de derecho.

El fundamento de los derechos humanos reside y gira en torno a la dignidad: la dignidad de la persona se refiere al libre desarrollo de la personalidad como presupuesto de todos los derechos y libertades fundamentales. El profesor Antonio Enrique Pérez Luño establece y propone una diferenciación entre derechos humanos y derechos fundamentales en orden a su positivación jurídica. Según su concepción iusfilosófica, son derechos humanos las exigencias de dignidad, de la libertad y las igualdades humanas deben ser reconocidas jurídicamente. Mientras los derechos fundamentales, son aquellos ya garantizados por el ordenamiento jurídico, normalmente en el texto constitucional y con una tutela reforzada.

La concepción del Derecho en un sentido amplio nos lleva ineludiblemente a una conexión necesaria entre concepciones morales y aspectos jurídicos. Con ello no podemos desdeñar, según Hart, las implicaciones de las morales de un sistema jurídico⁵ considerado como un todo integral.

Todo esto nos demuestra, según Hart,⁶ que el Derecho no puede explicarse exclusivamente en términos puramente formalistas

⁴ El uso de este término se debe en gran medida a la obra de H. G. Gadamer y su importante obra *Truth and Meth*, en la cual deja claro que la hermenéutica no es un método para conseguir la verdad. *Vid.*, Gadamer H. G., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Sígueme, Salamanca, 1977; Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, (trad.), José Luis Bernal, Taurus, México, 1999. *Vid.*, Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*. Porrúa, México, 2006.

⁵ *Ibid.*, p. 51.

⁶ H. L. Hart, siguiendo desde postulados de la filosofía analítica, elabora una teoría del derecho en su obra *El concepto del derecho*, 1961, en la cual trata de subrayar las diferencias entre derecho, coacción y moral. *Vid.*, Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, (trad.), De G Carrió, Ed. Nacional, México, 1961.

o normativos sin hacer referencia a contenidos o necesidades sociales. La idea hartiana de derechos humanos traduce y explicita un derecho natural universal como un derecho igual de todos los hombres a ser libres. Los presupuestos vitales que prohíben el homicidio, la violencia y el robo son ejemplos claros y contundentes que manifiestan la coincidencia y conexión entre todos los sistemas jurídicos y estos principios morales básicos. Estos presupuestos básicos son los que posibilitan la convivencia con nuestros semejantes y hacen referencia a una “concepción humilde mínima de derecho natural”.⁷

“Las reglas que prohíben el uso de la violencia y las que constituyen la forma mínima de propiedad –con los derechos y los deberes suficientes para que los alimentos puedan crecer y ser guardados antes de su consumo –no tendrían el estatus necesariamente no arbitrario que tienen hoy para nosotros”.⁸

Dworkin nos habla de principios que tienen su origen no tanto en alguna decisión particular de algún legislador, sino convicciones, prácticas, intuiciones profesionales y populares entendidas en sentido amplio. Y además los principios tienen una peculiaridad: “son proposiciones que describen derechos”.⁹ Los derechos se imponen en particular a las “directrices políticas” (*policies*) definidas en términos utilitaristas. Un derecho es algo que debe ser respetado y satisfecho, aún cuando su respeto y satisfacción vayan contra la directriz política a favor del interés general. Los dere-

⁷ Cf. Hart, “El positivismo y la separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral*, op. cit., 1962, p. 73.

⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁹ Cf. Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*. Duckworth, London; (trad. cast). *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, p. 307. La teoría de Ronald Dworkin se ubica claramente dentro del Derecho norteamericano y su filosofía jurídica pone de manifiesto y evidencia la enorme vinculación que existe entre Derecho y moral, en todo sistema jurídico existen principios immanentes que de alguna manera fundan la interrelación entre Derecho y moral. Estos principios extrajudiciales operan en la interpretación y aplicación de la norma jurídica que realiza el juez en su casuística contextual ordinaria y fáctica. *Vid.*, Dworkin, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*. Paidós, Barcelona, 1993.

chos, que son descritos a través de los principios pertenecen en parte, no al sistema normativo jurídico, sino a la vida y la cultura: es decir, a la moralidad de una determinada comunidad.

La expresión *derecho natural* o *iusnaturalismo* constituye una expresión polisémica, equivoca y ambigua que ofrece una enorme variedad de sentidos en el ámbito de los estudios jurídico-filosóficos. De aquí, que resulte imprescindible atisbar y dilucidar alguno de sus significados. Por “*iusnaturalismo*” podemos entender una multiplicidad de corrientes doctrinales muy diferentes, pero todas ellas con un núcleo común: la creencia en un orden objetivo suprapositivo de carácter universal, permanente e inviolable que contiene los valores últimos de todo ordenamiento humano.

El iusnaturalismo moderado de Ronald Dworkin¹⁰ pretende recuperar la idea de la existencia de unos derechos morales, naturales, previos al Estado que sirven de módulo justificador para su operatividad y eficacia práctica, creando una protección de los ciudadanos frente al Gobierno. Estos principios morales son vividos por una determinada comunidad y a ellos puede acudir un juez para decidir ante los casos difíciles.

La teoría político-jurídica de Dworkin se fundamenta principalmente en una concepción de derechos individuales que sustenta a estos derechos y, sobre todo, el derecho a la igual consideración y respecto significan históricamente un triunfo frente a la mayoría.¹¹ En este sentido, ningún ordenamiento jurídico, directriz política ni objetivo social colectivo puede rebasar, anular o transgredir este auténtico derecho humano cuyo fundamento reside en la igualdad y la dignidad humana. Esto convierte a los derechos humanos en la instancia legítima última fundamental de toda institución política y jurídica. Los conceptos de dignidad humana e

¹⁰ Vid., Dworkin, R., *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política como clave de la teoría y la práctica*. Gedisa, Barcelona, 1998.

¹¹ Cf. Calsamiglia, A., “Estudio preliminar”, en Dworkin, R., *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1999, p. 16.

igualdad política presiden la noción de derechos individuales, éstas dos categorías se constituyen en baluartes inexpugnables ante los que el poder estatal ha de detenerse para salvaguardar la primacía de la persona según la tradición del liberalismo político; pero no solo eso, sino que además deben convertirse en faros orientadores de todo Estado democrático y social que se precie.

“Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio y que elogie a nuestro gobierno por respetarlos debe tener alguna idea de qué es ese algo. Debe aceptar como mínimo una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea asociada con Kant, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto. La segunda es la idea, más familiar, de la igualdad política, que supone que los miembros más débiles de una comunidad política tienen derecho, por parte del Gobierno, a la misma consideración y el mismo respecto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos, de manera que si algunos hombres tienen libertad de decisión, sea cual fuere el efecto de la misma sobre el bien general entonces todos los hombres tienen que tener la misma libertad”.¹²

El positivismo jurídico considera que los únicos derechos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico. En oposición a esta concepción positivista Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen los derechos morales. Los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos y en caso de conflicto entre derechos morales y derechos jurídicos, estos últimos no triunfan necesariamente sobre aquellos. Según Dworkin el problema de los derechos no se resuelve mediante la positivación o el mero reconocimiento legal porque la frontera o demarcación entre los derechos morales y jurídicos es

¹² Cf. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 295.

una frontera difusa, movediza y permeable. Una demarcación no demasiado explícita y clara entre moral y Derecho, derechos humanos y derechos positivos. “La garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico”.¹³

Ronald Dworkin defiende la prevalencia de unos derechos morales fuertes (*strong rights*), derivados de la tutela de los principios básicos, principalmente, la dignidad humana e igualdad política, que no pueden ser desconocidos por los poderes públicos. En este sentido, nuestro autor sostiene la existencia de derechos preexistentes, sin defender una teoría metafísica concreta.¹⁴ Los individuos tienen derechos, aun cuando éstos no están positivizados en ningún texto legal. Por tanto, al lado de los derechos legales existe otro tipo de derechos cuyo fundamento jamás será el consenso social reconocido en una norma sino, según le hemos visto, un cierto tipo de moralidad básica. Los derechos humanos tienen un marcado carácter moral que posibilita su fundamentación para la teoría y práctica jurídica, por el principio intrínseco de justicia que tienen de forma inherente. El Derecho no es más que un instrumento que tiene como fin tutelar y garantizar los derechos fundamentales frente a las agresiones o violaciones de la mayoría y del gobierno. Por esta razón Dworkin prefiere hablar de los derechos contra el Gobierno, es decir, derechos¹⁵ cuya violación admitiría y justificaría ciertos actos de desobediencia u oposición legítima al gobierno. Estos derechos no son derivados del propio ordenamiento jurídico, sino derechos morales del individuo. En este sentido, la teoría del Ronald Dworkin acerca del Derecho y la justicia es una postura antipositivista en el sentido que sostiene la existencia

¹³ Cf. Calsamiglia, A., “Estudio preliminar”, en Dworkin, R., *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1999, p. 17; véase también su trabajo “Dworkin y el enfoque de la integridad”, en *Revista de Ciencias sociales*. Universidad de Valparaíso, Chile, 1995, pp. 45-68.

¹⁴ Vid., De Asis Roig, Rafael, “Dworkin y los derechos en serio”, en Squella Agustín, *Ronald Dworkin*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, núm. 38.

¹⁵ Vid., Dworkin, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, Cambridge Mass, 1999.

de derechos preexistentes al reconocimiento legal y positivo del ordenamiento jurídico.

El positivismo jurídico no acepta la idea de que puedan pre-existir derechos a cualquier forma de ordenamiento jurídico, es decir, rechaza la idea de que a los individuos se les pueda adjudicar derechos no explícitamente previstos en el conjunto de normas explícitas que componen la totalidad del ordenamiento jurídico de una comunidad. “El razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido en que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles”.¹⁶

Por tanto, la tesis central del positivismo defiende una separación radical entre Derecho y moral, una separación drástica que en la práctica judicial es falsa e ilusoria. Por tanto, no podemos separar razonamiento jurídico de razonamiento moral. Este filósofo norteamericano, según el profesor Calsamiglia, intenta construir una tercera vía entre el iusnaturalismo e iuspositivismo, fundamentada en el modelo constructivista social de Rawls. En mi opinión, considero que no se trata de una tercera vía sino de la recuperación y restauración de un iusnaturalismo moderado, crítico y progresista que pretende restaurar la abrupta ruptura neopositivista entre razonamiento moral y razonamiento jurídico, defendido por Bentham, Austin y Hart.

En consecuencia, desde este iusnaturalismo deontológico moderado, Dworkin está tratando de demostrar la concepción de Isaiah Berlin cuando planteaba que existe una serie de valores compartidos, “un mínimo sin el que las sociedades difícilmente podrían sobrevivir”.¹⁷ La necesidad de aceptar y respetar esos valores fundamentales es imperiosa en nuestra actual sociedad.

En su famosa obra *Taking Rights Seriously*, publicada en 1977, Dworkin sostiene una visión clara de los derechos humanos como

¹⁶ Cf. Calsamiglia, *Estudio preliminar...*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ Cf. Berlin, I., *El fuste torcido de la humanidad*, (trad.) J.M. Álvarez Flores, Península, Barcelona, 1992, p. 9.

derechos fundamentales del individuo. “Estos derechos funcionarán como cartas de triunfo al ser invocadas por los ciudadanos; permitirán a los individuos resistirse a decisiones particulares a pesar de que esas decisiones hayan sido alcanzadas por medio del funcionamiento normal de instituciones generales, las cuales no son en sí mismas desafiadas por esta resistencia”.¹⁸ Esta visión de los derechos humanos permite una mayor eficacia de protección de los mismos respecto a cualquier interpretación judicial o legislativa.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores jurídicos superiores y principios de alcance universal que subyacen en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y a los *Convenios internacionales sobre derechos humanos*, ratificados por México, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar a todo el resto del ordenamiento jurídico mexicano. Igualmente, debemos destacar que los derechos fundamentales y libertades públicas constituyen el fundamento político-jurídico del Estado¹⁹ en su conjunto. Aunque estos derechos fundamentales son resultado y producto del movimiento histórico del constitucionalismo moderno iniciado a partir de las Revoluciones políticas liberales del siglo XVII y XVIII.

El régimen político democrático constituye el fundamento para la realización y construcción del Estado de Derecho. La soberanía popular y la participación política de los ciudadanos garantiza que el Estado de Derecho sea expresión del imperio de la ley,

¹⁸ Cf. Dworkin, Ronald, *Liberalismo, constitución y democracia*, Ed. La Isla de la Luna, Buenos Aires, 2003, p. 32.

¹⁹ Vid., Pérez Luño, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Palestra, 4a. ed., Lima, 2005.

en su sentido objetivo, expresión del gobierno nomocrático para la superación de toda forma de autocracia y autoritarismo vertical.²⁰ La soberanía expresa la fórmula de cómo el poder emana del pueblo y, por tanto, debe responder a las necesidades y demandas de la ciudadanía. Igualmente, en su sentido subjetivo, la ley incorpora los derechos y libertades como demandas sociales y políticas fundamentales. Por consiguiente, los derechos humanos constituyen la base, sustento y fundamento de todas las instituciones políticas y sociales.

El concepto esencial de democracia, por tanto, radica en el autogobierno del *demos* (pueblo) como decisión autónoma sobre sus propios asuntos, por lo que en sentido pleno y auténtico alude a la democracia directa como unidad (identidad) entre gobernantes y gobernados.²¹ En el sentido estrictamente etimológico y semántico, el ideal de democracia proviene del modelo de democracia directa griega. No obstante, no es factible empíricamente que la configuración de la democracia pueda darse bajo la forma de la democracia directa e identidad, sino que está referida necesaria y primariamente a una estructura representativa, en la cual, no es

²⁰ La consolidación de las instituciones representativas, la búsqueda de transparencia y eficiencia de sus instituciones, el deterioro de la cultura política e institucional representan nuevos retos a los que se enfrenta en su conjunto México como país. Normalmente, las situaciones de cambio y transición democrática pasan por una coyuntura crítica e inestable, donde los sistemas políticos están en una situación permanente “al borde de crisis de gobernabilidad.” Cf., Alcantara, Manuel, *Gobernabilidad, crisis y cambio, (elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio)*, FCE, 2ª ed., México, 2004, p. 209; LINZ, J., *El factor tiempo en las transiciones democráticas*, Centro de Estudios sobre la Transición, México, 1994; O’ Donnell, G., Schmitter P. y Whitehead L. (eds.), *Transiciones desde un gobierno autoritario*, 4 vols., Paidós, Buenos Aires, 1988; Nohlen, Dieter, “¿Más democracia en América Latina? Democratización y consolidación de la democracia en una perspectiva comparada” en Revista *Síntesis*, núm. 6, Madrid, pp. 37-63; Vid. Offe, Claus, “Ingobernabilidad. Sobre el renacimiento de teorías conservadoras de la crisis”, en *Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales*, Sistema, Madrid, 1988; Linz, J., *La quiebra de las democracias*, Alianza Universidad, Madrid, 1987.

²¹ Vid. Aguilera Portales, Rafael Enrique, “El debate entre democracia directa y democracia representativa: hacia una democracia de mínimos” en Aguilera Portales, Rafael Enrique (coord.) *La democracia en el estado constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2009.

incompatible, se pueden introducir ciertas técnicas y elementos de participación política directa. Somos conscientes que la representación introduce siempre una mediación entre la decisión y el titular originario de la soberanía (“*el pueblo*”). En este sentido, se supone que el pueblo debe conceder a los representantes políticos mayor libertad para que actúen como juzguen conveniente. El artículo 6 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* establece “que los ciudadanos tienen el derecho de participar en la formación de la ley personalmente o por sus representantes”. Los legisladores del 1789 abren una doble vía: participación personal o mediante unos representantes.²²

El Estado democrático de Derecho constituye la verdadera garantía del sistema constitucional de los derechos. En cualquier Estado democrático de derecho es a través de la ley, nunca al margen de ella, menos contra ella, como la dignidad y los derechos humanos adquieren toda su consolidación, eficacia y fortalecimiento.²³ Para proteger la igualdad y la libertad se necesitan leyes, leyes

²² Vid. Rousseau, J., *Contract Social*, Libro III, 15, Pléiade, III. Vid. Iglesias, Carmen, “El contrato social de Rousseau: la política como liberación” en Iglesias, Carmen (comp.) *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Real Academia de Historia, Madrid, 1999. Vid. Rubio Carrecedo, J., *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Rousseau sostenía, incluso, que era indispensable una “religión civil” en la cual pudiese cimentarse el respeto a las leyes y el comportamiento ético-cívico. Vid. Porras Nadales, A (Comp.), *El debate sobre la crisis de la representación política*, Tecnos, Madrid, 1996. La soberanía popular, para Rousseau, es indelegable. El pueblo puede tener mandatarios, pero no representantes. Todo sistema representativo es una enajenación de la libertad del ciudadano como soberano, la democracia se ejerce directamente, como en las antiguas repúblicas griegas, o simplemente no es democracia, sino otra cosa. “En cuanto a vosotros –nos advierte Rousseau– pueblos modernos, no tenéis esclavos, pero los sois; pagáis su libertad con el vuestra [...] En el instante en que un pueblo se da un representante, ya no es libre, ya no es”. Rousseau prosigue en su discurso analizando como el pueblo inglés se piensa libre y se equivoca, sólo durante la elección de los miembros del parlamento; pero en cuanto han sido elegidos, es esclavo, no es nada. Rousseau deja bien claro su desconfianza hacia el poder, su rechazo hacia todo cuerpo intermedio y contra todo tipo de representación política. Sin embargo, Rousseau es consciente que en sociedades numerosas y complejas esta representación directa resulta difícil y poco viable.

²³ El fenómeno de la corrupción implica, en este sentido que en primer lugar el acceso igualitario a la ley se restringe a unos pocos y en segundo lugar que el interés público y en bien general queda reducido y disuelto en un bien privado y particular.

que impongan obligaciones, deberes y compromisos tanto a los ciudadanos como a las instituciones políticas y jurídicas, porque sin leyes no puede existir la justicia. En este sentido, es imprescindible seguir fortaleciendo la cultura de la legalidad que impregne a todas nuestras instituciones, autoridades así como a particulares o ciudadanos.²⁴ La Ley no puede ser objeto de negociación o intercambio, sino expresión de cumplimiento que garantiza el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales. Los derechos y libertades son la esencia del Estado democrático de Derecho y el Estado debe garantizar los derechos fundamentales; no hay derechos sin Estado democrático de Derecho ni viceversa, tampoco hay derechos y libertades fundamentales sin la tutela y protección del Estado de derecho. El artículo ciento treinta y tres de la *Constitución mexicana* declara que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión [...]”, es decir, proclama en su artículo ciento treinta y tres el principio de supremacía constitucional.

Cualquier ley vigente en el país debe respetar los derechos y libertades fundamentales y en consecuencia estos derechos constitucionales vinculan a los poderes públicos tanto en su desarrollo legislativo como su eficacia judicial. De este modo, otorga y proporciona a los derechos y libertades fundamentales un estatuto jurídico que les brinda un carácter operativo y funcional.

Igualmente en consecuencia con la corrupción se realiza un grave atentado al principio de legalidad que es un pilar fundamental del Estado de derecho. El imperio de la ley es el soberano y no las motivaciones, intereses de los particulares. Con la corrupción no se administran los bienes y recursos públicos del Estado, no se administran con arreglo a la ley, sino, distorsionando esta misma. De este modo la ley se convierte en un recurso público generador de beneficios particulares.

²⁴ Sin cultura de la legalidad no podemos implementar el Estado de derecho, sin imperio de la ley solo vamos a cosechar caudillismos, corruptelas, tráfico de influencias, discriminación, mordidas, arbitrariedad e injusticia.

3. NUEVOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO

Los derechos fundamentales y las libertades públicas como categorías éticas, culturales e históricas constituyen reivindicaciones continuas y permanentes de todo sistema político-jurídico y constituyen un componente fundamental que revierte un alto grado de legitimidad democrática. Por tanto, nos encontramos ante categorías prejurídicas abiertas y flexibles que requieren de desarrollos positivos en nuestro ordenamiento jurídicos. Los derechos constituyen límites y obligaciones del poder; pero también posibilidades y expectativas para ir alcanzando un sistema político más justo y equitativo. Al respecto, el profesor Antonio Enrique Pérez Luño afirma:

“Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, preformativas y axiológicas”.²⁵

El Estado democrático de derecho es un proceso de conquista histórica de los derechos fundamentales expresado a través de distintas reivindicaciones, luchas políticas, movimientos sociales, disidencias colectivas o formas de resistencia al poder establecido. La historia occidental de los derechos fundamentales, por ejemplo, puede entenderse como un *proceso de aprendizaje colectivo* de este tipo, interrumpido por derrotas y conquistas en diversos momentos. Desde esta perspectiva, afirma Habermas “El Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encami-

²⁵ Cf. Pérez Luño, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66.

nada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes”.²⁶

Nuestra sociedad padece una alienación social y política profunda que amenaza la dignidad y la libertad, pero la tradición de nuestro pensamiento político carece de recursos para resolver esta amenaza de manera efectiva. El clima cultural predominante aliena la irreflexión, la falta de crítica y sensibilidad, pero nuestra necesidad de pensar, de examinar las realidades existentes de la vida pública y personal es inseparable de nuestra necesidad de discernimiento de búsqueda significación, juicio y sentido. Los ciudadanos modernos han perdido el espíritu de la tradición republicana, se encuentran inermes, vacíos y sin sentido cívico y público. Al egoísmo complaciente del bienestar de unos pocos se opone el malestar económico de muchos. La esfera pública se ha desinflado por lo que la terapia política debe consistir en la búsqueda de un nuevo espacio de renovación política.

En las sociedades democráticas avanzadas, el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales constituye una de las formas primordiales de mantener una mayor cohesión e integración social y política.²⁷ Estos derechos sociales garantizados por los Estado social moderno surgen del reconocimiento y ejercicio jurídico de valores como la igualdad, la solidaridad y la justicia social que históricamente y tradicionalmente han reivindicado los movimientos obreros y sociales.

En este aspecto, considero interesante esta idea constitucional de integración, apertura y flexibilidad de la Constitución pues solo desde esta concepción podremos vivir una cultura auténtica, sólida

²⁶ Cf. Habermas, J., *Facticidad y validez*. Trotta, Madrid, 1998, p. 203.

²⁷ *Vid.*, Giner, Salvador y Sarasa, Sebastián analizan los dilemas, fallos, aporías e inconvenientes del actual Estado de bienestar, “Altruismo cívico y política social”, en Giner, S. y Sarasa, S. (comp.), *Buen gobierno y política social*. Ariel, Madrid, 1997. Igualmente puede verse la obra de Lucas Verdú, P., *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1955, donde manifiesta cómo junto a los derechos de libertad aparecen con Weimar (1919) los derechos sociales de forma que se conjugan y compatibilizan el Estado material del derecho junto a su carácter formal de reconocimiento de derechos y libertades.

y dinámica de los derechos fundamentales, en este sentido, frente a cierto formalismo y positivismo jurídico imperante todavía en muchas centros académicos, tribunales y juzgados debemos ver la configuración del Estado constitucional de derecho como una tarea urgente, pendiente y por hacer.

La cultura de los derechos humanos inaugura una nueva mentalidad política y cívica.²⁸ En este sentido cuando hablamos de derechos humanos no solo nos estamos refiriendo a exigencias éticas fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico cotidiano, sino que aludimos a referentes éticos que promueven la participación social y política de los ciudadanos. En consecuencia, los derechos humanos son elementos centrales de una nueva cultura política y jurídica de la ciudadanía.

La credibilidad de los derechos humanos depende estrictamente de que no se conviertan en una mera declaración de principios formales o constitucionales que no traspasan la realidad social y económica de la ciudadanía. En consecuencia, los derechos humanos no son únicamente una referencia jurídica, sino una realidad social que debe ser vivida tanto por la ciudadanía como por las instituciones políticas de nuestro país. Frecuentemente, la cultura de la legalidad ha sido manejada exclusivamente por especialistas y profesionales del derecho; por tanto, nos encontramos ante una realidad político-jurídica que realmente no ha impregnado creencias, hábitos, actitudes y motivaciones de la ciudadanía. En este momento, México fracasará como país y sociedad democrática y plural si no sabe defender la cultura de los derechos humanos en el seno de su territorio. Por consiguiente, el desafío de la eficiencia es sumamente importante pues cuestiona ampliamente la eficacia de nuestras instituciones políticas y jurídicas que deben velar por el cumplimiento de los derechos humanos. Todos

²⁸ Cf. Aguilera Portales, Rafael Enrique, "Participación ciudadana, servicios públicos y multiculturalidad", en Cienfuegos Salgado, David y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (coord.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. UNAM, México, 2008, pp. 1-38.

sabemos que los procedimientos de recursos legales que posee la ciudadanía cuando se conculcan los derechos humanos son muy lentos y dependen del control que ejercen los gobiernos. En este sentido, precisamos de una verdadera independencia del poder judicial que se ocupa de velar por la aplicación de los derechos humanos.

Los Derechos Humanos enriquecen y alimentan la cultura política democrática en la medida en que nos ayuda a resolver los numerosos conflictos que surgen cotidianamente en la sociedad. Una cultura fuerte y sólida de los derechos humanos permite una contestación rápida y eficaz en oposición a cualquier tipo de injusticia; igualmente permite la vigilancia de las normas institucionales, igualmente estimula la creación alternativa de leyes e instituciones justas y facilitan el derecho a la diferencia como un derecho fundamental del pluralismo político y democrático. El constitucionalismo que hemos vivido ha sido excesivamente formal y normativo, sin acudir a un verdadero impacto y transformación de los valores y sentimientos de la ciudadanía. En este sentido necesitamos un constitucionalismo integrador de la ciudadanía en función de compromisos cotidianos con los que vamos transformando una cultura de los derechos y garantías constitucionales en una cultura de las obligaciones y deberes ciudadanos. Precisamos de un orden humano donde vayamos eliminando numerosos obstáculos materiales e institucionales que impiden el ejercicio efectivo de los derechos humanos. La defensa de los derechos humanos no es una tarea fácil y siempre varía según el contexto circunstancial en el que nos encontremos inmersos; pero ante todo necesitamos de un trabajo revolucionario a favor de los derechos humanos.

DERECHOS HUMANOS: CONTINGENCIA DE UNA NUEVA GUERRA FRÍA

María Isabel Arredondo Icardo¹

César Armando Cruz Espino²

Resumen: La intención de esta obra consiste en reflexionar y en cierta medida formular una especulación abierta a la cuestión de si los textos fundamentales que protegen los derechos humanos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos; los Pactos Internacionales de 1966; y, en conjunto, la Carta de los Derechos Humanos, se encuentran en peligro de marginación. Toda vez que los últimos acontecimientos suscitados en el marco de la relaciones internacionales durante la primera mitad del s. XXI revelan la contingencia de una Nueva Guerra Fría, el deceso del viejo orden mundial y la amenaza real de la seguridad internacional.

Sumario: Introducción. 1. A manera de antecedente: La Guerra. 2. Guerra Fría. 3. Derechos Humanos. 4. Nueva Guerra Fría. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En este sentir y apoyándose en las disciplinas de la Ciencia Política y de las Relaciones Internacionales, cabe referir de inicio que el tema de la *Guerra Fría* asuma el hecho de que entran en juego tres

¹ Profesora e Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

² Profesor e Investigador del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

elementos políticos o ideologías sustanciales que determinan la visión de un sistema ideal que supone debiera regir al Estado Moderno; lo cual ha orillado a márgenes indefinidos y diversas perspectivas políticas de la existencia de la misma: el fascismo, el comunismo y el capitalismo. Si bien fuera protagonizada y liderada por las nuevas potencias surgidas después de la Segunda Guerra Mundial, distinguidas comúnmente por los Estados Unidos y la Unión Soviética. Dos países antagónicos de carácter geopolítico e ideológico que tuvieron el alcance de dividir prácticamente el mundo en dos: Occidental versus Oriental.

Es así que el primer apartado tiene como objeto relacionar un breve bosquejo del significado de la guerra como una circunstancia precedente, a fin de crear los andamios pertinentes para el desarrollo del epígrafe en cuestión y poder así considerar los apartados posteriores. La segunda sección tiene como finalidad presentar las causas, consecuencias y anacronismos de la *Guerra Fría* durante la postguerra. Elementos que ofrecerán una imagen concreta y que diseñan el camino para definir la sección subsecuente. En este episodio, como tercera parte, se tiene la intención de relacionar la importancia de la elevación de los derechos humanos a nivel internacional, así como de los pactos, en su carácter de tratados, enunciados con el propósito de legislar las figuras jurídicas necesarias y de dejar de soslayar así el valor puramente declarativo de aquellos. Así, de esta manera, perfilar la visión especulativa, señales, actividades políticas de los Estados y de las alianzas militares acordadas, en relación y en razón de la cuarta y última parte de este escrito referente al preludio de una *Nueva Guerra Fría* y la probabilidad de una crisis de seguridad internacional.

1. A MANERA DE ANTECEDENTE: LA GUERRA

Como un punto esencial del tema que nos absorbe, el significado de la guerra en este escrito será tratada en su forma estrictamente

técnica, en justicia al amplio margen de sus diversas categorías. En este sentido y de forma generalizada representa y pudiera definirse como aquel conflicto socio-político donde se han agotado o negado las negociaciones diplomáticas y/o acciones de paz alternas. De esta manera y en la medida de lo posible, se ha considerado eludir el tratar aquí la esfera del punto de vista moral o filosófico, referente a disyuntiva existente entre la argumentación de dos posturas lógicas en constante disputa: de si la guerra en cualquiera de sus denominaciones es justa o ilícita. O bien, por extensión, si la guerra surge como una opción inevitable, caracterizada por su calidad inherente de estar bajo los ámbitos de la condición humana. Situación extrema que origina lógicamente que la humanidad haya experimentado una de las mayores catástrofes y las tribulaciones más amargas del desarrollo y evolución de la misma durante el inicio y cierre de la primera mitad del siglo XX. Se refiera a la inesperada aparición de aquellos memorables conflictos bélicos de envergadura mundial, los cuales, y en tanto objeto de estudio subsecuente, suman precisamente un periodo de espionaje internacional *a posteriori* al termino de la segunda confrontación mundial. Aceptación y actividad secreta determinada por los intelectuales norteamericanos como una *Guerra Fría*, misma que fuera sustentada ante el temor que implicaba el uso eventual de las armas, de novedad nuclear, en manos de las nuevas potencias surgidas tras la victoria de los aliados; definida, asimismo, como una carrera armamentista realizada, paradójicamente, entre ellos mismos. Más adelante, necesariamente se dilatará hacia un segundo periodo que comprende la *Posguerra Fría*, aún más temeraria y sostenida por intereses políticos durante casi toda la segunda mitad del siglo. La cual finaliza de manera aún más inesperada que su origen, con aquel acontecimiento histórico que ha sido personalizado simbólicamente con la caída del *Muro de Berlín* (1989). Suceso que invariablemente dejará resentimientos vivos y algunas decepciones frustrantes para unos; en tanto que, para otros, la alegría y la euforia ante la victoria.

2. GUERRA FRÍA

En función de ir afinando el trabajo que se atiende en esta sección, es vital retomar el origen y las consecuencias de la *Guerra Fría*. Ciertamente el carácter de este nuevo paradigma en pugna tiene su sustento en claras desigualdades ideológicas entre dos países presumiblemente aliados, e igualmente en el carácter distintivo de claras diferencias de sus sistemas y de aquellos contextos históricos opuestos que en el transitar de la postguerra, se presentan en suma como dos oponentes de definición antagonica total. En este contexto histórico, cabe señalar que: “A pesar del legado de esclavitud, el casi exterminio de los norteamericanos nativos, y la persistente discriminación racial, sexual y social, los ciudadanos de los Estados Unidos podían presumir plausivamente, en 1945, de vivir en la sociedad más libre sobre la faz de la tierra”.³ En tanto que, “la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas era, al concluir la Segunda Guerra Mundial, la sociedad más autoritaria que habría sobre la faz de la tierra.”⁴ En este sentido, surge distintivo y equilibrado presentar también sus similitudes políticas para alcanzar a bien una mejor comprensión de la situación:

“Tanto los Estados Unidos como la Unión Soviética habían nacido de revoluciones. Ambos adoptaron ideologías con aspiraciones globales: lo que funcionaba en casa, suponían sus líderes, también serviría para el resto del mundo. Ambos, como Estados continentales, habían avanzado cruzando vastas fronteras; eran por entonces, en tamaño, la primera y la tercera naciones del mundo. Y ambas habían entrado en la guerra como resultado de ataques por sorpresa: la invasión alemana de la Unión Soviética, que empezó el 22 de junio de 1941, y el ataque japonés contra Pearl Harbor el 7 de diciembre de 1941 [...]”.⁵

³ Gaddis, John L., *Nueva historia de la Guerra Fría*. Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 21.

⁴ *Op. cit.*, p. 22.

⁵ *Op. cit.*, p. 21.

Pero ante todo, débese reconocer también, que nace en base a una condición que se encuadra dentro de la esencia puramente afectiva, misma que refleja la sensación de inquietud y miedo generada por esta nueva era atómica, la cual sugiere un perjuicio global sin límites y que amenaza el deceso de la evolución y desarrollo de la humanidad. Es decir, el temor implícito de un enfrentamiento que tuviera como consecuencia el uso de las armas nucleares; pues, como ya se había demostrado en el pasado, la dimensión de la destrucción y secuelas ocasionadas dentro del territorio nipón, han sido para las naciones del mundo un ejemplo patético del grado de alcance de sus fatídicos desenlaces. En esta atmósfera, como bien resume Berend en su libro *Europa desde 1980*:

Una sigilosa guerra fría, con conflictos y confrontaciones entre aliados de guerra, sembraron el miedo en el horrorizado continente. La Unión Soviética ocupó y pronto soviétizó a los países del este del río Elba que había liberado de los nazis alemanes y el régimen fascista local. La porción oriental del continente fue aislada del Occidente por un sistema económico y un régimen sociopolítico de tipo soviético que hizo convenios militares y económicos independientes, encabezados por los soviéticos.⁶

De tal manera que el efecto de esta situación política, inclinó el aceleramiento y acumulación de grandes arsenales de armas atómicas y misiles balísticos. En este sentido, se fueron formando estratégicamente dos bloques o organizaciones militares donde, por un lado, la esfera occidental, concretó formalmente la Organización del Tratado del Atlántico del Norte (OTAN), en el mes de abril de 1949, dirigida principalmente por los EE.UU; y por el otro, en el año de 1955, la esfera oriental, liderada por URSS y confirmada por los países del llamado Bloque del Este que lanzan en réplica un tratado de amistad de asistencia mutua denominado

⁶ Berend, Ivan, T., *Europa desde 1980*. Fondo de Cultura Económica, México, 1a. ed. en español, 2013, p. 19.

Pacto de Varsovia, a fin de generar un balance militar entre estas nuevas potencias imperiales.

3. DERECHOS HUMANOS

Indiscutiblemente la expiación del *Holocausto* durante la Segunda Guerra Mundial, desenlace del genocidio o catástrofe más relevante del siglo XX, dio margen a un cambio intelectual sin precedentes y originó la conciencia de garantizar que tal situación no volviera a tener efecto. Es así que los derechos humanos surgidos como resultado sustancial de este conflicto, crecen en importancia, entran en acción, y son elevados al rango de la legislación internacional; y, por tanto, pasan a formar parte legítimamente de la posesión y la hegemonía de las relaciones internacionales. En este sentido y como uno de los pasos transitorios más importantes de los derechos humanos, se verá consumado el establecimiento de resoluciones legales que establezcan el concepto de la figura legal que atienda y consensue los *crímenes de la humanidad*, llevadas a efecto por primera vez en *Los Juicios de Núremberg*. Como tales, en la práctica y por extensión, conllevan el enjuiciamiento de la responsabilidad legal ante la legislación internacional, en tanto suministra la sentencia de criminales de guerra a funcionarios de un Estado ante la comunidad internacional y en el contexto de los derechos humanos.

En consecuencia y como una resolución permanente, la comunidad internacional concede a los derechos humanos un lugar prominente en la *Carta de las Naciones Unidas*; cuestión que más tarde la Asamblea General de la ONU adopta finalmente como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en donde se establece que desde este momento, el tratamiento de los ciudadanos de cualquier Estado será parte del interés legítimo de la comunidad internacional y que estará sujeto al mandato de las normas internacionales. Más aún, dicha declaración será en lo subsecuente el

fundamento y la norma internacional por excelencia de los derechos humanos. Por tal motivo, es muy importante recordar aquí dos consideraciones sustanciales del preámbulo de aquélla, las cuales enfatizan distintivamente que el “desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, [...] y que es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión[...].”⁷ Sin embargo, en los próximos años, las luchas ideológicas entre el capitalismo y el comunismo se intensificarán paulatinamente y encenderán un fuego abrazador en todo el mundo, dando lugar a que los derechos humanos sean bruscamente frenados en detrimento de su desarrollo de carácter internacional; y, en cambio, faciliten el retorno al poder de la soberanía nacional respecto del tratamiento de éstos. Mas con la aparición de acontecimiento político afortunado que determina el fin del dominio del colonialismo durante la década de los 60, hizo que los países que habían sufrido sus consecuencias pusieran su mayor esfuerzo y la presión necesaria para alcanzar el total reconocimiento de los derechos humanos en sus nuevas naciones independizadas; lo que por fortuna finalmente llama la atención de la Comunidad Internacional y de las Naciones Unidas, las cuales en conjunto retomarán con responsabilidad e inmediatez la importancia del resguardo de los mismos.

Esto dará origen consecuentemente a la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General para adoptar los Pactos de 1966, mismos que contendrán conceptos más claros sobre los derechos humanos y formaran parte esencial de la *Carta de la Naciones Unidas*, reforzando así la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, y, al mismo tiempo, a favor de un mayor seguimiento y vigilancia

⁷ Véase la página web de la ONU en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. Consultada el 31 de enero de 2017.

en la forma en que las naciones aplican en la práctica las normas internacionales establecidas. Específicamente, no debemos olvidar que las políticas sustentadas en una Guerra Fría, cada vez más ardientes entre Oriente y Occidente, mezclaban equívocamente lo que debe pertenecer por derecho propio al ámbito exclusivo de los derechos humanos internacionales, a diferencia de aquellos intereses políticos y territoriales de la naciones, lo que desembocara en una desatención de los mismos en declarada omisión. Pero si bien los tratados internacionales de 1966 rehabilitaron y reforzaron eficientemente la esperanza en la *Declaración de los Derechos Humanos*, tristemente a mediados de la década de los setenta da comienzo a una renovación de lo que ya por entonces se le daba en llamar un *Nueva Guerra Fría*, etapa en que afortunadamente también se desarrolla a favor la *Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa*, la cual tiene como fin el buscar conciliación y acuerdos para disminuir la tensión que se venía desarrollando a pasos agigantados en esta nueva era de enfriamiento y tirantez en la relaciones internacionales.

Más antes de dar paso al siguiente apartado referente a la Conferencia mencionada, ha surgido oportuno distinguir el valor de los derechos humanos en el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), en el entendido que más adelante será de mucho provecho para el tema que se aborda. En general, se puede asociar que estos derechos representan el espejo de los *derechos de libertad*, es decir, reflejan todos aquellos derechos que a través de la historia han representado por definición que el Estado deberá abstenerse de intervenir en la libertad perteneciente e inherente a todo ser humano. Es decir, particularmente, lo que tiene que ver con aquellos derechos de ciudadanía y de la protección de la integridad física. Esto conlleva además y en esencia, a la libertad individual, la libertad de expresión y de pensamiento, a la prohibición de la tortura, así como la no esclavitud y el derecho a votar.⁸

⁸ Cf. El sitio web de la ONG Internacional "Humanium" Juntos por los derechos de los niños en: <http://www.humanium.org/es/pacto-1966/>

En cuanto a los derechos humanos comprendidos en el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), se aprecian en definición como una especie de *obligaciones de deuda* de parte del Estado, lo cual es prácticamente opuesto a la descripción que en sí conceptúan los derechos civiles y políticos. O sea, en esta línea por tanto, es obligación del Estado el hacer uso de su potestad otorgada por el constituyente para intervenir activamente con la diligencia y las medidas adecuadas a fin de garantizar la ejecución e implementación de dichos derechos en la práctica. Es decir: “Estos derechos garantizan a todo ser humano un nivel de vida adecuado y promueven la mejora continua de las condiciones de vida. Incluyen también los derechos a la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social”.⁹ No obstante, es del conocimiento general, que este último tratado pactado haya tenido problemas serios para su ratificación en algunos Estados, como es el caso específico de los Estados Unidos.

Por último, y con el propósito de hacer notar la importancia de los mismos, en relación con la gestación de la Guerra Fría en pie, cabe relacionar que, a estas alturas, era urgente agregar un proyecto de pacto de tal magnitud que absorbiera las figuras jurídicas necesarias ante la urgencia de dejar de soslayar el valor puramente declarativo de los derechos humanos. En este sentido de principio se había declarado desarrollar un tratado de carácter global que asumiera reunir todos los derechos humanos concebidos en un solo pacto, tal que abarcara tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, así como añadiendo a ellos la igualdad de género en el goce de esos derechos. No obstante en la medida que la posición ideológica de los Estados discrepaba sobre el contenido de los mismos, sobre todo en base a los razonamientos a favor de la política de los dos bloques en contienda entre Oriente y Occidente, ello dará sustancia a un margen amplio de la imposibilidad de llegar a un acuerdo definitorio. O sea,

⁹ *Idem.*

como era de suponerse, los capitalistas se inclinaban a favor de enfatizar los derechos civiles y políticos, mientras que en los comunistas prevalecía el aseguramiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

Estas diferencias sustentadas en debates ideológicos y en el contexto de una Guerra Fría que, en esta área diplomática, albergaba una guerra sustentada en el plano del diálogo político, evidentemente contenía consecuencias estratégicas y políticas de gran envergadura. Por tanto, como consecuencia obligada, la Asamblea General tomaría la decisión en 1951 de solicitar la ejecución de dos pactos por separados en lugar de uno. Por tanto, en seguimiento a este nuevo mandato la comisión elaboró congruentemente un pacto de Derechos Civiles y Políticos y otro sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Lo cual obviamente favorecía a la política económica de las partes en conflicto. Curiosamente, por un lado, los Estados Unidos no reconocerán finalmente los segundos, en tanto que no los ratificaran en su momento, mientras que la Unión Soviética asimismo no garantizará los primeros, en base a la definición de su sistema preferentemente totalitario. Pero, por otro lado, ¿qué es lo que verdaderamente distingue a la Guerra Fría de otras guerras? y, ante todo, ¿qué es lo que se esperaba de ella y qué resultados tuvo finalmente? En este terreno de dudas, sobresale lo que se sale de lo común. Es decir que redefine casi ilógicamente una especie de cambio de trayectoria del concepto clásico que distinguían las guerras de antaño. Pues ante todo era de esperarse, como lo manifestara el temor de la sociedad a escala universal, una guerra de proporciones inimaginables que acarrearía una confrontación entre los Estados Unidos y la Unión Soviética. Lo que dejó a las naciones en una sala de espera indefinida como una variante absurda de lo que nunca ocurrió. Como acertadamente señala Gaddis:

La desviación más importante con respecto al determinismo durante la Guerra Fría tenía que ver, evidentemente, con las guerras calientes. Antes de 1945, las grandes potencias se enfrentaban en grandes

guerras tan frecuentemente que parecían ser rasgos permanentes del paisaje internacional. [...] Después de 1945, sin embargo, las guerras se limitaban a ser entre superpotencias y potencias menores, como en Corea, Vietnam y Afganistán, o ser guerras entre potencias menores, como las cuatro que hubo entre Israel y sus vecinos árabes entre 1948 y 1973, o las tres guerras entre India y Pakistán en 1947, 1948, 1965 y 1971, o la lucha larga, sangrienta e indecisa que consumió a Irán e Irak durante los años ochenta.¹⁰

Siguiendo con esta serie de estupor generadas por la Guerra Fría, las cuales escapan a la doctrina filosófica del “determinismo”. Es decir, en donde la causa de la misma debería generar efectos predecibles, situación que en realidad generó prácticamente un anacronismo. En este sentido, un hecho que identifica a la Guerra Fría es aquel que tiene que ver con el descrédito que en una nueva era ha tenido la defensa del propio territorio. Históricamente el atentado al territorio nacional era la razón esencial de la declaración de guerra. Por tanto, si la capacidad del poder nuclear regía el poder político internacional qué objeto tenía proteger territorios que no influían o favorecían a esta premisa inicial. Es decir: “[...] la competencia territorial [...] estaba volviéndose menos provechosa que en otro tiempo. ¿Qué beneficio acarrearba, en una era de vulnerabilidad total, adquirir esferas de influencia, líneas de defensa fortificada y puntos estratégicos de estrangulamiento? Dice mucho acerca del valor disminuido de tales posesiones que la Unión Soviética, antes de deshacerse, abandonará pacíficamente tantas de ellas”.¹¹ Esto quiere decir, por otro lado, que no era necesario invadir un territorio equis (X), sino su capacidad de convencer a un aliado estratégico de establecer en su territorio misiles nucleares que puedan asegurar estratégicamente una guerra nuclear rápida y eficiente que supere a su enemigo. O bien, generar la infiltración política en un determinado país a fin de cambiar el

¹⁰ *Op. cit.*, Gaddis, John L., *Nueva historia de la Guerra Fría*. Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 313.

¹¹ *Ibid.*, pp. 314 y 315.

sistema político existe a su favor.¹² Empero, asimismo, el poder militar también deja de tener su influencia hegemónica de dominio en tanto señala Paul Kennedy: “La Guerra Fría bien puede ser recordada, de este modo, como el punto en el cual la fuerza militar, una característica definitoria del “poder” mismo en los cinco siglos últimos, dejó de serlo”.¹³ Es por ello que la “Unión Soviética se vino abajo, después de todo, con sus fuerzas militares, incluso sus recursos nucleares, realmente intactos”.¹⁴ Más aún: “Otra escapatoria del determinismo implicaba *el descrédito de las dictaduras*. [...] A pesar de las derrotas de la Alemania nazi y del Japón imperial, habría sido difícil explicar la primera mitad del siglo XX sin concluir que la historia contemporánea, había pasado a favorecer la política autoritaria y la economía colectivista”.¹⁵ Es decir, esto nos lleva a la percepción histórica de que durante el nacimiento del fascismo, la política de la democracia de los Estados estaba demasiado trillada y, por ende, la década de los treinta y cuarenta se inclinaban en las tendencias dictatoriales como una de las mejores alternativas del desarrollo de un país. Asimismo, colateralmente, el totalitarismo soviético se empieza a generar paulatinamente en tanto la búsqueda del nacer de una economía colectivista tendiente a favorecer a los proletariados, y no solo de un país, sino de todos los países. Sin embargo, tanto unos como otros, fracasan en sus intentos y dan como resultado el descrédito de las dictaduras –fascista y comunista–, ante los principios liberales de la democracia. Si bien el comunismo cae por su propio peso y ante el disgus-

¹² Esto se puede observar de manera paralela con los últimos sucesos relacionados con la situación territorial de los países de Ucrania y Georgia. Estado que por movimientos políticos de Rusia, se impone un partido gobernante sigilosamente a través de amenazas de desplazamientos militares en sus fronteras y la inconformidad de la sociedad pro rusa, a fin de que el Estado referido se incline en los referéndums por una federación rusa. Lo que da la apariencia de una decisión democrática.

¹³ Paul Kennedy, *The Rise and Fall of the Great Powers: Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000* (Nueva York: Random House, 1987), Fuente retomada de Gaddis John L., *Nueva historia de la Guerra Fría*, p. 315.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Idem.*, pp. 315 y 316.

to del propio proletariado que clamaba por su libertad civil y política. En esencia el comunismo no pasaría la prueba. En tanto que:

Cuando se confrontaban las perversiones del marxismo infligidas por Lenin y Stalin sobre la Unión Soviética y por Mao en China –poner un partido gobernante y un Estado autoritario en el control de lo que se suponía haber sido un proceso automático de la evolución histórica– el efecto fue desacreditar el comunismo, no sólo sobre fundamentos económicos sino también por su fracaso en traer la justicia política y social. Lo mismo que no llegó una nueva guerra mundial, así la revolución mundial prevista tampoco llegó. La Guerra Fría había producido un anacronismo histórico más.¹⁶

Seguidamente en el momento que el fenómeno de la globalización arremete con fuerza en la década de los ochentas, se da, al mismo tiempo, una proliferación global de la democratización de los Estados. Quizás esto se deba al descrédito de las dictaduras, en donde la Guerra Fría se distingue como un periodo que enciende la ebullición democrática. Un rasgo importante que favoreció este proceder tiene que ver con el sufragio, en donde las elecciones libres en el bloque Occidental mostró la diferencia ante el no sufragio en el bloque Oriental. Asimismo, cabe distinguir al margen, el aumento de la educación y el interés por el conocimiento que brilló como nunca en este ciclo. No obstante, cabe asimismo reflexionar que, “[...] aunque las sociedades instruidas no son siempre sociedades democráticas –la Alemania de Hitler lo reveló– no parece que conforme el pueblo se vuelve más conocedor acerca de sí mismo y del mundo circundante, desee menos tener a otros que le digan cómo vivir su vida”.¹⁷

Por último no se debe olvidar que durante el espacio de la Guerra Fría tiene su aparición la denominada revolución de la información, en tanto permite el acceso generalizado de la misma. Este drástico cambio que tiene lugar a finales del siglo XX facilitará de

¹⁶ *Ibid.*, p. 317.

¹⁷ *Ibid.*, p. 318.

alguna manera el desarrollo y la difusión de la democracia, toda vez que conduce a una transparencia de las acciones ejercidas por el Estado. De esta manera, los secretos y el espionaje, que necesariamente los actores de esta Guerra Fría pretendían ocultar, resultaban difíciles de clasificar; y, por tanto, la imposibilidad de disfrazar lo que realmente estaba pasando. En suma y en la medida de la relación de estos anacronismos presentados, la Guerra Fría romperá definitivamente con el vaticinio de las expectativas esperadas, dando como resultado que, durante esta confrontación, se haya demostrado que solo la democracia confiere legitimidad.¹⁸

4. NUEVA GUERRA FRÍA

Después de presentar un bosquejo previo de las causas, consecuencias y absurdos que ha representado la Guerra Fría, se tratará aquí de mostrar las señales más relevantes que argumentan en sí el restablecimiento de una Nueva Guerra Fría. Con este propósito y de entrada, se ha creído esencial enunciar las novedades expresadas en la Cumbre Bienal de la OTAN realizadas a mediados de 2016 en Polonia. Ésta, en concreto, tuvo como principal meta la urgencia de establecer los objetivos y los programas estratégicos en busca de la estabilidad del Este y Sur de Europa, así como establecer soluciones al tema de Afganistán.¹⁹ Más aún, se consolida así igualmente una importante declaración conjunta entre la UE y la OTAN con la participación del presidente de EE.UU., Barak Obama, el presidente del Consejo Europeo, Donal Tusk, el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker y de la alta representante para la política exterior europea Federica Mogherini. Por tanto, la 28a. Cumbre de la OTAN es considerada la más importante reunión

¹⁸ Cf., *op. cit.*, p. 318.

¹⁹ Cf., el sitio *web* del Consejo Europeo. Consultada el mes noviembre de 2016 en: <http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2016/07/08-09/>

desde el final de la Guerra Fría. De esta manera, vale la pena citar los siguientes estrategias adoptadas:

- Lucha contra las amenazas híbridas, en particular mediante la elaboración de procedimientos coordinados;
- Cooperación operativa en el mar y en materia de migración;
- Coordinación en materia de ciberseguridad y ciberdefensa;
- Desarrollo de capacidades de defensa coherentes, complementarias e interoperables;
- Facilitación de una industria de defensa más sólida y de más investigación sobre defensa;
- Incremento de los ejercicios de coordinación, y
- Desarrollo de capacidades de defensa y seguridad de los socios del Este y el Sur.²⁰

En consecuencia las actividades prácticas a realizar asumen el desplazamiento de movimientos militares de carácter estratégico, el cual ha consistido en desplegar cuatro batallones en los países bálticos, incluyendo a Polonia; en donde se llevarán a cabo maniobras de entre 3,000 y 4,000 efectivos. Una acción que ha incomodado a Moscú y que, por lo tanto, la OTAN teme reacciones.

Pero débese considerar que el problema inicia previamente con la crisis Ucraniana: “Rusia entró y salió del país, propició y participó en la invasión y se anexionó Crimea ante la impotente mirada de los aliados y los 28 Estados Miembros. La reacción, en forma de tibias sanciones económicas, ha dañado pero no lo suficiente y no ha cambiado el terreno de juego. No era bastante y aunque todos lo sabían no se ha logrado articular una respuesta contundente”.²¹ Por tanto, no es de extrañar que, la OTAN diseñe la medidas militares apropiadas ante la sospecha y amenaza de un intento continuo de la recuperación de todas las antiguas repúblicas

²⁰ *Ibid.*, sitio *web* del Consejo Europeo.

²¹ Cf. El sitio *web* *El Mundo* en <http://www.elmundo.es/internacional/> 2016/07/08/577e94da46163f1d4d8b459f.html. Consultado en el mes de enero de 2017.

soviéticas de parte de los rusos. Estos conflictos de lucha territorial han provocado atentados contra los derechos humanos.

De este modo y por añadidura, las expectativas que ha representado la salida del Reino Unido de la Unión Europea, en tanto el uso del derecho que le asiste como estado miembro en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea; las amenazas del Estado Islámico que han propiciado la migración en masa de refugiados; y, finalmente, los conflictos generados con Rusia, toda vez que ésta busca política y militarmente la recuperación de los países independizados de la federación soviética: Estonia, Letonia y Lituania. Y, en alguna medida, la clara amenaza potencial a los territorios de Polonia, Bulgaria y Hungría. Hechos evidentes que presagian, en un futuro no muy lejano, el preludio de una *Nueva Guerra Fría*. Y que, consecuentemente, representan el corolario del origen de un nuevo orden internacional. Al respecto Víctor Wilches advierte:

El Nuevo Orden Internacional en ciernes se caracteriza principalmente por el esfuerzo mancomunado de Rusia y China de constituir un Orden Mundial Multipolar, que se sustente en la política, la diplomacia y el derecho internacional, y en que sea el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el que dirima las controversias internacionales. Mientras que en el mundo unipolar de EE.UU. impera el unilateralismo y el desprecio a las reglas internacionales. Este decadente orden unipolar capitalista se opone frontalmente a que surja un posible mundo multipolar, aunque éste también sea capitalista.²²

Ciertamente ante los prolegómenos manifestados indica suponer una época de cambio en la seguridad internacional de los valores occidentales, como bien lo señala el prólogo de la Conferencia de Seguridad de Múnich dirigida por el Director, Wolfgang Ischinger, en donde se habla de que la “[...] seguridad internacional es ahora más frágil que en cualquier otro periodo tras la Se-

²² Víctor Wilches: Miembro del Grupo Interdisciplinario ALCES-España. Sitio web de divulgación de noticias y opinión socio-política y cultural de Aporeea.org, en <https://www.aporeea.org/tiburon/a28689.html> Tomada el 25 de enero de 2017.

gunda Guerra Mundial. Probablemente, según la tesis principal, el mundo está a un paso de la era postoccidental, es decir, ante el fin del orden mundial liberal dominado por Occidente. Los motivos, [...] la débil cohesión de la Unión Europea, el nuevo orden del flujo informativo y la elección de Donald Trump como nuevo presidente de Estados Unidos”.²³

En él también se puntualiza que, en razón de que Trump haya omitido en su mensaje de investidura, los valores de la democracia, los derechos humanos o de libertad, han dado lugar a un pretendido desprestigio de los valores liberales globales. En lo particular se da a entender con esto, que hay una fuerte tendencia de retroceder a las teorías que dieran origen a la Segunda Guerra Mundial, las cuales tiene que ver –como bien se observa– con la desconfianza por la que atraviesa el modelo de la sociedad liberal y sus valores fundamentales. Pues se enfatiza oportunamente que países como Estados Unidos, España y Alemania, entre otros –sobre todo los partidos de ultra derecha–, creen que un sistema autoritario tiene mejores resultados que la democracia; destaca con ello los claros desafíos a los que se enfrenta la política de seguridad internacional. En esencia, el Informe de Seguridad de Múnich 2017 (MSR) pretende poner en la mesa de las discusiones el significado que tienen para el mundo las “[...] crisis por las que atraviesan las democracias liberales, el terrorismo de los grupos yihadistas, las cuestiones territoriales en el Pacífico y el vacío de poder que originaría Estados Unidos si abandonara la estructura de seguridad internacional”.²⁴

²³ Sitio *web* de la Voz Multimedia de Alemania: Deutsche Welle (DW) en: <http://www.dw.com/es/conferencia-de-seguridad-en-munich-nuevo-orden-mundial/a-37534950>. Consultada el 15 de enero de 2017.

²⁴ *Idem*.

CONCLUSIONES

Efectivamente, los debates ideológicos que dieran origen a la *Guerra Fría* durante la postguerra sin duda siguen teniendo actualidad. Esta vigencia ha dado un margen a la factibilidad de una *Nueva Guerra Fría* en el siglo XXI, toda vez que en la coyuntura de una época de cambio en el presente milenio –y no un cambio de época–, ha ido mermando seriamente la hegemonía de los EE.UU., y el surgimiento de un dominio multipolar sustentado en el naciente poder nuclear y económico de nuevas naciones. De tal manera que abre la oportunidad al derrocamiento del viejo orden mundial, y se predestina así un campo fértil o la conveniencia para la operación ilimitada de reestructuración, vigencia, o renuncia de convenios bilaterales y multilaterales dentro de la conjetura y especulación que ofrece la integración económica enmarcado en el fenómeno de la globalización y en el contexto de las aristas que genera el poder de la información del llamado ‘cuarto’ y ‘quinto poder’ (correspondiente a los Medios de comunicación y el Internet).

Más aún, cabe significar que contrariamente a lo esperado y durante el caminar de aquel conflicto específico que define la Guerra Fría, ha sido manifiesto el desarrollo sin igual a favor de los derechos humanos. A tal grado y hecho, que las naciones en choque llegaron a plantearse la necesidad de fortalecer el endeble carácter declarativo de aquellos y convertirlos en leyes vinculantes a través de la creación de Pactos de naturaleza específica a los tratados. En tanto que por otro lado, lo tocante a la decisión de la división de derechos en dos –PIDCP y PIDESC–, fragmentación necesaria que fuera opuesta a la propuesta original que pretendía englobar a todos los derechos en uno, define y deja sentir la inclinación ideológica de los países que han mantenido características ideológicas comunes. Toda vez que los bloques recién establecidos debían luchar encarnizadamente, si bien en una contienda diplomática, fin de proteger los derechos humanos que a bien favoreciera su inclinación política, económica y cultural. Ante tal postura, los

derechos considerados de ‘libertad’ –clasificados comúnmente como de primera generación errónea o justificadamente– serán obligadamente privilegiados por el bloque capitalista, mientras que los derechos estimados como ‘Obligaciones de Deuda’ –digamos, ahora, de segunda generación– serán protegidos por los países comunistas.

De igual manera y por añadidura pertinente a lo anterior, la migración en masa de refugiados y el aumento del terrorismo indiscriminado, así como el fundamentalismo de Irán, el expansionismo ruso y la creciente divulgación de ‘fake news’ –noticias falsas–, que suponen en sí un desafío intrincado para el debate público, han dado margen al fortalecimiento pretensioso de los partidos de ultra derecha y, colateralmente, a un amplio riesgo de quiebre y desestabilización de la Unión Europea (UE). Lo que al parecer ha originado sucesos políticos regionales de envergadura sin igual, como la salida del Reino Unido de la UE en proceso, y bautizado con el acrónimo de *Brexit*. Así como el reciente retiro definitivo de los Estados Unidos del *Acuerdo Transpacífico* o TPP, del 23 de enero de 2017. Sin olvidar, en este sentido, la amenaza contingente de la eventual renegociación del Tratado de Libre Comercio (TLC) –incluyendo la deportación de inmigrantes– que pudieran en conjunto crear tensiones o desventajas en perjuicio de las relaciones internacionales entre EE.UU. y México, por citar solo algunas de sus secuelas.

Por tanto, todo ello ha ido restableciendo la aprobación e inclinación a las aspiraciones globales de diversos bloques, ya sea por el sustento de la seguridad ideológica y de estratégica de dominio entre antiguos y nuevos enemigos. O bien –vayamos más lejos– porque el Estado liberal –capitalismo– y sus valores fundamentales se encuentra en crisis. De tal suerte que pudiera ser similar –si bien bajo otros parámetros, y sin tal deseo– a la experiencia acontecida de la caída del Estado –social comunismo–. En donde finalmente y en el presente siglo los conflictos de lucha territorial y geopolítica promovida por ambos, han provocado inevitablemente atenta-

dos contra los derechos humanos. Evidentemente Rusia desea recuperar pretensiosamente sus antiguas regiones soviéticas, a favor de la recuperación de la ideología comunista de manera autoritaria y dictatorial, empero consecuentemente los Estados Unidos, por desgracia, luchan ambiciosamente por recuperar la hegemonía mundial en el contexto de la doctrina del ‘Realismo Político’ y con el parapeto de una democracia desacreditada incluso en su propia nación, ante las actitudes extremas del partido republicano de los EE.UU., y el dolor de no aceptar que todo imperio tiene su derrocamiento cuando se inclina en detrimento del desarrollo de los Estados menores de manera arrogante. Al parecer, paradójicamente, el líder mundial en la protección del Estado Liberal en el nuevo orden mundial se vislumbra renovado en la Unión Europea, y fuera de ésta en el Reino Unido.

BIBLIOGRAFÍA

- Gaddis, John L., *Nueva historia de la Guerra Fría*. Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- Berend, Ivan, T., *Europa desde 1980*. Fondo de Cultura Económica, México, 1. ed. en español, 2013.
- Paul Kennedy, *The Rise and Fall of the Great Powers: Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000*. Nueva York, Random House, 1987, Fuente retomada de Gaddis John L., *Nueva historia de la Guerra Fría*.

Fuentes de Internet

- Sitio *web* de la ONU: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Sitio *web* de la ONG Internacional “Humanium”. Juntos por los derechos de los niños: <http://www.humanium.org/es/pacto-1966/>

Sitio web del Consejo Europeo:

<http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2016/07/08-09/>

Sitio Web El Mundo:

<http://www.elmundo.es/internacional/2016/07/08/577e94da-46163f1d4d8b459f.html>

Sitio web de divulgación de noticias y opinión socio-política y cultural de Aporrea.org:

<https://www.aporrea.org/tiburon/a28689.html>

Sitio web, Voz multimedia de Alemania: Deutsche Welle (DW):

<http://www.dw.com/es/conferencia-de-seguridad-en-múnich-nuevo-orden-mundial/a-37534950>

LA CRISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO Y EN EL ESTADO DE PUEBLA

Higinio Pérez Pérez¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La situación de los derechos humanos en México, informe de la Comisión Interamericana. 3. Informe de actividades 2015 del Presidente de la CNDH. 4. El respeto a los derechos humanos, en el nuevo sistema de justicia penal, que entró en vigor el 18 de junio de 2016, señala la CNDH. 5. La CNDH informa del no cumplimiento de sus recomendaciones, dirigida a la Autoridades. 6. ¿Cuáles son los derechos humanos? 7. Informe anual de actividades 2015 de la CDH Puebla. 8. Conclusiones. 9. Propuestas. 10. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos informa de la crisis de los derechos humanos, que se vive en nuestro país por su constante violación, como son; las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, la inseguridad ciudadana, la impunidad, la corrupción, la fabricación de los delitos y la simulación de la justicia, la violencia de género. Violaciones que se dan a diario en nuestro país, y como hechos relevantes señala lo sucedido en Chalchihuapan, Tlatlaya, Iguala, Apatzingán, Tanhuato y hoy lo más reciente Nochixtlán. Asimismo, la violencia es constan-

¹ Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP, integrante del Cuerpo Académico Consolidado “Estudios Jurídicos Contemporáneos”.

te, entre los carteles de las drogas, o delincuencia organizada, el robo de autos, de casa habitación, de combustible, etcétera.

Todo esto sucede en nuestro país, y no obstante, que tenemos, instrumentos legales como, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 10 de junio de 1948, en su artículo 1, señala: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. El artículo 3, señala: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Asimismo, el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo tercero señala: “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”.

Con motivo de la reforma de nuestra Constitución Política, al artículo primero, tercer párrafo, en materia de derechos humanos, de fecha 10 de junio del año 2011, a cinco años de su promulgación poco se ha avanzado, toda vez que se siguen ocurriendo las violaciones a los derechos humanos, en los tres niveles de gobierno, Federal, Estatal y Municipal y Organismos descentralizados del Estado, como el Instituto Mexicano del Seguro Social, etcétera.

Por lo tanto, resulta urgente que el Estado y sus Instituciones, así como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las Comisiones estatales, vigilen que los derechos humanos de todos los habitantes de nuestro país no sean violados y se apliquen las sanciones y responsabilidades, que señalan las leyes de la materia, para aquellos servidores públicos que no acaten las Recomendaciones, de estas Instituciones, y se proceda en contra de estos servidores públicos incumplidos, en términos de la Ley. Es necesario

que las leyes que existen para proteger los derechos humanos, de cada uno de los habitantes de nuestro país se cumplan, que no solo existan en el papel. Toda vez que vivimos en un Estado de derecho.

2. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO, INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

Esta comisión procede a rendir un informe después de su visita realizada en nuestro país, y donde señala la constante violación de los Derechos humanos en México.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) publica el informe, relativo a la, “Situación de derechos humanos en México”. La elaboración de este informe se basa en la observación realizada durante la visita, que tuvo lugar del 28 de septiembre al 2 de octubre del año 2015, así como otras visitas de la CIDH y de sus Relatorías Temáticas, en el monitoreo que la Comisión realiza en cumplimiento de su mandato y a través de la utilización de los diversos mecanismos a su alcance, tales como audiencias, procesamiento de medidas cautelares, peticiones y casos.

El informe analiza la grave crisis de derechos humanos que atraviesa México, con particular énfasis en desapariciones y desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, tortura, así como la situación de inseguridad ciudadana, el acceso a la justicia e impunidad. También aborda la situación de los derechos humanos de algunos grupos poblacionales especialmente afectados por la violencia en el país, incluyendo defensores y defensoras de derechos humanos, mujeres, pueblos indígenas, niñas, niños y adolescentes, personas migrantes, personas lesbianas, gays, bisexuales y trans. También se analiza la situación de asesinatos, violencia y amenazas contra periodistas, que ha hecho que México sea considerado como uno de los países más peligrosos del mundo para ejercer el periodismo.

La Comisión valora las importantes reformas constitucionales en materia de derechos humanos que se han introducido en México a partir de 2011. Asimismo, la CIDH reconoce el avance que representa que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) haya reconocido la obligación de todas las autoridades judiciales del país de realizar el control de convencionalidad. Asimismo, la CIDH destaca la decisión de la SCJN que restringe la jurisdicción militar en los casos en que los elementos de las fuerzas armadas cometan violaciones a los derechos humanos contra civiles. Otro avance significativo fue la adopción de la nueva Ley de Amparo publicada en abril de 2013.

En adición a ello, la Comisión Interamericana reconoce la importancia del Mecanismo de Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, aprobado en 2012, e invita al Estado a continuar con los esfuerzos desplegados para su fortalecimiento. Otros avances que la CIDH destaca son la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal, la aprobación de los Protocolos de Investigación en Materia de Desaparición Forzada y de Tortura en agosto de 2015, la creación de la Fiscalía Especializada para la Búsqueda de Personas Desaparecidas, adscrita a la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad de la Procuraduría General de la República y la creación de una Unidad Especializada del Delito de Tortura.

La CIDH reconoce avances significativos en materia constitucional, legislativa e institucional en los últimos años, así como la adopción de importantes políticas públicas en México que han sido elaboradas en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la respuesta estatal sigue siendo insuficiente para enfrentar esta grave crisis de violencia e impunidad. La CIDH ha recibido información alarmante que indica que el 98% de los delitos en México no llegan a tener una sentencia condenatoria.

La violencia se da en gran parte del país, pero afecta de manera diferenciada a ciertas zonas. Asimismo, la violencia está estrechamente relacionada con la presencia de fuerzas militares en las áreas del país de mayor presencia de crimen organizado, narcotráfico y conflictividad.

Durante la visita la CIDH pudo constatar que la desaparición de personas en grandes extensiones del territorio mexicano ha alcanzado niveles críticos. Según el Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas, las personas “no localizadas” en México, al 30 de septiembre de 2015, son 26,798. En agosto de 2014, cifras de la Procuraduría General de la República, arrojaban 22,322 personas “no localizadas”. Las cifras oficiales proporcionadas junto con la información recibida de diversas regiones del país evidencian que las desapariciones son generalizadas en México. Especialmente grave es la información amplia y consistente recibida por la CIDH sobre la existencia de una práctica de desapariciones forzadas, es decir, a manos de agentes del estado o con la participación, aquiescencia, o tolerancia de las mismas. La respuesta estatal a esta situación presenta graves deficiencias.

“La gente tiene miedo de denunciar por las represalias a las que son sometidas las personas que buscan a sus seres queridos. La madre de un desaparecido nos relató que ha recibido amenazas de que le cortarían la lengua y que encontraría en la puerta de su casa los cuerpos de sus otros tres hijos si insistía en la búsqueda”, dijo el Presidente de la CIDH, James Cavallaro, y Relator para México. “Y cuando se animan a denunciar, las investigaciones adolecen de tantos obstáculos que prácticamente ninguna logra esclarecer lo ocurrido. Incluso recibimos testimonios de familiares a quienes funcionarios de las procuradurías estatales les han pedido dinero para adelantar diligencias”.

La CIDH detectó fallas profundas en la búsqueda y graves irregularidades en las investigaciones que se llevan adelante por desapariciones. Especialmente grave es la negligencia de las autoridades estatales y locales en las primeras horas a partir de la desaparición

de la persona, las cuales son claves a fin de encontrarla con vida. En muchos casos, han sido los familiares quienes han asumido la búsqueda de sus seres queridos. En el estado de Guerrero, la delegación de la CIDH acompañó a un grupo de familiares de desaparecidos a un terreno donde ellos mismos encontraron fosas comunes clandestinas con restos humanos. Los testimonios que la CIDH recibió de parte de familiares de personas desaparecidas revelan profundos niveles de desconfianza en las autoridades estatales y locales. En repetidas ocasiones la CIDH escuchó de las víctimas que la justicia en México es una “simulación”, ya sea porque se fabrican culpables o porque las autoridades no aplican la debida diligencia y las actuaciones no producen resultados. La mayoría de los casos de desapariciones están en la impunidad.

En relación con la desaparición de 43 estudiantes de la escuela rural de Ayotzinapa, en los hechos del 26 y 27 de septiembre de 2014, la CIDH nombró, en consulta con el Estado mexicano y organizaciones de la sociedad civil, a un *Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI)* con el fin de ofrecer asistencia técnica en la búsqueda, investigación y no repetición de los hechos. La CIDH reitera su respaldo a los cinco integrantes del GIEI, así como al trabajo que están realizando. Como ya lo ha hecho anteriormente, la CIDH vuelve a expresar que acompaña todos los informes presentados por el GIEI. La Comisión reconoce la disposición del Estado mexicano para el establecimiento del GIEI, y le urge a continuar apoyando el importante trabajo que el grupo realiza. En este sentido, la CIDH insta al Estado mexicano a brindar acceso a los expertos del GIEI a entrevistar a todos los testigos, incluyendo los integrantes del 27 Batallón de Infantería que estuvieron presentes en los hechos ocurridos en Iguala los días 26 y 27 de septiembre de 2014, tal como ha sido solicitado por dicho Grupo. Este grupo interdisciplinario ha concluido su trabajo en nuestro país.

En adición al grave problema de las desapariciones, el informe analiza homicidios y ejecuciones extrajudiciales tales como los hechos ocurridos en Tlatlaya, Estado de México, el 30 de junio de

2014; Apatzingán, estado de Michoacán, el 6 de enero de 2015; y Tlanhuato, estado de Michoacán, el 22 de mayo de 2015, y la prevalencia de la práctica de la tortura. En cuanto a homicidios, cifras hechas públicas por el Poder Ejecutivo el 1 de septiembre de 2015, apuntan a más de 94,000 asesinatos desde el inicio de la actual administración en 2012.

La tasa de homicidios es desde hace años superior a 10 por cada 100,000 habitantes, lo cual corresponde a niveles epidémicos de violencia de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, El Relator Especial de ONU sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias calificó la impunidad en los casos de homicidios como “sistemática y endémica”. Las deficiencias en las investigaciones y la impunidad imperante no permiten establecer con certeza el número de muertes violentas que corresponden a ejecuciones extrajudiciales o al uso excesivo y desproporcionado de la fuerza letal por parte de agentes del Estado.

En relación con la prevalencia de la práctica de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, la CIDH encontró que esto suele ocurrir durante las primeras horas de detención de una persona y antes de que sea presentada ante un juez. El Estado mexicano informó que la PGR contaba, al mes de abril de 2015, con 2,420 investigaciones en trámite sobre tortura, y que existen solo 15 sentencias condenatorias por este delito a nivel federal. La respuesta estatal ante los casos de tortura, al igual que respecto de las desapariciones, los homicidios y las ejecuciones extrajudiciales, es débil e insuficiente.

“La espiral de violencia e impunidad trae consigo graves consecuencias para el Estado de Derecho en el país”, señaló Cavallaro. “El reto del Estado mexicano es cerrar la brecha existente entre su marco normativo y la realidad que experimenta la mayor parte de sus habitantes cuando buscan una justicia pronta y efectiva”, agregó.

El informe contiene recomendaciones de la CIDH al Estado mexicano en las áreas de seguridad ciudadana, desapariciones y

desapariciones forzadas, torturas, ejecuciones extrajudiciales, acceso a la justicia, situación de personas y grupos en situación de particular vulnerabilidad, y acceso a la información. La Comisión Interamericana reitera su compromiso de colaborar con el Estado mexicano en la búsqueda de soluciones a los problemas identificados y en el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el informe.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia.”²

3. INFORME DE ACTIVIDADES 2015, DEL PRESIDENTE DE LA CNDH

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Luis Raúl González Pérez presentó el Informe Anual de Actividades 2015 ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, que preside el diputado José de Jesús Zambrano Grijalva • Es necesario que tomemos en serio los derechos humanos, que son el sustento básico para los cambios que demanda el país • 2016 debe ser el año de la implementación efectiva de la reforma constitucional de 2011 • En 2015 se incrementó en 12% el número de expedientes iniciados por la CNDH y se concluyeron 25.5% más que en 2014. Al presentar el Informe Anual de Actividades 2015 de la Comisión Nacional

² Comunicado de Prensa de fecha 2 de marzo, año 2016, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

de los Derechos Humanos (CNDH) ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, el *Ombudsman* nacional, afirmó que los problemas que enfrentamos en el ámbito de los derechos humanos no podemos asumirlos como parte de una “normalidad” sustentada en la ilegalidad, la injusticia, la violencia y la corrupción. “Es necesario –enfaticó– que tomemos en serio los derechos humanos, que comprendamos que los mismos son el elemento básico para sustentar los cambios que como país demandamos, para lograr un México más justo e incluyente, con un verdadero Estado de Derechos y una institucionalidad fuerte, en donde la corrupción y la impunidad no tienen cabida y todas las personas cuentan con un entorno que les proporciona las condiciones necesarias para su desarrollo pleno”. Habló en el salón “Legisladores de la República” del Palacio Legislativo, ante el diputado José de Jesús Zambrano Grijalva, Presidente de la Mesa Directiva de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión; de la senadora Ivonne Liliana Álvarez y del senador Fernando Yunes Márquez, vicepresidentes, así como de las diputadas Teresa de Jesús Lizárraga Figueroa y Aracely Saucedo Retes, y diputado Carlos Gerardo Hermosillo, secretarios, quienes estuvieron en el presidium. Tras señalar que si 2011 fue el año en que se aprobó la histórica reforma constitucional en materia de derechos humanos, 2016 debe ser el año de la implementación efectiva de la misma por todos los poderes y autoridades de los distintos órdenes de gobierno, de la mano con la sociedad en su conjunto, precisó que el compromiso que las distintas instancias del Estado mexicano han expresado en materia de derechos humanos, debe verse reflejado en acciones concretas, que dejen en claro que realmente se ha asumido como una prioridad. “México, lo he dicho, tiene ante sí una coyuntura crítica en el ámbito de los derechos humanos, que nos ofrece la posibilidad de optar porque se preserve el estado actual de cosas o se asuma un compromiso de cambio que, teniendo como eje el respeto y vigencia de los derechos humanos, fortalezca y consolide nuestro Estado Democrático y Social de Derecho, abatiendo la impunidad, la corrupción, la

simulación y demás vicios y prácticas que debemos desterrar, de una vez por todas, de nuestra realidad como país”. Dijo a los legisladores que la formulación de leyes pertinentes y debidas, así como su aplicación efectiva, no es algo que se pueda o deba negociar, ni puede ser materia de transacción o moneda de cambio entre intereses de ninguna índole. “El Poder Legislativo, tanto a nivel federal como local –agregó–, tiene la capacidad de incidir de manera positiva en el ámbito de los derechos humanos de nuestro país”. “Son asignaturas pendientes, entre otras –explicó–, la emisión de las leyes generales en materia de tortura y desaparición forzada; las leyes reglamentarias de los artículos 29 y 33 Constitucionales; la armonización normativa para que el matrimonio igualitario sea una realidad en todo el país, así como para que los organismos de derechos humanos sean efectivamente autónomos y gocen de los recursos y capacidades necesarias para el desempeño de sus funciones”. El Ombudsman nacional puntualizó que si el Caso Iguala nos indigna y moviliza ante la barbarie generada por la colusión entre algunas autoridades y el crimen organizado, lo ocurrido en Tierra Blanca hace cuestionarnos sobre nuestra capacidad para aprender del pasado y si efectivamente queremos y podemos superar nuestras deficiencias y omisiones. “Es urgente –dijo– replantear las políticas públicas en esta materia y revisar el marco normativo aplicable, para que estas conductas puedan ser prevenidas o, en su caso, denunciadas, investigadas y sancionadas debidamente”. Señaló que casos como los de Chalchihuapan, Tlatlaya, Iguala, Apatzingán o Tanhuato, han modificado la percepción general e histórica de los derechos humanos en nuestro país, poniendo a prueba a las Instituciones, incluida a la CNDH, la cual ha atendido todos estos casos desde sus primeros momentos y lo continúa haciendo. Preciso que son casos complejos cuyo esclarecimiento exige trascender el nivel de la mera denuncia, para llegar a resoluciones claras, objetivas e integrales que estén sustentadas en elementos concretos que se desprendan de una investigación científica e integral de los hechos. En relación con el caso Iguala, puntualizó que para la CNDH el

“Caso Iguala” es un expediente abierto, cuya investigación realiza en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en la cual, es preciso que en sus aspectos técnicos más complejos y controvertidos, sea la ciencia la que guíe la investigación sobre la desaparición de los estudiantes normalistas. Al hacer un diagnóstico de la situación de los derechos humanos en el país, dijo que a casi 100 años de promulgado nuestro texto Constitucional y poco más de cuatro años de que se realizó la reforma de 2011 en la materia, es inaceptable que los derechos humanos aún sean para muchas personas una mera construcción doctrinal o teórica que no encuentra un reflejo objetivo en su vida diaria y que también la estabilidad y vigencia de nuestras instituciones se cuestione y ponga en riesgo por la existencia de violaciones graves a derechos humanos, las cuales hablan de un entramado de impunidad, corrupción y de falta de aplicación de las normas, frente al cual no hemos tenido la capacidad de actuar con la pertinencia y oportunidad que serían necesarias. Mencionó que durante 2015 la CNDH inició el trámite de 27,867 nuevos expedientes, de los cuales 9,980 correspondieron a quejas propiamente dichas, 8,252 fueron orientaciones directas, 9,003 remisiones y 632 inconformidades, lo cual representó un incremento del 12% respecto del año anterior. Por otra parte, precisó, que durante el 2015 se concluyó un total de 28,634 expedientes, lo cual representa poco más del 25.5% de lo que se concluyó el año anterior, es decir, cerca de seis mil expedientes resueltos más que en el periodo previo. En materia de quejas, las autoridades que fueron señaladas con mayor recurrencia como presuntamente responsables de una violación a derechos humanos en los escritos de queja fueron: el IMSS, en 2,185 casos; el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación, 1,308; la Policía Federal, 783; la PGR, 761; el ISSSTE, 705; el Instituto Nacional de Migración, 688; la SEDENA, 620; la SEP, 548; la SEMAR, 373; y la CFE, 316. Las entidades federativas en las que se reportó con mayor frecuencia la comisión de algún hecho presuntamente violatorio a derechos humanos, fueron el Dis-

trito Federal, en 2,350 casos; Estado de México, 791; Tamaulipas, 613; Veracruz, 468; Sonora, 442; Chiapas, 405; Jalisco, 354; Oaxaca, 349; Nayarit, 302, y Michoacán 299. Las presuntas violaciones a derechos humanos que se denunciaron con mayor frecuencia durante el 2015, fueron prestación indebida del servicio público, en 3,152 casos; faltar a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia en el desempeño de las funciones, 1,871; omitir proporcionar atención médica, 1,697; detención arbitraria, 879; trato cruel, inhumano o degradante, 663; acciones u omisiones que trasgreden los derechos de los migrantes, 602; negligencia médica, 490; omitir fundar el acto de autoridad, 481; omitir motivar el acto de autoridad, 452, y prestar indebidamente el servicio de educación, 431. Durante 2015 la CNDH emitió 60 Recomendaciones –una de ellas por violaciones graves a derechos humanos por los hechos ocurridos en Apatzingán–, dirigidas a 42 autoridades, entre las cuales destacan el IMSS, señalado en 13 recomendaciones; la Comisión Nacional de Seguridad en 7; así como el Gobierno del Estado de Chiapas, el ISSSTE, el Instituto Nacional de Migración, y la PGR, cada una de ellas con tres recomendaciones. También, señaló que los derechos humanos violentados, así como las materias sobre las cuales versaron las recomendaciones fueron diversas, desde casos de ejecución extrajudicial, desaparición forzada, tortura, uso excesivo de la fuerza, violencia obstétrica, indebida prestación de servicios médicos, detenciones ilegales, ataques a la libertad de expresión y afectaciones a los derechos de las personas en contexto de migración, hasta el derecho a la consulta libre e informada de los pueblos indígenas, el daño o menoscabo al patrimonio cultural de la Nación, cuestiones vinculadas al medio ambiente, así como al nivel de vida y desarrollo de las personas. Puntualizó que hay temas que demandan acciones urgentes y respecto de los cuales aún no hemos dado la respuesta que los hechos nos reclaman, tales como la desaparición forzada y la tortura. Destacó que, que en el ámbito de la CNDH, durante 2015 se registraron 327 expedientes en los que se reportó la desaparición de 423 personas. De este conjunto, en 11

casos se advirtieron elementos suficientes para tramitarse como expedientes en los que existiría una presunta desaparición forzada de personas. En cuanto a los lugares en que se señaló la desaparición de personas, Guerrero fue el estado del cual se recibió el mayor número de reportes, seguido de Coahuila, Tamaulipas y Veracruz. En cuanto al propio informe de actividades, señaló que con el ánimo de abonar a la sustentabilidad, la economía de recursos y la transparencia, por vez primera se privilegió el formato electrónico, habiéndose impreso únicamente un resumen ejecutivo, al cual se acompaña una memoria USB con la información relativa la actividad institucional, en una plataforma que, con el auxilio de herramientas interactivas, permitirá una consulta más ágil, integral y personalizada del trabajo de la CNDH en el periodo que se reporta.³

4. EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS, EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, QUE ENTRÓ EN VIGOR EL 18 DE JUNIO DE 2016, SEÑALA LA CNDH

El respeto a los derechos humanos representa un pilar fundamental del nuevo sistema, el acceso de las víctimas a mecanismos alternos de solución de controversias que permitirán que en términos breves les sea reparado el daño que les haya sido causado. La CNDH lleva a cabo programas de actualización y capacitación de su personal que le permitirá velar de manera eficiente por el pleno respeto de los derechos humanos durante el desahogo de las diversas etapas del procedimiento penal. Este 18 de junio de 2016, se cumple el término de *vacatio legis* dispuesto en la reforma constitucional que dio sustento al Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP) en México, que ya entro plenamente en operación en toda la República mexicana. Este modelo representa un cambio de pa-

³ Comunicado de prensa de 27 de enero del año 2016, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

radigma, sin precedentes en la historia jurídico-penal del país. En consideración de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el sistema acusatorio deberá otorgar plena vigencia a los derechos fundamentales tanto de las víctimas u ofendidos del delito, como de los propios imputados a quienes se atribuya su comisión. Para este Organismo Nacional, la capacitación oportuna y adecuada de todos aquellos servidores públicos en quienes recaiga la responsabilidad de la implementación y operación de este nuevo procedimiento, se presenta como una necesidad impostergable y de enorme trascendencia; así también deben dejarse atrás vicios e inercias que marcaron el procedimiento anterior, y que en buena medida fueron causa de esta transformación. El procedimiento penal mexicano que entró en vigor debe ser más transparente, confiable, ágil y sujeto en todo momento al escrutinio público; magistrados, jueces, agentes del ministerio público, defensores, asesores jurídicos, peritos, oficiales de policía y en general todas aquellas personas que con uno u otro carácter intervengan en el proceso estarán expuestos a la observación de la sociedad, a través de audiencias públicas y orales, lo cual sin duda abona para la transparencia y confiabilidad de su desahogo. El respeto a los derechos humanos representa un pilar fundamental del modelo acusatorio y adversarial, el acceso de las víctimas a mecanismos alternos de solución de controversias que permitirán que en términos breves le sea reparado el daño que les haya sido causado, su derecho a ser asistidos y representados por un asesor jurídico, a combatir procesalmente en igualdad de condiciones que la defensa, son solo algunos ejemplos de esta transformación. Por su parte, las personas a quienes se atribuye la comisión de un delito tendrán oportunidad de defenderse eficazmente desde la etapa de investigación, asistidas en todos los casos por un abogado cuyo desempeño será permanentemente vigilado por el juzgador, a fin de evitar condenas sustentadas solo en una defensa deficiente; operará en su favor una presunción de inocencia que obligará al ministerio público a probar su acusación y en general las pruebas de las partes tendrán que desahogar

se ante la presencia del juez para que tengan mérito probatorio. Acorde a estos tiempos de transformación, la CNDH lleva a cabo programas de actualización y capacitación de su personal que le permitirá velar de manera eficiente por el pleno respeto de los derechos humanos durante el desahogo de las diversas etapas del procedimiento penal que entro en operación. Debemos tener claro y enfatizar que ningún sistema jurídico, por bueno o eficiente que su diseño sea, es capaz por sí mismo de resolver los problemas que aquejan a la sociedad, el verdadero éxito de esta transformación dependerá de los operadores de este modelo. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos convoca a todos los operadores del NSJP, a que realicen su máximo esfuerzo para que este modelo funcione en beneficio del país. A nadie conviene su fracaso, el riesgo es alto pero la oportunidad de mejorar y hacer más eficiente la justicia penal en México es aún mayor, es nuestra responsabilidad aprovecharla.⁴

5. LA CNDH INFORMA DEL NO CUMPLIMIENTO DE SUS RECOMENDACIONES DIRIGIDA A LAS AUTORIDADES

Incumplir con las recomendaciones revictimiza: señala CNDH

El Ombudsman nacional también consideró que no cumplir con las recomendaciones del organismo que encabeza incide en el aumento de la impunidad y debilita el Estado de derecho.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) advirtió que el incumplimiento de las recomendaciones dirigidas a las autoridades por violaciones a los derechos humanos, al ser incumplidas, constituye una nueva violación a los mismos.

⁴ Comunicado de prensa de 17 de junio del año 2016, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

“La simulación, omisión, parcialidad y falta de apego a la ley en el cumplimiento de las recomendaciones, es igual de grave que la negativa a aceptar las mismas”, aseguró.

Durante la presentación del “Informe especial sobre las recomendaciones en trámite dirigidas a las autoridades federales, estatales y municipales”, dijo que con el incumplimiento además se revictimiza a quienes fueron objeto de las violaciones, lo que genera una conducta que incide en el aumento de la impunidad y debilita el Estado de derecho.

De acuerdo con el documento, las autoridades que más han recibido recomendaciones de la CNDH desde 1990 son la PGR, con 222; el IMSS, con 146; la Sedena, con 123, y los poderes ejecutivos de Oaxaca y Chiapas con 104 y 105 respectivamente.

Mientras que las que tienen mayor número de recomendaciones en trámite al 15 de marzo del presente año son la Comisión Nacional de Seguridad (CNS), con 46; el IMSS, con 29; la PGR, con 23; la Sedena, con 15, y el gobierno de Guerrero, con 14.

Luis Raúl González Pérez, dio a conocer que los estados que más han recibido recomendaciones de 1990 a marzo del presente año son Guerrero, con 136; Oaxaca, con 134; Chiapas, con 127; el Distrito Federal, con 100, y Veracruz, con 93.

Mientras que en los municipios que más, han recibido son Oaxaca, con 44; Guerrero, con 39; Veracruz, con 29; Chihuahua, con 21, y 19 para Puebla.⁵

Informe de CNDH en el estado de Puebla, ocupa el sexto lugar a nivel nacional en recomendaciones

Puebla ocupa el sexto lugar a nivel nacional con el mayor número de recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en contra de autoridades municipales, en el perio-

⁵ Informe sobre recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de fecha 8 de junio año 2016. Periódico *El Economista*.

do 1990-2016, según el Informe Especial sobre las Recomendaciones en Trámite dirigidas a las Autoridades Federales, Estatales y Municipales, presentado por el organismo.

Desde 1990 a la fecha de corte, la CNDH, ha emitido un total de 309 recomendaciones en las que están involucradas 345 autoridades a nivel municipal de las entidades federativas, y de las cuales 44 corresponden a funcionarios de ayuntamientos en Oaxaca, 39 a servidores públicos comunales de Guerrero y 29 de Veracruz. Chihuahua tiene 21 recomendaciones, Morelos y Puebla 19 cada una. Un total de 102 autoridades han sido recomendadas por la CNDH a Puebla desde 1990 a la fecha, de las cuales 100 han sido concluidas y dos se encuentran en trámite.

De las concluidas, 66 fueron dirigidas al gobernador, 15 a diferentes autoridades legislativas, de justicia y de derechos humanos del estado y 19 a varios Ayuntamientos de la entidad.

Recomendaciones incumplidas

Justo en un mes se cumplirán dos años de que el gobierno del estado reprimió al pueblo de San Bernardino Chalchihuapan, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, dio a conocer que la Administración Estatal no ha cumplido con la recomendación por violaciones graves que le hizo, debido a ese caso. El pasado 23 de marzo, en pleno periodo electoral y a dos años de distancia de los hechos violentos, el Gobierno del Estado pidió disculpas públicas a 13 pobladores de la comunidad indígena de San Bernardino Chalchihuapan, y en especial a la señora Elia Tamayo Montes por el asesinato de su hijo José Luis Tehuatlie Tamayo, la cual fue rechazada por la mujer, así como el pago que cubre la reparación del daño. Elia Tamayo señala que rechazó la disculpa por no ser suficiente, y que tampoco recibirá el pago que ofrece el Gobierno estatal para resarcir el daño por el asesinato de su hijo. Para indemnizar a las víctimas, se creó un fideicomiso público donde se destinaron 4 mi-

lones de pesos para los 13 agraviados, aunque la mayoría no aceptó el dinero.⁶

6. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES?

Los derechos humanos son todos aquellos básicos derechos y libertades. Todos tenemos derechos humanos para vivir con dignidad. Los derechos humanos exhortan el reconocimiento y la atención por la dignidad propia, el reconocimiento de los valores y la base legal para ratificar que estamos protegidos antes la injusticia que atenten contra nuestra dignidad. Los derechos humanos ofrecen oportunidades para lograr nuestro mayor potencial sin miedo a la discriminación.

Los derechos humanos incluyen:

- El derecho a la libertad de reunión.
- El derecho a la propiedad.
- El derecho a la libertad de expresión.
- El derecho a una alimentación adecuada, vivienda, agua y saneamiento.
- El derecho a la privacidad.
- El derecho de voto.
- El derecho a la libertad de religión.
- El derecho a un nivel de vida adecuado.
- El derecho a la educación.
- Los derechos en el trabajo.
- El derecho a la vida.
- El derecho a la integridad física, psíquica y moral.
- El derecho a la libertad personal.
- El derecho de petición ante las autoridades.

⁶ Informe sobre recomendaciones incumplidas para Puebla, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. De fecha 9 de junio de 2016. Periódico *La Jornada de Oriente*.

- El derecho a la protección de la libertad de conciencia y de religión.
- El derecho a la identidad y la nacionalidad.
- El derecho a circular y residir en el territorio de un Estado.

¿De dónde provienen los Derechos Humanos?

Sin importar el lugar, nacionalidad, sexo, raza, edad, religión, o preferencias, los derechos humanos son parte esencial de cualquier persona. Los derechos humanos modernos se firmaron en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, donde fueron resumidos en 30 artículos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y a través del tiempo se han adaptado a tratados internacionales y leyes locales.

¿Qué son los derechos humanos?

Cada persona en el planeta por el hecho de su condición como ser humano al momento de su concepción se le otorga derechos humanos y libertades que son inherentes sin importar; su origen étnico, su color de piel, género, edad, clase social, opinión política, religión, orientación sexual, lengua, lugar de residencia, ascendencia familiar, entre otras condiciones, el fin de los derechos es proporcionarle a todos los hombre y mujeres una vida digna e integrarse en la sociedad para su propia satisfacción y realización, lo cual generará a su vez una sociedad más consiente que respeta a todos por igual.

En su concepto literal, podemos decir que los derechos humanos son todas aquellas facultades que le permiten a la persona su realización, tiene orígenes muy amplios y conceptos distintos, pero todo llega a un solo mensaje que es el respeto a la libertad de los individuos, en la antigüedad ya se manejaban en algunas culturas el respeto y libertad de las personas, se tiene registro de la Carta de Manden, un documento donde se constituye el Imperio Malí,

y se describe las reglas generales de convivencia para evitar conflictos y guerras, garantizando la convivencia en armonía.

Luego de los vejámenes y horrores que dejó la Segunda Guerra Mundial, se constituyó en 1945 la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y en 1948, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, quedó registrada en la resolución 217 A (III), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reuniendo los derechos fundamentales para una vida digna, a partir de ahí se ha realizado diferentes tratados, garantizando los derechos universales y libertades de las personas.

Desde el derecho a la vida, a la educación, al trabajo, a la libre locomoción, hasta el derecho de la propiedad privada, por mencionar algunos. Se han dividido en grupos como Derechos civiles, políticos financieros, sociales y culturales, demandando cada vez más notoriedad y volviéndose indispensable para la convivencia en sociedad, evolucionando con el tiempo y a medida de experiencias donde las violaciones a los derechos humanos son indignantes motiva el cambio y nuevos estatutos que garantice el respeto de los mismos y asegurándonos que no vuelva a suceder.

A raíz de esos nuevos hechos, en el 2007 es aprobada la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, que se desarrolló en Barcelona en el 2004 por miembros de la sociedad civil en el Foro Universal de las Culturas, donde se deja claro, una actualización, y complementación de la Asamblea de 1948, resaltando el respeto a la dignidad de los hombres y mujeres, reafirmando la justicia, la libertad, la solidaridad y sobre todo la igualdad.

¿Qué son los derechos humanos y cuál es su importancia?

¿Cuáles son los derechos humanos? Los derechos humanos son todas aquellas garantías que protegen la individualidad propia de cada persona, en busca de la no discriminación y la no distinción entre sexos, razas, etnias, religiones, color y demás aspectos sociales y culturales derivados de la diversidad de cada región del mundo.

Una de las premisas básicas de los derechos humanos, es su carácter universal e inalienable, lo que significa que los derechos de las personas serán respetados en cualquier lugar en que se encuentren, además de esto sus garantías de libertad no deberán violarse salvo algunas circunstancias específicas en las cuales la persona deba someterse a las leyes penales.

Los Derechos Humanos tienen también carácter interdependiente; con esto se manifiesta que todos los derechos deben ser protegidos de manera igualitaria y que la protección de unos, facilita la garantía de otros, por lo que para ofrecer una mejor protección a las personas, en ningún momento deberán separarse unos derechos de otros.

Proteger los Derechos Humanos busca principalmente una condición igualitaria y de no discriminación para todos los habitantes del mundo, de manera que se puede lograr una convivencia armónica entre los seres humanos, por medio del respeto y la libertad.

Aunque se hable principalmente de derechos, estos también representan obligaciones para cada región del mundo, quienes deben velar por el respeto y la aplicación de los pactos internacionales de protección a las personas de los cuales sean parte.⁷

7. INFORME ANUAL DE ACTIVIDADES 2015 DE LA CDH PUEBLA

Quejas resueltas

En este periodo que informa la CDH Puebla de 1,335 Quejas por presuntas violaciones a los Derechos Humanos, principalmente por las siguientes causas: 345 fueron resueltas durante el trámite, 357 fueron resueltas por falta de interés de los quejosos o agraviados,

⁷ Disponible en: www.cualessonlosderechoshumanos.com

260 por no haber sido ratificadas, 172 por no contar con elementos suficientes para acreditar violaciones a los Derechos Humanos, 87 por desistimiento expreso, 26 por haberse determinado la emisión de una recomendación, 30 resueltas por vía de conciliación con las autoridades señaladas como responsable y las peticionarias, 23 por acumulación.

Recomendaciones

En este año que se informa, la CDH Puebla, determinó la emisión de 26 Recomendaciones para garantizar la restitución de las violaciones a los derechos humanos cometidas, las cuales fueron dirigidas a autoridades de los siguientes ámbitos: 21 en el ámbito municipal y seis en ámbito estatal.

Conciliaciones

En este año que se informa, se emitieron 30 conciliaciones por violación a los derechos humanos en los siguientes ámbitos: 25 en el municipal y siete en el estatal.

En relación al estatus que guardan las 26 recomendaciones emitidas durante el año 2015, se logró el cumplimiento de nueve documentos recomendatorios, quedado en fase de tramitación 17 recomendaciones.⁸

8. CONCLUSIONES

Del informe que rinde a nuestro país, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se desprende que la violación a los derechos humanos es una constante; por lo tanto el Estado mexicano se encuentra ante un descredito Internacional, y es una situación

⁸ Informe anual de actividades año 2015 de la CDH Puebla.

preocupante para el Estado, porque no está cumpliendo con su función, la de velar por los derechos humanos de cada uno de sus habitantes que forman parte de nuestro país. No obstante, las reformas realizadas a nuestra Constitución Política en materia de derechos humanos y contar con organismos autónomos a nivel nacional y estatal en la materia, y con la entrada en vigor del nuevo sistema penal adversarial.

Por otra parte, del informe que rinde la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por conducto de su presidente, como organismo autónomo, se desprende que su trabajo como protector de los derechos humanos es insuficiente, es precario, es necesario que haya más rapidez en el cumplimiento de las recomendaciones que emita con motivo de las quejas que se presentan ante ella, por violación a sus derechos de las personas ofendidas, por las diversas instituciones públicas del Estado, es necesario que se respeten los términos y plazos que señalan las leyes de la materia. Y cuando no se cumplan las recomendaciones proceder a fincar las responsabilidades en los términos de la Ley. Y en esta misma situación se encuentran las Comisiones Estatales de Derechos Humanos. Asimismo, los servidores públicos que no estén cumpliendo con las funciones que las leyes señalan, se inicie en su contra los procedimientos de responsabilidades a que haya lugar.

Por lo tanto una de las obligaciones de todos los mexicanos, es contribuir a los gastos públicos, tal como lo señala el artículo 31 fracción IV, de nuestra Constitución Política, pero el Estado tiene la obligación de prestar los servicios públicos que le señalan las leyes, y dentro de esos servicios públicos, se encuentra la seguridad pública, que tiene que proporcionar a toda la población y cuidar de la vida y los derechos humanos, de cada uno de sus habitantes y nunca atentar en contra de la población, utilizando a las Instituciones responsables de la seguridad pública, para violar los derechos humanos de las personas, toda vez que el salario que perciben los funcionarios públicos, proviene del pago de las contribuciones que enteran cada uno de los integrantes de la comunidad y sin

olvidar lo que señala el artículo 39 de nuestra Constitución Política, la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

9. PROPUESTAS

1. Que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, realice una mayor difusión en los medios masivos de comunicación, de lo que son los derechos humanos y cómo defenderlos ante las diversas instancias de gobierno.
2. Que el Estado vigile que se cumplan las leyes y los protocolos de actuación de la Gendarmería, de la Policía Federal y de la Policía Estatal, y también deben observarse los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Toda vez que en la práctica, muchas veces no se observan, y hoy en día los responsables de las violaciones de los derechos humanos, muchas veces no rinden cuentas.
3. Que el Estado diseñe políticas públicas con la finalidad de erradicar la corrupción e impunidad que prevalece en las Instituciones Públicas, donde constantemente se violan los derechos humanos, y sancionar a los responsables toda vez que vivimos en un Estado de Derecho.
4. Que el Estado proporcione el presupuesto necesario, a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a fin de que pueda cumplir con eficiencia y eficacia la defensa de los derechos humanos, asimismo respetar su autonomía. Situación similar debe suceder, con las Comisiones Estatales de los Derechos Humanos, existentes en nuestro país.
5. Que el Estado diseñe políticas públicas para la prevención a la violación de los derechos humanos de todos los habitantes, de

nuestro país, y creación de leyes dirigidas a los jóvenes para evitar su discriminación y violación a sus derechos humanos.

10. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948.

Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO A 100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

Luis Gerardo Samaniego Santamaría¹

RESUMEN

La Constitución mexicana de 1917 contempló, desde su promulgación, en el artículo 133 el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad –ahora convencionalidad–, sin embargo, su aplicación ha variado significativamente a lo largo de un siglo a través de la evolución jurisprudencial del máximo tribunal de nuestro país desde una exégesis literal, pasando a una interpretación de restricción absoluta de su ejercicio a cargo de los jueces ordinarios, hasta su reciente admisión y su posterior modulación. A lo largo de un siglo de vigencia de la Constitución mexicana de 1917, la defensa de los derechos humanos continúa moldeándose no solo en su sistema de control constitucional, sino también en su articulación.

En el centenario de la Constitución del 17, resulta oportuno reflexionar sobre la evolución que ha tenido el control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad en nuestro país y los grandes retos que representa en el futuro la articulación de su ejercicio en la defensa de los derechos humanos y en la construcción interpretativa a cargo de los jueces nacionales y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Profesor-Investigador de Carrera de la Universidad de Quintana Roo, México. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Capítulo México-Quintana Roo. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-CONACYT).

INTRODUCCIÓN

En el centenario de la Constitución mexicana de 1917, resulta importante reflexionar sobre los grandes aportes que su texto nos ha otorgado para la construcción y fortalecimiento del Estado constitucional y democrático de derecho. Su vigencia ha permitido sentar las bases de las instituciones democráticas de nuestro país. Como es de sobra conocido, la Constitución mexicana tiene como nota característica no solo el ser una de las Constituciones más longevas en la actualidad, sino también por haber sido la primera Constitución en el mundo en haber reconocido los derechos de tipo social, producto de las demandas sociales de la Revolución Mexicana iniciada en 1910, cuyos ideales se cristalizaron en el texto aprobado por el constituyente de Querétaro y publicada el 5 de febrero de 1917, por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, el General Venustiano Carranza.² En la actualidad el texto fundamental mexicano si bien ha sido el reflejo de luchas sociales y de la suma de los factores reales de poder traducidos en el pacto social de los mexicanos a lo largo de un siglo, también se ha venido transformando en un texto que poco se parece al aprobado originalmente, producto de las aproximadamente setecientas reformas que ha sufrido a través de los doscientos veintinueve decretos aprobados por el Poder de Reforma (Congreso de la Unión y Legislaturas de los Estados), lo que la ha convertido actualmente en una Constitución tres veces más extensa que el texto original y mucho más desordenada con contenidos de corte muy reglamentarios y a veces contradictorios (Fierro y Valadés, 2015).³

² El texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, tomo V, 4a. época, núm. 30, lunes 5 de febrero de 1917, pp. 149-161.

³ Héctor Fix Fierro y Diego Valadés (coords). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto reordenado y consolidado (anteproyecto) y la Ley de Desarrollo Constitucional*. México, IIJ-UNAM-IIDC-Cámara de Diputados-Cámara de Senadores, 2015.

No obstante, las múltiples reformas que ha sufrido la Constitución del 17, uno de los principios básicos que se mantienen como parte de nuestra tradición constitucional, es sin duda el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos humanos, los cuales se extienden a los contenidos en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano, y por supuesto los mecanismos de defensa para hacerlos efectivos.

Nuestro país adoptó en la Constitución del 17 un sistema mixto o híbrido de control constitucional, al encomendarle el control constitucional al poder judicial de la federación a través de diversos medios de control constitucional y a los jueces de los estados cuya obligación es preferir la norma constitucional federal sobre las disposiciones en contrario previstas en las leyes y constituciones de los estados. No obstante de existir una disposición expresa en la Constitución del 17, durante gran parte de su vigencia en el siglo pasado e inicios del presente, el ejercicio del control constitucional se fue monopolizando por el Poder Judicial Federal a través de sus jurisprudencias obligatorias, prohibiendo a los jueces ordinarios realizar control difuso de la constitucionalidad o convencionalidad respecto de las leyes de los estados aplicables a cada caso concreto.

En la actualidad, las reformas ocurridas en 2011 y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla Pacheco* replantearon jurisprudencialmente el sistema de control constitucional en México, ya que además del complejo sistema de control constitucional a cargo del Poder Judicial Federal, se adoptó “nuevamente” el control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad a cargo de todos los jueces y tribunales del país. Desde su incorporación, los jueces nacionales han venido realizando una construcción interpretativa muy amplia, la cual no ha venido exenta de omisiones, contradicciones o resistencias. En el diálogo jurisprudencial sostenido entre los jueces nacionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y a su vez ésta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han presentado diversos acuerdos y resistencias propios de cualquier diálogo. En

la actualidad la evolución interpretativa del control difuso de constitucionalidad-convencionalidad nos dan una muestra clara de los grandes avances y retrocesos que hemos tenido a lo largo de un siglo de vigencia constitucional y a su vez los grandes retos que representa el ejercicio del citado control para la defensa efectiva de los derechos humanos. Por ello, en el marco del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta oportuno reflexionar sobre uno de los temas que más ha cobrado vigencia en los últimos años en la defensa de los derechos humanos como lo es el denominado “control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad”.

I. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO EN MÉXICO

El control constitucional difuso no es un tema nuevo en el constitucionalismo mexicano⁴ ya que si bien la Constitución de 1824 no señaló nada al respecto, la Constitución de 1857 ya lo contemplaba en su artículo 126, mismo que aunque no fue incluido en el proyecto original enviado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente,⁵ posteriormente fue incorporado en el transcurso de los debates ocurridos entre 1916-1917 por la Comisión de Constitución, para aprobarse y pasar prácticamente inalterado su texto en el artículo 133 de la vigente Constitución de 1917, que entre otras cosas contempla la supremacía de la Constitución federal, las Leyes que de ella emanen y Tratados firmados por el Presidente de la República con aprobación del Senado;⁶ y el ejercicio del control constitucional-convencional difuso que autoriza a los jueces a ob-

⁴ Rafael Jiménez Asensio. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 31 y 32.

⁵ *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*. México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, t. XII, 2000, pp. 1192 y 1193.

⁶ Jorge Carpizo, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año II, núm. 4, 1969, pp. 7 y 8.

servar la Constitución Federal, Leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Leyes y Constituciones de los Estados.⁷ Cabe destacar que el citado artículo 126 de la Constitución de 1857 y el 133 de la Constitución de 1917, tuvo una fuerte inspiración –casi idéntica, en el contenido del artículo VI. 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.⁸

El artículo 133 fue aprobado por unanimidad de 154 votos en la sesión número 62 de la asamblea constituyente, celebrada el 25 de enero de 1917, con el siguiente texto:

[...] Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y de todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados [...].⁹

II. LA REFORMA DE 1934

A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1917, dicho artículo solamente ha sufrido en cien años una reforma ocurrida el 18 de enero de 1934,¹⁰ en el sentido de que los tratados internacionales para ser ley suprema deberán estar conforme a la Constitución y que aquellos celebrados por el Presidente de la República

⁷ Ver: Rubén Antonio Sánchez Gil, “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la Tesis P/J 38/2002”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2004, pp. 199-229.

⁸ El artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, establece: “[...] Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado [...]”.

⁹ Ver: *Diario de los Debates* del Congreso Constituyente 1916-1917 en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD_Constituyente.pdf

¹⁰ *Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1934, pp. 206-208.

deberán ser ratificados únicamente por la Cámara de Senadores y ya no por el Congreso, tal y como lo contemplaba el texto aprobado en 1917. Lo anterior, ya que el texto del artículo 133 fue transcrito literalmente de la Constitución de 1857, que contemplaba un sistema unicameral hasta 1875.

III. EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

A lo largo de la vigencia de nuestro texto constitucional, la interpretación del artículo 133 por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), respecto del ejercicio del control constitucional difuso ha variado desde una perspectiva amplia a una restringida. Cabe destacar que aunque para efectos del presente trabajo se ha clasificado en dos periodos, lo cierto es que en la primera etapa de la vigencia constitucional del artículo 133 existieron visiones muy contradictorias respecto del ejercicio del control constitucional difuso.

A) Período visión amplia

En los primeros años de vigencia del artículo 133, la SCJN al interpretar de manera literal el citado artículo constitucional, fijó una postura amplia y a favor del ejercicio del control constitucional difuso por parte de los jueces del país, tal y como se observa en el Amparo penal en revisión 2814/24, resuelto en el año 1926 en donde la SCJN estableció una tesis bajo el rubro: “CONSTITUCIÓN FEDERAL”, señalando que aún cuando los Estados tienen la libertad para legislar en lo que concierne a su régimen interior, en ningún caso pueden contravenir las estipulaciones del Pacto Federal y los jueces de cada Estado se arreglarán a la Constitución Federal, leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, a pesar de las disposiciones en contrario

que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.¹¹ Asimismo, la SCJN al resolver en el año 1935, el Amparo en revisión en materia del trabajo 5172/35, estableció la tesis de jurisprudencia bajo el rubro: “LEYES, FACULTAD DE LAS AUTORIDADES PARA DECLARARLAS ANTICONSTITUCIONALES, CUARTA SALA”,¹² donde señaló que tratándose de disposiciones manifiestamente contrarias a la Constitución federal, las autoridades comunes deberán abstenerse de aplicarlas.

Posteriormente en el año 1942, la SCJN al resolver el Amparo administrativo en revisión 1908/41, estableció la tesis: “CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA EXAMINARLA Y ESTATUIR SOBRE ELLAS. SEGUNDA SALA”,¹³ estableciendo que las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación al resolver las cuestiones de su competencia pueden decidir conforme al artículo 133 de la Carta Magna, si la ley que apoya los actos impugnados es o no constitucional, ya que ningún ordenamiento secundario y ningún acto de autoridad, pueden prevalecer contra la Constitución.

Asimismo, en la doctrina constitucional mexicana desde los años cuarenta podemos encontrar posturas a favor del control constitucional difuso en México derivado del artículo 133. Martínez Báez consideraba que: “[...] la esencia misma de la actividad jurisdiccional estriba en la función definidora del derecho aplicable al caso concreto, luego todo juez y en todo proceso aplicará la norma que juzgue adecuada y en el lance de que ese precepto resulte anticonstitucional no lo debe cumplir, pues debe dar preferencia, primacía y prioridad a la ley fundamental. Para que los jueces locales no pudieran examinar la constitucionalidad de una ley, necesario sería texto expreso al respecto, pero no solo no existe, sino que en-

¹¹ Tesis aislada 282436, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIX, 5a. época, 20 de julio de 1926, p. 117.

¹² Tesis aislada, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLVI, 5a. época, 5 de noviembre de 1935, p. 2966.

¹³ Tesis aislada, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLXXII, 5a. época, 27 de abril de 1942, p. 2570.

contramos disposición que obliga al juez local a respetar la Constitución y no aplicar leyes que la contraríen o que se le opongan. Si se le negare al juez local la facultad para realizar dicha valoración, se le estaría negando algo que va contra la función misma de juzgar, se desvirtuaría la labor de quienes forman parte de la voz viva del derecho. Y la unidad de la interpretación constitucional no se afecta, porque la exposición del juez local es susceptible de reclamarse ante la justicia federal mediante el juicio de amparo”.¹⁴

B) Periodo visión restringida

Con el paso de los años la postura restrictiva de la SCJN fue fortaleciéndose poco a poco al grado de prohibirles a los jueces ordinarios realizar control constitucional difuso. De esta forma, la Tercera Sala de la SCJN al resolver en el año 1960 el Amparo Directo 6098/55, estableció la tesis bajo el rubro: “CONSTITUCIÓN. SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTROVERTIDA POR UNA LEY ORDINARIA”,¹⁵ señalando que si bien es verdad que las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, sí están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal, en acatamiento del principio de supremacía que estatuye el artículo 133 de la propia Carta Magna cuando el precepto de la ley ordinaria contraviene directamente y de modo manifiesto, una disposición expresa del pacto federal.

Esta tendencia interpretativa de la SCJN respecto de la restricción del ejercicio del control constitucional difuso, por parte de los jueces nacionales, se fortaleció en 1968 al resolver el Amparo Di-

¹⁴ Antonio Martínez Báez, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo IV, 15, 1942, pp. 245-248.

¹⁵ Tesis aislada, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. LX, 22 de febrero de 1960, p. 177.

recto 1355/67, monopolizando completamente el ejercicio del control constitucional por parte del Poder Judicial Federal, al considerar que solo este Poder estaba facultado para hacer declaratorias de inconstitucionalidad, tal y como se observa de la tesis bajo el rubro: “CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN”,¹⁶ bajo el argumento que no existía jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que impusiera a la autoridad judicial común, por aplicación literal del artículo 133 constitucional, la obligación de calificar la constitucionalidad de las leyes que norman el contenido de sus resoluciones; si bien es cierto que ocasionalmente se había llegado a sustentarse tal tesis, la mayoría de los precedentes se orientaban en el sentido de considerar que sólo el Poder Judicial de la Federación podía calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo.

Con esta visión que restrictiva del contenido del artículo 133, la SCJN monopolizó el ejercicio del control constitucional al grado de establecer finalmente en el año 1999, dos jurisprudencias que resultaban obligatorias para las autoridades judiciales mexicanas, bajo el rubro: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”,¹⁷ y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”.¹⁸

Con ambos criterios jurisprudenciales se terminó por restringir el ejercicio del control constitucional difuso por parte de los jueces de los estados, ya que consideró que de la interpretación de diversos artículos constitucionales (103, 105, 107, y 124), se llegaba a la conclusión que el único facultado para ejercer el control constitu-

¹⁶ Tesis aislada, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. CXXXV, 30 de septiembre de 1968, p. 37.

¹⁷ Jurisprudencia, Pleno, 73/99 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, novena época, agosto de 1999, p. 18.

¹⁸ Jurisprudencia, Pleno, 74/99 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, novena época, agosto de 1999, p. 5.

cional de manera exclusiva era el Poder Judicial Federal, por lo que el contenido del artículo 133 que otorga a los jueces de los Estados a ejercer el control constitucional difuso, debía interpretarse a la luz de los demás artículos constitucionales que de acuerdo con la SCJN, indicaban la exclusividad del control constitucional al poder judicial federal a través de su competencia en el juicio de amparo, en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad. Esta postura restrictiva prevaleció por más de una década después hasta las reformas constitucionales del año 2011 a diversos artículos de la Constitución en materia de derechos humanos, que modificarían su sentido.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 Y LA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133

Como es de sobra conocido uno de los cambios más significativos que sufrió la Constitución de 1917, a través de sus múltiples reformas fueron las ocurridas el 6 y 10 de junio de 2011, relativas al replanteamiento de los derechos humanos dentro del texto constitucional. No solo cambió el término de “Garantías Individuales” por el de “Derechos Humanos y sus Garantías”, sino que incluyó dentro del mismo rango de jerarquía normativa a los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano (*bloque de constitucionalidad-convencionalidad*). Asimismo, incorporó la obligación de todas las autoridades de promoverlos, respetarlos y garantizarlos bajo los principios *pro persona*, *interpretación conforme* y aquellos del derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien dicha reforma no alteró el contenido del artículo 133, si modificó diversos artículos de la Constitución que ya hacían insostenibles los criterios jurisprudenciales restrictivos de la SCJN respecto del ejercicio del control constitucional difuso a cargo de los jueces de los estados. Aunado a lo anterior, la Sentencia conde-

natoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en contra del Estado mexicano en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*, estableció la obligación a todas las autoridades jurisdiccionales del país a realizar de oficio un ejercicio denominado *Control convencional difuso*, consistente en realizar un contraste entre la norma aplicable al caso concreto sometido a su conocimiento y los derechos humanos contenidos en las normas convencionales aplicables en el Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos e inaplicando, en caso extremo, las normas nacionales que sean contrarias o restrictivas de aquellos derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que México es parte, bajo los principios *pro persona* e *interpretación conforme*, so pena de incurrir en responsabilidad internacional del Estado mexicano.¹⁹

Si bien la obligación de los jueces a realizar el control convencional difuso *ex officio* surgió aparentemente a partir de 2011, lo cierto es que ya se había comenzado su construcción interpretativa muchos años antes con la resolución de algunos casos por parte de diversos tribunales del país utilizando los criterios jurisprudenciales de la CoIDH o tomando como parámetro los Tratados internacionales en materia de derechos humanos. Aunado a lo anterior, la construcción de las reglas del diálogo para la adopción de criterios jurisprudenciales interamericanos, comenzó en nuestro país cuando la SCJN al dar cumplimiento a la Sentencia condenatoria de la CoIDH en el Caso *Rosendo Radilla vs. México* del año 2009, decidió abrir un expediente denominado Varios 912/2010, en donde se reconoció la obligación de los jueces nacionales de ejercer el citado control convencional difuso *ex officio*. De esta forma, se adoptó el criterio de que cualquier autoridad jurisdiccional dentro del ámbito de sus respectivas competencias tienen la obligación de:

- 1) Velar por los derechos humanos contenidos en bloque de cons-

¹⁹ Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 182.

titucionalidad-convencionalidad;²⁰ 2) Ejercer dicho control convencional, de manera oficiosa, utilizando los principios de interpretación conforme y *propersona*,²¹ y 3) Al aplicar el principio *propersona*, deberá preferir por un lado la protección más amplia de los derechos humanos independientemente de su fuente nacional o interamericana, y por otro, preferir la norma o interpretación que menos restrinja el derecho humano.

V. EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010 Y LOS NUEVOS CRITERIOS DEL EJERCICIO DEL CONTROL CONVENCIONAL DIFUSO *EX OFFICIO* EN MÉXICO

Como se señaló en el apartado anterior, al resolver la consulta a trámite relativa al cumplimiento de la Sentencia del Caso Rosendo Radilla Pacheco, la SCJN decidió abrir el expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011 y dejando en consecuencia sin efecto las jurisprudencias 73/99 y 74/99, que prohibían a los jueces y tribunales ordinarios realizar el llamado control difuso a pesar del contenido expreso del artículo 133 de la Constitución del 17.

Como resultado se emitieron diversas tesis que delinearon las bases del ejercicio del citado control convencional difuso, tales como: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”,²² en donde la SCJN señaló que de conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obli-

²⁰ Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México, Porrúa, 2012, p. 76.

²¹ Giovanni Azael Figueroa Mejía, “La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del Estado mexicano”, en *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, Cesar Astudillo y Jorge Carpizo (coords.) México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 20139, pp. 240-242.

²² Tesis aislada, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. III, t. LX-VII/2011, novena época, diciembre de 2011, p. 535.

gadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate. Estos mandatos deben interpretarse junto con el artículo 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Del mismo modo, se emitieron las siguientes tesis bajo el rubro: “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”;²³ y “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.²⁴

Con la adopción de dichos criterios la SCJN, reconoció: 1) La sujeción de México a la jurisdicción interamericana y la obligatoriedad de su jurisprudencia para todas las autoridades del Estado mexicano; 2) Admitió por fin el Control Convencional Difuso en México, y 3) Fijó algunos parámetros y pasos a seguir en el ejercicio de dicho control a cargo de los jueces nacionales. Con ello se otorgó una nueva interpretación al artículo 133 restableciendo el llamado control difuso en México que durante muchos años dejó de realizarse por criterios jurisprudenciales, lo que permitió que rápidamente los jueces nacionales comenzaron a ejercerlo, realizando un ejercicio de contraste entre la norma aplicable a los casos concretos y las normas convencionales.

A pesar del avance significativo que representó la admisión jurisprudencial del control convencional-constitucional difuso en México, su ejercicio no ha estado exento de dificultades y resisten-

²³ Tesis aislada, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. III, Décima época, diciembre de 2011, p. 551.

²⁴ Tesis aislada, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. III, t. LX-VII/2011, décima época, diciembre de 2011, p. 552.

cias al interior del país, ya que si bien la recepción de los criterios interamericanos por parte de los jueces nacionales en sus respectivas resoluciones ha tenido una gran aceptación, también ha presentado dificultades en el diálogo jurisprudencial internamente tanto con otros jueces nacionales como con la SCJN, y ésta a su vez, con la CoIDH. Lo anterior, ya que bajo los criterios interpretativos emitidos por la SCJN después de la reforma de 2011, comenzó un diálogo judicial en sede nacional donde los jueces nacionales comenzaron a adoptar una serie de criterios interpretativos que en muchas ocasiones resultaron contradictorios, llevando al conocimiento del máximo tribunal mexicano a resolver los cuestionamientos sobre la articulación de los criterios en conflicto, moldeando jurisprudencialmente su ejercicio.

VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DIFUSO DESPUÉS DE 2011

Desde la Sentencia del Expediente Varios 912/2010, la evolución hermenéutica del tribunal constitucional mexicano ha venido moldeando los acuerdos y resistencias en el diálogo jurisprudencial con la CoIDH (visión dualista *vs* visión monista), y con los jueces nacionales, pasando por las contradicciones de tesis 293/2011 (restricción de derechos humanos), y 299/2013 (límites al ejercicio del control convencional difuso sobre la jurisprudencia de la SCJN), hasta llegar recientemente, entre otras, a la sentencia del Expediente Varios 1396/2011 relativas a las obligaciones del poder judicial respecto de las sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano en los Casos *Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega* (restricción de derechos humanos).²⁵

²⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman *vs*. Uruguay)”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y*

Lo anterior, ya que inicialmente la recepción del *ius commune* interamericano de protección de derechos humanos tuvo una gran aceptación,²⁶ sin embargo en la construcción hermenéutica poco a poco comenzaron a presentarse algunas resistencias basadas estrictamente en los principios de soberanía nacional, supremacía constitucional y la jerarquía absoluta de la SCJN frente al resto de jueces nacionales considerados de grado inferior.

A) La supremacía de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución frente a las normas convencionales

La SCJN al resolver la Contradicción de Tesis (en lo sucesivo CT) 293/2011, estableció de forma obligatoria en su jurisprudencia: 1) La no distinción de la fuente, ya sea constitucional o convencional, por la cual derivan los derechos humanos; 2) El reconocimiento de rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional; 3) La armonización a través del principio *pro persona* de las normas nacionales e internacionales; 4) La prevalencia de la Constitución cuando ésta prevea expresamente una restricción al ejercicio de Derechos Humanos, y 5) La obligatoriedad de toda la jurisprudencia de la CoIDH para los jueces mexicanos, siempre que la misma resulte más favorable para la persona.

De esta forma la SCJN al resolver la CT 293/2011, estableció la jurisprudencia P/J 20/2014, bajo el rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, señalando

desafíos, Armin von Bogdandy. *et al.* (coords), México, UNAM, 2014, pp. 329-382. Asimismo ver: Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México, UNAM-IIIJ, 2012, pp. 244-248.

²⁶ Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 17-19.

que de manera obligatoria todos los jueces nacionales en el ejercicio del control convencional difuso *ex officio* deberán observar la prevalencia de las restricciones constitucionales expresas de derechos humanos, por encima de los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, sin hacer más exámenes de ponderación que el solo hecho de encontrarse la restricción de derechos humanos contenida en el texto constitucional.²⁷

Este criterio se reforzó con la jurisprudencia 56/2014, bajo el rubro: “PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL”.²⁸

En este sentido, la SCJN no solo confirmó la supremacía de la Constitución y los derechos humanos en ella contenidos y en los tratados internacionales de los que México es parte, sino que estableció en la jerarquía normativa por encima a las restricciones constitucionales dejando por debajo cualquier otra norma de derecho interno e incluso las contenidas en los Tratados internacionales que contengan o no derechos humanos.

B) La jurisprudencia de la SCJN como límite al ejercicio del control convencional difuso

Los jueces ordinarios al ejercer el control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad adquieren un papel de suma importancia en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos. Esto obliga a la SCJN a mantener un diálogo jurisprudencial constante con el Tribunal internacional, puesto que ambos tienen

²⁷ Jurisprudencia, Pleno, 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L.5, t. I, décima época, abril de 2014, p. 202.

²⁸ Jurisprudencia, Segunda Sala, 56/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L.6, t. II, décima época, mayo de 2014, p. 772.

la misma finalidad de proteger los derechos humanos, por lo que la relación entre la SCJN como el resto de Cortes Supremas de los Estados de las Américas debe entenderse en términos de cooperación y colaboración,²⁹ esto es, la armonización de los estándares nacionales con aquellos fijados a nivel internacional, permiten que a través del diálogo jurisprudencial no solo se enriquezca la jurisprudencia nacional, sino también la protección de los derechos humanos. En consecuencia, la SCJN como los jueces nacionales deben contribuir a la recepción en el espacio de sus facultades de los criterios interamericanos del *ius commune* de derechos humanos, sin tratar de evadir el cumplimiento de los compromisos internacionales contenidos en la Convención Americana.

Una de las tensiones que ha provocado la recepción de los criterios interamericanos en las decisiones de los jueces estatales con la SCJN, ha sido con el contraste que éstos comenzaban a realizar entre la jurisprudencia emitida por el Alto tribunal con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia emitida por la CoIDH y en este sentido, se han establecido algunos criterios para la articulación del diálogo entre los jueces nacionales inferiores con la SCJN, respecto de la aplicación de la jurisprudencia de la CoIDH, señalando que la aplicación de la jurisprudencia de la CoIDH por los jueces ordinarios debe hacerse en clave de “colaboración” y no de “contradicción” con la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente implique una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho específico deberán ser resueltos en términos de cooperación con base en el principio *pro persona*.

La contradicción de criterios utilizados por dos tribunales colegiados de circuito sobre la posibilidad de que los jueces ordinarios en el ejercicio del control convencional difuso, puedan someter a

²⁹ Sergio García Ramírez, “La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Armin. von Bogdandy *et al.* (coords.), México, UNAM, 2014, pp. 488 y 489.

su análisis de confrontación no solo los actos y las normas jurídicas, sino también la jurisprudencia de la SCJN, fue el objeto de debate de la CT 299/2013. Por un lado, uno de los tribunales considero que los jueces nacionales no están facultados para realizar dicho examen de convencionalidad sobre la jurisprudencia de la SCJN, ya que esta les resulta de observancia obligatoria a todos los jueces del país; en tanto que por su parte el otro Tribunal consideró que dicho control de convencionalidad que deben realizar los jueces nacionales, se extiende no solo a los actos y las normas jurídicas, sino también la jurisprudencia cuando esta resulte inconvencional.

Con base en ambos criterios contradictorios la SCJN resolvió el 14 de octubre de 2014, la CT 299/2013, tras formularse la siguiente pregunta: ¿La jurisprudencia de la SCJN puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, a cargo de los jueces nacionales, cuando se detecte que resulta violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución mexicana o en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte? Ante este cuestionamiento, la SCJN señaló que: [...] aún al margen de la posibilidad de que los jueces nacionales estén facultados para ejercer el control de convencionalidad, ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la SCJN transgrede o no una norma convencional [...].³⁰ argumentando que la jurisprudencia de la SCJN es de aplicación y observancia obligatoria para todos los jueces nacionales y que éstos no están autorizados por ninguna disposición legal para inaplicar la jurisprudencia emitida por el máximo tribunal. Lo más que pueden hacer los tribunales –argumenta la SCJN–, es decidir si la jurisprudencia de la SCJN es aplicable o no al caso concreto, debiendo hacer un análisis para que ese nuevo estudio del derecho humano planteado no afecte lo ya definido por el Alto Tribunal.³¹

³⁰ Ver engrose de Contradicción de tesis 299/2013 SCJN.

³¹ José Ramón Cossío Díaz y Roberto Lara Chagoyan, “¿Qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, julio-diciembre, 2015, pp. 193-228.

Derivado de lo anterior, la SCJN emitió la jurisprudencia 64/2014 bajo el rubro: “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA”,³² señalando que la obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales, de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Ahora bien, en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios previstos en la Ley de Amparo para que se subsane ese aspecto. Por lo que aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia de la SCJN pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad *ex officio*, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

³² Jurisprudencia, Pleno, 64/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L.13, t. I, décima época, diciembre de 2014, p. 8.

C) La supremacía de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución frente a las Sentencias condenatorias de la CoIDH

Las resistencias de la SCJN en el diálogo jurisprudencial con la CoIDH, respecto de la prevalencia de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución sobre cualquier otra norma convencional, se agudizaron en la sentencia del Expediente Varios 1396/2011, relativo a las obligaciones del Poder Judicial derivadas de las sentencias condenatorias contra México en los Casos de *Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú*. Al resolver el citado expediente, la SCJN emitió la Tesis aislada XVI/2015, bajo el rubro: “SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES”³³ en donde no solo ratificó

³³ Tesis aislada, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI/2015, Décima época, 25 de septiembre de 2015, p. 552 Dicha tesis establece que: SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aceptada por el Estado mexicano y, en esa medida, en tanto se esté frente al incumplimiento de obligaciones expresamente contraídas por éste, no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por aquel organismo internacional es correcta o no, lo que debe entenderse en forma unimoda y dogmática, ya que la competencia del Máximo Tribunal Constitucional del país, como garante de la supremacía constitucional, descansa ontológica e inmanentemente en su actuación, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima necesario analizar siempre: (I) los débitos que expresamente se desprenden de tales fallos para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado Mexicano; y, (II) la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los reconocidos por la Constitución General de la República o los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano y que, por tanto, se comprometió a respetar. En el entendido de que si alguno de los deberes del fallo

el criterio adoptado al resolver la contradicción de tesis 293/2011, relativa a que los jueces nacionales deberán observar las restricciones de los derechos humanos contenidas en la Constitución, sin importar que un tratado internacional sea más favorecedor o menos restrictivo de los derechos de las personas (*negación del principio pro persona*), sino que inclusive amplió la jerarquía de las restricciones constitucionales de derechos humanos, señalando que sí en uno de los sentidos del fallo de una sentencia de la CoIDH contra el Estado mexicano implica el desconocimiento de una restricción constitucional, los jueces nacionales deberán optar por la restricción constitucional y desatender el fallo del Tribunal Internacional, en términos de la jurisprudencia 20/2014.

Con ello la Corte mexicana reafirmó su postura de otorgar una jerarquía superior a las restricciones constitucionales expresas de derechos humanos sobre las normas convencionales e incluso sobre las sentencias de la CoIDH, contradiciendo el carácter obligatorio y vinculante para todas las autoridades del Estado mexicano en su conjunto incluida la SCJN.

D) Control convencional difuso ex officio o a petición de parte?

Una de las características del Control convencional es su carácter oficioso. Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* se estableció que la obligación de ejercer el control convencional difuso por parte de los jueces nacionales debía de realizarse de manera oficiosa, esto es, sin esperar que las partes lo invoquen al juzgador ya que éste tiene como obligación constitucional y convencional salvaguardar los derechos humanos de las personas.

Si bien en nuestro país aunque el ejercicio del control convencional difuso realizado por los jueces nacionales se ha venido llevando a cabo de manera oficiosa, también en algunos casos diver-

implica desconocer una restricción constitucional, ésta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) (*).

Los órganos jurisdiccionales han omitido su ejercicio a pesar de que el justiciable ha invocado el ejercicio del citado control a su favor. Al respecto, la primera sala de la SCJN estableció la jurisprudencia 36/2015 bajo el rubro: “AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EN LA DEMANDA SE ALEGA LA OMISIÓN DE LA RESPONSABLE DE REALIZAR EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL”,³⁴ estableciendo la procedencia del amparo directo en revisión siempre y cuando el quejoso se duela de la omisión de dicho control difuso en su demanda de amparo, vinculada con normas específicas de la ley secundaria; sea que ese planteamiento se analice o se omita por el tribunal de amparo.

No obstante el anterior criterio, los tribunales colegiados de circuito recientemente han emitido una jurisprudencia que resulta contradictoria con el carácter oficioso del citado control difuso. Así, la jurisprudencia XXVII, 3° J/11 bajo el rubro: “CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. SI SE SOLICITA SU EJERCICIO Y NO SE SEÑALA CLARAMENTE CUÁL ES EL DERECHO HUMANO QUE SE ESTIMA INFRINGIDO, LA NORMA GENERAL A CONTRASTAR NI EL AGRAVIO QUE PRODUCE, DEBE DECLARARSE INOPERANTE EL PLANTEAMIENTO CORRESPONDIENTE”,³⁵ señala que si bien el control difuso de constitucionalidad –convencionalidad–, que se ejerce en la modalidad *ex officio*, no está limitado a las manifestaciones o actos de las partes, cuando se solicita su ejercicio deben señalarse claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis, es decir, cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que produce, pues, de no ser así, el planteamiento correspondiente debe declararse inoperante, ya que fuera del cumplimiento del principio *iura novit curia*, el juzgador no está

³⁴ Jurisprudencia, Primera Sala, 36/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L.18, t. I, décima época, mayo de 2015, p. 166.

³⁵ Jurisprudencia, XXVII, 3o., J/11, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, L.15, t. III, décima época, febrero de 2015, p. 2241.

obligado a emprender un estudio “expreso” oficioso de los derechos humanos o preceptos constitucionales o convencionales que se le transcriban, o que genéricamente se invoquen como pertenecientes al sistema.

Lo anterior resulta por demás contradictorio con el carácter oficioso del control convencional difuso, ya que al determinar la inoperancia de la petición del ejercicio del control difuso de constitucionalidad-convencionalidad, cuando no se señale claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis, no solo invalida esa característica, sino que al exigir que en la petición se señalen claramente los derechos vulnerados con las normas a contrastar y los agravios, en realidad está imponiendo que su ejercicio sea a petición de parte, lo cual evidentemente no señalan ni las disposiciones constitucionales, ni mucho menos los criterios jurisprudenciales de la CoIDH.

Como se observa a pesar de que el texto del artículo 133 de la Constitución centenaria, contempló desde su promulgación el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad –ahora convencionalidad–, su aplicación y sentido han variado significativamente a lo largo de un siglo a través de la evolución jurisprudencial del máximo tribunal de nuestro país, pasando de una aceptación literal, a una restricción absoluta de su ejercicio a cargo de los jueces ordinarios, hasta su reciente admisión y su posterior modulación. A lo largo de un siglo de vigencia de la Constitución mexicana de 1917, la defensa de los derechos humanos continúa moldeándose no solo en sus sistemas de control constitucional, sino también en su articulación.

CONCLUSIONES

El control constitucional difuso no es un tema nuevo en el constitucionalismo mexicano, su adopción en el artículo 126 de la Constitución de 1857, tuvo una fuerte inspiración en la fórmula emplea-

da en el artículo VI. 2 de la Constitución norteamericana de 1787. La adopción del artículo 133 en el texto centenario de la Constitución de 1917, paso prácticamente inalterado del texto de 1857. A pesar de que la Constitución mexicana en la actualidad tiene casi setecientas reformas que la han transformado al grado de parecerse muy poco al texto original, el texto del artículo 133, ha permanecido casi inalterado durante un siglo, ya que solo se ha reformado en una ocasión en 1934.

Como se observa, a pesar de que el texto del artículo 133 de la Constitución centenaria, contempló desde su promulgación el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad –ahora convencionalidad–, su aplicación y sentido han variado significativamente a lo largo de un siglo a través de la evolución jurisprudencial del máximo tribunal de nuestro país, pasando desde una aceptación literal, a una restricción absoluta de su ejercicio a cargo de los jueces ordinarios, hasta su reciente admisión y su posterior modulación. A lo largo de un siglo de vigencia de la Constitución mexicana de 1917, la defensa de los derechos humanos continúa moldeándose no solo en su sistema de control constitucional, sino también en su articulación con los medios de control constitucional y el ejercicio de la función jurisdiccional ordinaria para una adecuada protección de los derechos humanos en nuestro país.

FUENTES DE CONSULTA

AAVV, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, 2000, 5a. ed., t. XII.

BOGDANDY, Armin von, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. Bogotá, Revista Derecho del Estado, enero-junio, 2015.

- BUSTOS GISBERT, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México, Porrúa, 2012.
- CARPIZO, Jorge, *La interpretación del artículo 133 constitucional*. México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, enero-abril, 1969.
- , *Nuevos estudios constitucionales*. México, Porrúa, 2000.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón y Roberto LARA CHAGOYÁN, ¿Qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?, México, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, julio-diciembre, 2015.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid, Marcial Pons, 2013.
- , “Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del Caso Gelman *vs.* Uruguay)”, en *Ius Constitutionale Commune. Rasgos, potencialidades y desafíos en América Latina*, Armin von Bogdandy *et al.* (coords.). México, UNAM, 2114.
- FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael, “La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del Estado mexicano”, en *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, Cesar Astudillo y Jorge Carpizo (coords.). México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.
- FIX FIERRO, Héctor y Diego VALADÉS (coords.), 2015. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto reordenado y consolidado (anteproyecto) y la Ley de Desarrollo Constitucional*. México, IJ-UNAM-IIDC-Cámara de Diputados-Cámara de Senadores, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Bogdandy, Armin. von. *et al.* (coords.). México, UNAM, 2014.

- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 15, enero-junio, 1942, pp. 245-248.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén A., “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la Tesis P/J 38/2002”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre, 2004, pp. 199-232.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México, UNAM-IJ, 2012.

¿UNA DISYUNTIVA POSIBLE? ENEMIGOS VS. CIUDADANOS

Rebeca Elizabeth Contreras López¹

Sumario: Introducción. 1. Niveles de análisis. 2. ¿Enemigos *vs.* ciudadanos? Desde la perspectiva de los derechos humanos. 3. El llamado “derecho penal del enemigo”. 4. Las excepciones en el proceso penal acusatorio mexicano. 4.1 El arraigo como mecanismo constitucional. 4.2 Prisión preventiva oficiosa. 4.3 La puesta a prueba de las excepciones citadas. Reflexión final.

INTRODUCCIÓN

Esta reflexión busca esclarecer si las excepciones establecidas en la Constitución mexicana para perseguir la delincuencia “grave”, en ocasiones asimilada a la delincuencia organizada, vulneran los principios básicos del sistema penal acusatorio que la propia Constitución establece. Y me refiero a principios tales como: igualdad, presunción de inocencia y protección de los derechos humanos. Los cuales además, se asumen como principios garantistas frente a lo que se ha denominado derecho penal del enemigo.

A partir de la visión de Mario Bunge acerca de la puesta a prueba de las teorías morales en contrastación con realidades fácticas, se busca confrontar las excepciones de arraigo y prisión preventiva “oficiosa” para casos de delitos graves para establecer la

¹ Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, miembro del Sistema Nacional de Investigadores y profesora de Derecho penal, Política criminal y metodología del Derecho. Directora de *Letras Jurídicas*. Revista multidisciplinar del CEDEGS-UV.

congruencia de dichas disposiciones que regula la Constitución mexicana frente a los principios del proceso penal acusatorio que también se encuentran normados constitucionalmente.

Para lograr lo anterior se acude al sentido de la disyuntiva que nos implica elegir entre dos opciones contradictorias, básicamente para preguntarnos si, en un estado democrático de derecho y bajo la perspectiva de los derechos humanos ¿es posible catalogar a los individuos como ciudadanos versus enemigos? Ello siguiendo el planteamiento teórico del llamado “derecho penal” del enemigo.

Así se pone en duda la coherencia lógica interna y externa de este referente teórico que, desde mi punto de vista, es inviable para sustentar reformas sociales y jurídicas, como las que aparecen hoy en día en la Constitución mexicana referidas a crimen organizado y delincuencia grave.

1. NIVELES DE ANÁLISIS

Una disyuntiva implica elegir entre dos posibilidades opuestas, en donde una excluye a la otra. Me recuerda la frase de los fundamentalismos “o estás conmigo o estás contra mí”. Lo que significaría que el mundo es blanco o negro, pero lo cierto es que en el mundo existen múltiples matices en los cuales lo blanco no implica lo “bueno”, o positivo y lo negro “lo malo”, o negativo. Sin embargo, cuando elegimos al ciudadano sobre otros seres humanos a los que calificamos de “enemigos” estamos, claramente, negando la humanidad de estos últimos y ello, en mi opinión, es una disyuntiva imposible, ya que no podemos optar por unos sobre otros. Y ello es válido tanto en la vida real como en las elaboraciones teóricas más sofisticadas.

Entonces ¿cuál es el problema que encierra el denominado “derecho penal del enemigo”? En principio y de manera fundamental los niveles de análisis desde los que se aborde la cuestión, lo que implica que no porque ocurra un hecho grave, violento y

que afecte severamente a otros, podemos asumir que la solución está en excluir, criminalizar y atacar al agresor, menos aún con las herramientas del derecho o la moral. Así, tenemos que partir de la existencia de distintos ámbitos de discusión en los cuales encontramos los fundamentos o principios jurídicos, los elementos aceptados de la moral, pero también las decisiones políticas en contextos determinados, junto a los hechos concretos.

Recurso a un clásico: Mario Bunge (1996) plantea la existencia de verdades y hechos morales. Señala que una norma moral, que se refiere a hechos morales es susceptible de ponerse a prueba empíricamente. Eso puede realizarse de tres maneras diferentes, aunque complementarias:²

1. Compatibilidad con principios superiores (los primeros principios morales y metaéticos del sistema en cuestión);
2. Compatibilidad con el conocimiento pertinente (ordinario, científico o técnico), y
3. Contribución al bienestar individual o social, es decir, la prueba de su eficacia respecto de los valores básicos subyacentes.

Ahora bien, las teorías éticas consideradas como “sistemas hipotético-deductivos de ideas referentes a la naturaleza, raíz y función de las normas morales”;³ son, para Bunge, comprobables de la misma forma que las teorías científicas, es decir, a partir de su compatibilidad con los hechos o con otras teorías. Así se exige que una teoría moral tenga:

² Mario Bunge, *Hechos y verdades morales en filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, León Olivé y Luis Villoro (eds.). México, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de investigaciones Filosóficas, UNAM, 1996, p. 30.

³ *Ibid.*, pp. 32 y 33.

- A) Coherencia lógica interna (no contradicción);
- B) Coherencia externa, es decir, compatibilidad con el saber científico y técnico acerca de la naturaleza humana y las instituciones;
- C) Capacidad de dar cuenta de códigos morales viables, es decir, vivibles;
- D) Utilidad para sugerir reformas sociales necesarias para el ejercicio del juicio moral;
- E) Utilidad en analizar conceptos y principios morales y éticos, y
- F) Utilidad para resolver problemas morales y zanjar disputas éticas.

Una de las consecuencias básicas de afirmar que existen hechos morales es que “los juicios morales no son totalmente subjetivos y relativos”, ya que es posible evaluarlos a la luz de la experiencia, así como discutirlos racionalmente. Todo lo cual conlleva la posibilidad de reconstruir a la sociedad bajo la perspectiva de la discusión ética.

2. ¿ENEMIGOS VS. CIUDADANOS?

DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando se habla de la perspectiva de derechos humanos asumo que bajo cualquier circunstancia se deben respetar estos derechos y que la efectividad de los mismos debe ser encauzada a su protección más amplia con base en los marcos jurídicos internos e internacionales. Los derechos humanos se han globalizado y con ello se fundamenta la necesidad de su protección y eficacia, pero ello también implica establecer acuerdos mínimos sobre cuáles son las exigencias que el Estado debe cumplir para hacer efectiva su protección. Porque en el marco de discusión no podemos olvidar que acudimos a la extrema polarización de las regiones en el mundo y la marginación de millones de personas que no saben “bien a bien”

qué son los derechos humanos o cómo les beneficia la discusión respecto de los mismos.⁴

Ferrajoli, atinadamente afirma que los derechos, aunque estén reconocidos en las Constituciones del mundo, si no son garantizados efectivamente no tienen ninguna utilidad.⁵ En la obra *La ley del más débil*, Ferrajoli plantea un cambio de paradigma del modelo positivista del Estado al Estado constitucional de derecho, que para él es un modelo garantista. Un garantismo que siempre ha postulado como necesario para fortalecer la protección de las personas y regir, en todo caso, los sistemas de justicia. Dos aspectos sustanciales de esta transformación, dice Ferrajoli, son aspectos de teoría política que trascienden la visión puramente procedimental de la democracia y, en el ámbito de la interpretación y aplicación de la ley, se realiza una redefinición del papel del juez y su función.⁶ Aunque el Estado mexicano todavía no es un estado constitucional de derecho, ya empezó su tránsito a partir de las reformas a la Constitución Federal de 2011, e incluso de 2008, con el procedimiento penal acusatorio y adversarial.⁷

Expresamente, el interés fundamental de esas reformas constitucionales ha sido la protección y tutela efectiva de los derechos de “todas” las personas. Ofrece así, una visión cosmopolita, en la cual la lucha por los derechos humanos es una sola y parte de la aceptación del otro en sus diferencias y singularidades pero, asumiendo las necesidades que cada grupo en particular requiere solventar.⁸

⁴ Cf. Los interesantes artículos publicados en *La globalización de los derechos humanos*, edición de Matthew J. Gibney. Crítica, Barcelona, 2004, p. 248.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías (la ley del más débil)*. Trotta, Madrid, 2001, p. 180.

⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁷ Cf. Contreras López, R., “Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2015, pp. 33-51.

⁸ Appiah, K. Anthony, “Ciudadanos del mundo”, en *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 197-232.

Cuando observamos las excepciones que establece el sistema penal mexicano en casos específicos, no podemos menos que recuperar los planteamientos del denominado “derecho penal del enemigo”. Al respecto es interesante empezar por el apuntamiento del profesor Zaffaroni, al señalar que los ámbitos político y jurídico son diferentes y que no es posible trasladarnos del uno al otro, sin elementos conceptuales y metodológicos claros, ya que los riesgos que se corren son muchos, sobre todo a la hora de poner al derecho en acción.⁹

Un elemento a tomar en cuenta es que la propia configuración del ciudadano implica una exclusión, ya que formalmente son ciudadanos los que son reconocidos como tales en una nación y un orden jurídico concreto: Edad, lugar de nacimiento, etcétera. Lo que no implica, hoy día, que los que no tienen ese carácter formal, carezcan de derechos. La discusión con el fenómeno de la migración ilegal es que más allá de los derechos de ciudadanía, lo que se defiende son los derechos humanos de miles de personas que se encuentran en esa situación pero que, por desgracia, ha llevado a la marginación, discriminación y a la exclusión más cruel de la propia dignidad humana.

Por ello, en mi opinión, en la parte sustantiva del derecho penal no es posible transigir sobre la posibilidad de violentar derechos y garantías. El modelo jurídico penal es un modelo liberal democrático que para preservar el orden común debe buscar los equilibrios necesarios para no menoscabar la integridad humana de las personas. En el ámbito político pueden operar otras racionalidades que no siempre se pueden explicar y menos justificar pero que, en ese ámbito político y eminentemente pragmático son operativas, se espera que tengan ciertos resultados, aunque desde luego reflejan visiones autoritarias y francamente arbitrarias. Ahí es donde aparecen los clarooscuros del sistema jurídico, es preci-

⁹ E. R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*. Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006.

samente en ese ámbito político (no penal), en el que se abre la discusión sobre el llamado “derecho penal” del enemigo.

3. EL LLAMADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”

Para evitar el peligroso acercamiento a regímenes autoritarios son imprescindibles los principios limitadores de la criminalización, que permiten atemperar el poder de punición del estado. Pues como afirma Zaffaroni:

[...] en la medida en que el estado de derecho cede a las presiones del estado de policía encapsulado en su seno, pierde racionalidad y debilita su función de pacificación social, pero al mismo tiempo pierde nivel ético, porque acentúa la arbitrariedad de la coacción.¹⁰

Es indispensable aclarar los límites reales y jurídicos del poder punitivo del Estado, ya que esos límites se han traducido en principios, a partir de los cuales se garantiza que el poder del Estado no será ilimitado, ni arbitrario. A partir de esos límites se establece la certeza del respeto a los derechos humanos y principios fundamentales del derecho penal y del procedimiento penal, constitucionalmente establecidos.¹¹

Un principio fundamental para la sistemática penal y, limitador del poder de punición, es el de culpabilidad, ya que su esencia es el concepto mismo de persona, que hoy se discute en el llamado “derecho penal del enemigo” que (hay que insistir) es un problema del ámbito político y no penal. Porque el principio de culpabilidad implica que el injusto se vincula a su autor y por ello opera “como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre

¹⁰ E. R. Zaffaroni y otros, *Derecho penal, parte general*. Porrúa, México, 2001, p. 131.

¹¹ Rebeca E. Contreras López, *El poder punitivo del Estado mexicano (fundamentos y límites)*. Secretaría de Seguridad Pública, Veracruz, México, 2004, pp. 159 y 160.

éste”.¹² Y el autor, en cualquier circunstancia, es una persona, que goza de un entramado jurídico de derechos, obligaciones y protecciones diversas, aplicables en el procedimiento penal.

Dentro de la visión preventiva del derecho penal, encontramos múltiples opciones de utilizar al derecho penal como medio disuasorio que, en ocasiones, se contrapone a los mínimos éticos que un estado garantista debe preservar. Así afirma Zaffaroni que esas visiones:

[...] son incompatibles con un derecho penal reductor en razón de la *reetización* que éste demanda, al erigirse en la exigencia de una ética mínima en el ejercicio del poder punitivo del estado. Este mínimo ético no existe cuando se lo ejerce sólo o principalmente conforme a supuestas o reales necesidades del estado: por mucho que se lo matice, el planteo preventivista siempre lleva a que las personas sean usadas como medios para satisfacer necesidades del estado, siendo, por lo tanto, degradadas a la condición de *cosas* al servicio de otros fines.¹³

En la discusión sobre el derecho penal de enemigos hay que considerar que en las distintas sociedades siempre ha existido la exclusión de los diferentes o marginales, pero esa exclusión se realiza por decisiones políticas y no jurídicas que, en muchas ocasiones, no cumplen con ese mínimo ético de respeto y protección de derechos fundamentales.

Otro aspecto sustancial para entender el proceso penal, en su vena francamente inquisitiva, es que se “confiscó a la víctima” y por tanto, se traslada el conflicto entre el soberano (en este caso las autoridades penales) y el agresor, ignorando el respeto a los derechos humanos tanto del victimario, como de la víctima. Esa figura preponderante del soberano ante el poder de punición es un elemento que debe tomarse en consideración ante las graves violaciones que hoy en día se legalizan para enfrentar la criminalidad organizada.

¹² Zaffaroni, *Derecho penal...*, p. 620.

¹³ *Ibid.*, p. 621.

Mi posición es que los estados democráticos contemporáneos tendrían que haber superado los linderos del autoritarismo y la arbitrariedad, sin embargo, permanentemente observamos “regresiones” que nos obligan a discutir la existencia de un posible “derecho penal del enemigo”, en este caso, en la propia Constitución mexicana.

Un cambio que en su momento pudo parecer paradigmático para el Derecho penal actual fue la referencia a un *derecho penal del enemigo*, que puso en la mesa de discusión Jakobs, desde los años ochenta y que ha generado una amplia polémica. Este planteamiento, junto al derecho penal de diversas velocidades,¹⁴ que desarrolla Silva Sánchez, al final del siglo XX, permiten discutir los principios liberales clásicos del Derecho penal de la primera modernidad.¹⁵ Lo que llama la atención es la adopción que hemos realizado, en México, de estos parámetros diferenciados en el tratamiento de la delincuencia organizada, con un claro deterioro de los principios constitucionales garantistas del derecho penal.

El llamado *derecho penal del enemigo* es una denominación introducida por Günther Jakobs y que contrapone al derecho penal de los ciudadanos. En esta nueva modalidad del derecho penal se realiza una amplia anticipación de la protección penal.¹⁶

Para Jakobs (citado por Silva) “[...] el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental”.¹⁷ Es decir, para Jakobs, aparece un nuevo sujeto del derecho penal: *el enemigo*. Que contrapone al ciu-

¹⁴ Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 2001. R.E. Contreras López, *Derecho penal económico en el contexto global: una mirada introductoria*. Universidad Veracruzana, Xalapa, 2015.

¹⁵ Que se inicia con la Ilustración y concluye con el fin de la Guerra Fría, cf. Ulrich Beck, *Poder y contrapoder en la era global, la nueva economía política mundial*, tr. R.S. Carbó, Paidós, Barcelona, 2004.

¹⁶ Günther Jakobs, *Estudios de derecho penal*, tr. Peñaranda, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 y ss.

¹⁷ Silva Sánchez, *La expansión del...*, op. cit., p. 164.

dadano con todos los derechos y garantías que le son inherentes. Gracia Martín afirma que frente al *status* de ciudadano encontramos a estos nuevos sujetos que, dado que han abandonado el Derecho de modo permanente, abandonan también el *status* de ciudadano.¹⁸

En el *Derecho penal del enemigo*, se da una amplia anticipación de la protección penal, cuyos fines preventivos superan a la valoración dogmática del delito y la culpabilidad, así como un debilitamiento evidente de las garantías procesales.¹⁹ En esta reflexión, el escenario al que nos enfrentamos es el que plantea la disyuntiva inicial: aunque más que ciudadano *vs.* enemigo, es la disyuntiva entre libertad y seguridad; lo que insisto tiene que ver más con el régimen político asumido que con los fundamentos del derecho penal.

Por tanto, la pregunta central es si el derecho penal liberal, garantista, que heredamos de la Ilustración sigue siendo un instrumento adecuado para enfrentar las nuevas modalidades criminales. Si efectivamente todos somos iguales y tenemos los mismos derechos y libertades, sin importar origen, religión o cuentas bancarias. A partir de ello, debemos establecer que es posible seguir, o no, luchando por preservar los principios liberales y humanistas del derecho penal. La otra posición es que ante la alarmante situación de la criminalidad en diversas partes del mundo (en concreto en México) se puede tolerar una disminución de garantías, en aras de la “seguridad”. Diez Ripollés afirma que hoy en día arribamos a un nuevo modelo de derecho penal, dentro de la sociedad del riesgo, a lo que denomina el “derecho penal de la seguridad ciudadana”.²⁰

¹⁸ Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, presentación por Bernd Schünemann, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 121.

¹⁹ Günther Jakobs, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trs. Cuello Contreras y Serrano González, 2a. ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1977, p. 1113.

²⁰ José Luis Diez Ripollés, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 07-01, 2005, p. 01:1-01:37. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

Por su parte, Jakobs defiende su explicación del derecho penal del enemigo argumentando que solo describe lo que efectivamente sucede en el mundo; aunque, repetidas veces defiende la legitimidad de tal derecho, bajo el argumento del derecho a la seguridad que todo ciudadano tiene.²¹ Concluye que es preferible que el derecho penal del enemigo no se mezcle con el derecho penal del ciudadano, es decir son coexistentes para tratar a “distintos” tipos de personas, una posición que desde luego es absolutamente inconsistente con la perspectiva de los derechos humanos.

Muñoz Conde,²² en España, afirma que el derecho penal del enemigo que asume Jakobs se parece en mucho al ya desacreditado derecho penal de autor, en lo que coincide Cancio Meliá²³ (en publicación conjunta con Jakobs). Muñoz Conde indica que cuando Jakobs identifica a los posibles enemigos, los señala por su ocupación profesional o pertenencia a una organización, se refiere a “cierto tipo de sujetos” y no a los hechos que realizan.²⁴ Asegura que un derecho penal excepcional es el que se está utilizando contra el terrorismo o la criminalidad organizada, en el que se rompen los parámetros generalmente aceptados del Estado de derecho.

Aunque las situaciones concretas del régimen excepcional se refleja en: detenciones injustificadas, violaciones a la intimidad de las personas, obtención ilegal de pruebas que luego son utilizadas en juicio, declaración del arrepentido. La pregunta de fondo es si estas medidas, a pesar de encontrarse legalmente establecidas ¿son legítimas? Y están o no, en consonancia con el Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

Al respecto, Zaffaroni afirma que el “poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no

²¹ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 106.

²² Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 94.

²³ Cancio, *op. cit.*

²⁴ Muñoz Conde, *De nuevo sobre...*, *op. cit.*, p. 38.

correspondía a la condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos o dañinos*".²⁵ Por tanto, la discusión no es nueva solo que ahora cobra relevancia por la magnitud de los hechos criminales que enfrentamos. Es importante reiterar que ese tratamiento diferenciado de los seres humanos es signo de un estado absolutista, porque esa discusión es eminentemente política y no penal, porque la doctrina y la legislación penal corresponden a un estado constitucional de derecho, sin excepciones.

Recuerda Zaffaroni que, el concepto de enemigo tiene su origen en el derecho romano y fue ampliamente tratado en la teoría política de Carl Schmitt:

Para este teórico del estado absoluto el enemigo no es cualquier sujeto infractor, sino el otro, el extranjero y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial.²⁶

En el derecho romano se distinguía entre el *inimicus* y el *hostis*, el primero era el enemigo personal, el segundo el enemigo político, frente al cual existe siempre la posibilidad de la guerra. "El extranjero, el extraño, el enemigo, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, que estaba *fuera de la comunidad*".²⁷

En mi opinión, el eje sustancial de la discusión es la posibilidad de admitir el concepto de enemigo en el derecho penal. Una discusión que debe hacerse en el contexto de un estado de derecho y, en el caso de México con base en la reforma de derechos humanos (2011) a la Constitución federal. Lo importante no es si conserva o no derechos o cuáles se le pueden reducir, sino más bien

²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*. Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006, p. 19.

²⁶ *Ibid.*, p. 32.

²⁷ *Ibid.*, p. 33.

bajo qué argumentos es posible (¿si lo es?) asumir la existencia del *otro* (diferente y peligroso) frente al ciudadano común.

Sin duda, esta ideología tiene un efecto perverso que, a la vez, es una oportunidad para revisar el sentido mismo de lo que es el derecho penal. Porque esta denominación se utiliza equívocamente, en contextos diferentes. Así, por un lado tenemos el ejercicio real, sociológico del poder del estado, es decir, *el poder punitivo*. Por otro, la *legislación penal* referida al conjunto de preceptos normativos que regulan conductas y establecen penas y, una connotación más es la referida al *derecho penal* como doctrina jurídico penal: la ciencia del derecho penal. Todas ellas, además, con un vínculo indisoluble con el procedimiento penal, en un contexto político determinado.

Hay que tener cuidado, ya que al ceder terreno al estado de policía (represivo, autoritario), éste crecerá desmesuradamente, en la medida en que el poder real se lo permita, con argumentos de justificación como ‘la necesidad de la medida para mantener la seguridad’. Ello está ocurriendo en México con la militarización de la seguridad pública en temas de crimen organizado, que se encuentra presente en este “nuevo” procedimiento penal, pero sobre todo con las excepciones formalmente establecidas en el propio sistema penal mexicano.

4. LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO

El proceso penal acusatorio adversarial en el contexto mexicano se introduce a la Constitución Federal en el 2008, sus bases políticas son la convicción del respeto a derechos y libertades fundamentales, en un ambiente democrático, de derecho; con la certeza de que las autoridades de procuración y administración de justicia realizan sus funciones en forma adecuada, eficiente y legal. Sin

embargo, este procedimiento aparece en un contexto histórico de corrupción, ineficiencia e impunidad creciente en el país.²⁸

Sostengo, sin duda, que la discusión del derecho penal del enemigo y, en este caso, las excepciones dentro del proceso penal acusatorio referidas sobre todo a la criminalidad organizada, son temas de política criminal y no de derecho penal. A continuación realizaré un ejercicio de reflexión a partir de los argumentos inicialmente señalados.

4.1 El arraigo como mecanismo constitucional

Lo primero que se debe recordar es que el arraigo es una medida excepcional que en principio se encontraba regulada en leyes secundarias, pero cuando se tachó de inconstitucional, los legisladores mexicanos lo trasladaron a la propia Constitución en 2008.²⁹

Hoy en día, el arraigo mexicano sigue siendo un motivo de queja permanente por parte de las organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos, ya que se trata de una privación de la libertad, sin proceso previo, ni datos de prueba suficientes para legalizar una detención.³⁰

El artículo 16 de la Constitución federal, sobre el arraigo establece (el resaltado es mío):

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado

²⁸ Índice Global de Impunidad (IGI-2015), Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ), Universidad de las Américas Puebla, disponible en www.udlap.mx/cesij consultado abril 2015.

²⁹ *Diario Oficial de la Federación* de fecha 18 de junio de 2008.

³⁰ Informe CIDH (2015). Situación de derechos humanos en México, informe para México de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II, Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015.

se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

4.2 Prisión preventiva oficiosa.

Primero que nada hay que decir que, expresamente, el texto constitucional recoge una serie de principios que son la base de este procedimiento penal: presunción de inocencia, transparencia, protección de derechos humanos, atención a las víctimas, imparcialidad y equilibrio procesal, entre otros (artículo 20 constitucional).

Una excepción, señalada en el texto constitucional es la relativa a la retención por parte del Ministerio Público que establece el artículo 16 constitucional, en la cual dicha retención será por 48 horas, pero “este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”. Es decir, se establece una excepción en estos casos, a pesar de la presunción de inocencia y a pesar de que aún no se ha determinado si efectivamente se trata o no de una persona involucrada en temas de crimen organizado.

Específicamente para el tema que nos ocupa es aún más grave la regulación de la prisión preventiva “oficiosa” que establece el artículo 19 constitucional, al señalar que (el resaltado es mío):

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Por su parte, el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, indica que los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, previstos en el Código Penal Federal, son los siguientes:

- I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pedestrestia, previsto en el artículo 209 Bis;
- X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

4.3 *La puesta a prueba de las excepciones citadas.*

Iniciamos la discusión, apelando al eje sustancial de todo este entramado jurídico que es la igualdad de todos ante la ley (Art. 1o. constitucional), así como la prohibición de discriminación, todo lo cual lleva implícita una norma moral: “no hacer distinción alguna entre las personas”.

Por tanto, las bases de ese procedimiento penal podemos considerarlas un hecho moral, porque trascienden la mera expresión de ideas y preferencias y se convierten en los ejes de la actuación de las autoridades a la hora de aplicar la ley en los casos concretos.

Si esto es así, podemos considerar la propuesta de Bunge³¹ ya citada, para poner a prueba estos hechos con base en tres aspectos complementarios.

1. Considerando como principios superiores del procedimiento penal acusatorio, entre otros: la igualdad, la presunción de inocencia y la protección de los derechos humanos de todas las personas, es decir, se trata de principios morales de todo el sistema jurídico mexicano y, específicamente, del procedimiento penal acusatorio. Así tenemos que:
 - a) El principio de igualdad se basa en que todas las personas son iguales ante la ley.
 - b) El principio de presunción de inocencia significa que: El imputado debe ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso penal, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme.
 - c) El principio de protección de derechos humanos establece la obligación de las autoridades de respetar, preservar y proteger los derechos de todos los individuos sin distinción alguna, ya que tiene como sustento el reconocimiento de la dignidad humana de todas las personas.

³¹ Bunge, *Hechos y verdades...*, *op. cit.*, p. 30.

2. En este punto debemos tomar en cuenta como conocimiento pertinente, tanto el desarrollo de la dogmática penal en su sesgo garantista, como en el del llamado derecho penal del enemigo.³²

En forma sintética señalaré algunos elementos del garantismo penal y del derecho penal de enemigos con base en las argumentaciones de Ferrajoli y de Jakobs, respectivamente.

- a) Garantismo penal. Además de la visión protectora y garante de derechos fundamentales que, para Ferrajoli, debe tener el Derecho Penal. Cuando habla de el Estado de Derecho, trasciende el puro formalismo y afirma:

En sentido lato, débil o formal, «estado de derecho» designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son *conferidos* por la ley y ejercitados en *las formas* y con los procedimientos legalmente establecidos. (...)

En un segundo sentido, fuerte o sustancial, “estado de derecho” designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*.³³

- b) Derecho penal del enemigo. La posición desarrollada por Jakobs (a la que ya se refirió) de justificar la exclusión de ciertos sujetos “peligrosos” en aras de la seguridad de los ciudadanos “respetuosos” de la ley. Lo que ha implicado medidas diferenciadas (en estados considerados democráticos y con procesos penales garantistas) tratándose de ese “tipo” de personas.

3. El tercer aspecto tiene que ver con la posibilidad que ese hecho contribuya al bienestar individual o social, es decir

³² Aunque dudo que este último sea unánimemente aceptado como “conocimiento pertinente” por los teóricos del derecho penal, ya que más bien es considerado una pervisión de un derecho, si se puede llamar así, de sesgo autoritario y represivo.

³³ Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en RIFP, núm. 17, 2001, pp. 31-45. Consultado en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>

que sea eficaz “respecto de valores básicos subyacentes”. En mi opinión el valor subyacente que se debe considerar es el de la seguridad de los “ciudadanos respetuosos de la ley”. Ya que constituye el argumento fuerte del llamado “derecho penal” del enemigo.

Lo que hay que discutir ahora es si la exclusión de ciertas personas en el procedimiento penal, a las cuales se considera peligrosas (enemigos) con medidas de excepción es un mecanismo eficaz y contribuye a aumentar la seguridad de las personas. Aquí solo debemos observar los niveles de violencia y delincuencia que vive México, con altísimas tasas de homicidios pero, lo que es peor, con personas desaparecidas y ejecuciones que cada vez son más evidentes con la aparición de fosas clandestinas o, incluso, de un número superior al oficial de cadáveres en panteones municipales.

Por tanto, no hay prueba de su eficacia y es dudosa la contribución de estas medidas excepcionales al bienestar social, por lo que es posible afirmar que con ellas se traicionan los principios básicos subyacentes del sistema penal mexicano.

Lo que nos encontramos es que particularmente el arraigo ha sido señalado, internacionalmente, como un espacio de violación de derechos humanos, particularmente a través de la tortura, en donde un escaso porcentaje de los que son arraigados al final son llevados a un proceso penal.³⁴ Ello a pesar de que reiteradamente la SCJN avala su uso.³⁵

Respecto de la prisión preventiva oficiosa es necesario poner las cosas en contexto. Una de las razones de mayor peso para introducir el proceso penal acusatorio fue disminuir la utilización de esta figura que además está unida a la grave situación del sis-

³⁴ Informe Amnistía Internacional (2015/2016) sobre la situación de los derechos humanos en el mundo, consultado el 29 de febrero de 2016, en <https://www.amnesty.org/es/countries/americas/mexico/report-mexico/>

³⁵ “Pese a su aprobación, algunos ministros reconocieron que esta figura jurídica restringe gravemente la libertad de los sospechosos”. *Excelsior*, 15 de abril 2015. Consultado en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/04/15/1018707>

tema penitenciario mexicano. Sin embargo, en la realidad se mantiene un catálogo de delitos en el cual se debe privar de libertad a personas que aún no han sido señaladas como responsables de un delito. Es decir, contrariando el principio de presunción de inocencia: se les trata como culpables antes de ser sentenciados (Artículo 167 del CNPP).

REFLEXIÓN FINAL

En mi opinión, desde la perspectiva de la dogmática penal no es posible realizar exclusión alguna de unos seres humanos respecto de otros, sin traicionar los principios básicos del derecho penal. Pese a ello, en el ámbito político, el tema de la eficacia es el único punto de discusión respecto a la adopción de medidas excepcionales como el arraigo y la prisión preventiva oficiosa en el sistema penal mexicano.

Los principios, constitucionalmente establecidos, del proceso penal acusatorio son teorías morales que pueden ser confrontadas con la realidad para establecer su congruencia, en este sentido las excepciones a que se hace referencia en este texto, junto con la teoría del enemigo, carecen de congruencia interna y externa, por lo que son inviables para sustentar reformas sociales y legales.

Al referirnos a medidas de política criminal (como el arraigo y la prisión preventiva) que no modifican sustancialmente al derecho penal y sus principios básicos, la única forma de justificarlas es a partir de su “eficacia” en la lucha contra la criminalidad. Sin embargo, en México es evidente que esa supuesta “eficacia” es inexistente ante las cifras oficiales, aunada a la cifra negra de la criminalidad. Por tanto, si el Estado mexicano ha asumido un sistema penal, con sus fines y principios subyacentes, que se enmarcan en un contexto democrático y de derecho humanos, recogido en la Constitución federal, es inobjetable que no puede, al mismo tiempo, legitimar medidas arbitrarias que son propias de un estado autoritario que, ade-

más, se encuentra rebasado en su capacidad para hacer frente a la crisis de legitimidad e inseguridad que hoy vive el país.

FUENTES

- APPIAH, K. Anthony, “Ciudadanos del mundo”, en *La globalización de los derechos humanos*. Crítica, Barcelona, 2004, pp. 197-232.
- BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global, la nueva economía política mundial*, tr. R.S. Carbó, Paidós, Barcelona, 2004.
- BUNGE, Mario, “Hechos y verdades morales”, en *Filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, León Olivé y Luis Villoro (eds.). México, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de investigaciones Filosóficas, UNAM, 1996.
- CONTRERAS LÓPEZ, R. E., *Derecho penal económico en el contexto global: una mirada introductoria*. Universidad Veracruzana, Xalapa, 2015.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E., *El poder punitivo del Estado mexicano (fundamentos y límites)*. Secretaría de Seguridad Pública, Veracruz, México, 2004.
- CONTRERAS LÓPEZ, R., “Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México”, en *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 33, 2015.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-01, 2005. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías (la ley del más débil)*. Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en RIFP, núm. 17, 2001. Consultado en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>

GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, presentación por Bernd Schünemann, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Índice Global de Impunidad (IGI-2015), Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ), Universidad de las Américas Puebla, disponible en www.udlap.mx/cesij consultado abril 2015.

Informe Amnistía Internacional (2015/2016) sobre la situación de los derechos humanos en el mundo, consultado el 29 de febrero de 2016, en <https://www.amnesty.org/es/countries/americas/mexico/report-mexico/>

Informe CIDH, Situación de derechos humanos en México, informe para México de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II, Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015.

JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, tr. Peñaranda, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trs. Cuello Contreras y Serrano González, 2a. ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1977.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *Derecho penal, parte general*. Porrúa, México, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*. Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD HUMANA

Serafín Ortiz Ortiz

“La elaboración del paradigma del desarrollo humano ha implicado un creciente esfuerzo de elaboración teórica y conceptual, siendo relevante la discusión acerca de la Seguridad Humana. Dicha elaboración ha generado una aproximación que analiza las distintas dimensiones de la vida social en la medida que inciden en el plano de la seguridad de las personas, pueblos y comunidades, ampliando enormemente el abanico de cuestiones a considerar en relación a la seguridad. Esto exige rigurosidad teórica y conceptual, acotando los planos desde donde se sitúa el análisis y las relaciones entre ellos, así como analizando y revisando los conceptos tradicionalmente asociados a la seguridad. No obstante esas definiciones requieren constituir un entramado consistente que permita avanzar en términos coherentes en la construcción de la propuesta del desarrollo y la seguridad humana”.

Salinas Escobar, M; Hoecker, L.¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La Seguridad pública. 3. Seguridad humana. 4. Afirmación de las libertades: protección y potenciación. 5. Algunas conjeturas.

¹ Salinas Escobar, M; Hoecker, L., “La seguridad pública desde la perspectiva de la seguridad humana”, en *Seguridad sostenible*, 2002, p. 2. Disponible en: http://www.ii.gov.org/seguridad/?p=6_02. Cit. por Fernández Pereira, Juan Pablo, Tesis Doctoral. Seguridad Humana, Universidad Autónoma de Barcelona, p. 50, en <http://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r27406.pdf>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017.

I. INTRODUCCIÓN

Los conceptos del título de este trabajo me han interesado desde hace poco más de dos décadas.² Sin embargo, es cierto que, contemporáneamente, estos temas deben analizarse desde una perspectiva más amplia, ya que actualmente la función del Estado sobre estas cuestiones es, por decirlo de una forma, desbordante.³

Pero debemos ser cautelosos y, sobre todo, críticos con esta situación, ya que la seguridad humana no puede convertirse en una función de Estado de forma absoluta;⁴ no debemos olvidar en ningún momento que, cuando esto ocurre, es decir, cuando el Estado asume de forma totalizadora la función de la seguridad de los ciudadanos, la historia de la humanidad nos ha demostrado experiencias trágicas;⁵ pero también, por otro lado, debemos considerar que, en el contexto de la seguridad humana, existen otros valores de igual o mayor magnitud que ésta, como la libertad, la igualdad, la propiedad, la dignidad humana, entre otros.⁶

La seguridad humana es un marco normativo dinámico y práctico para hacer frente a las amenazas de carácter intersectorial y generalizado con que se enfrentan los gobiernos y las personas.

² Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y seguridad pública*. McGraw-Hill, México, 1998.

³ Recientemente, me he ocupado de estos temas en los trabajos siguientes de mi autoría: “La seguridad pública en el Estado constitucional de derecho”, en *Política criminal en materia de procuración de justicia penal*. Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, 2014; “Criminología, necesaria conexión entre Política Criminal y Derecho Penal”, en *La prevención de la violencia en el marco del garantismo*, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, 2013, y “Futuro y retos de la criminología”, en revista *CIJUREP. Textos jurídicos y políticos*, núm. 1, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, 2013.

⁴ Anderson, Perry, *El Estado absolutista*. Editorial Siglo XXI, México, 1992.

⁵ Por supuesto, me refiero al caso alemán. Como es sabido, con la llegada al poder en 1933 de la ideología nacionalsocialista, el gobierno nacionalsocialista alemán asumió poderes absolutos en todas las esferas del poder público, lo que a la postre derivó en actos de *lesa humanidad*. Al respecto, puede verse: Bauman, Zygmunt, *et al.*, *Nazismo, fascismo, comunismo: totalitarismo a confortito*, Milano Bruno Mondadori, 1998.

⁶ Al respecto, véase: Kaplan, Marcos, *Estado y sociedad*. UNAM, México, 1983.

Dado que las amenazas a la seguridad humana presentan grandes diferencias en el plano nacional e internacional y a lo largo del tiempo, la aplicación del concepto de seguridad humana requiere una evaluación de las inseguridades humanas que sea amplia, centrada en las personas, específica para cada contexto y orientada a la prevención. Este planteamiento ayuda a centrar la atención en las amenazas existentes y emergentes para la seguridad y el bienestar de las personas y las comunidades.⁷

La seguridad humana afecta directa y positivamente a la vida diaria de las personas amenazadas en su subsistencia, medios de vida y dignidad. Como consecuencia de ello, la promoción de la seguridad humana produce resultados más inmediatos y tangibles que abordan integralmente las causas fundamentales de esas amenazas; determina cuáles son las prioridades en función de las necesidades reales, la vulnerabilidad y la capacidad de los gobiernos y las personas; y pone de relieve posibles discordancias entre las políticas y las respuestas nacionales, regionales e internacionales. La combinación de esos elementos ayuda a fortalecer las medidas adoptadas por los gobiernos y otros agentes en apoyo de la seguridad humana.⁸

El concepto de seguridad humana se ha aplicado a situaciones complejas de la seguridad humana, como las siguientes:⁹

- Transición a la paz y el desarrollo sostenible en comunidades frágiles y afectadas por conflictos.
- Víctimas de la trata de personas, su protección y empoderamiento.
- Respuesta a las consecuencias multidimensionales de las amenazas relacionadas con el clima.

⁷ United Nations Trust Fund for Human Security: El concepto de Seguridad Humana, en <http://www.un.org/humansecurity/es/content/el-concepto-de-seguridad-humana>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2017.

⁸ *Idem*.

⁹ *Supra*. *Idem*.

- Violencia urbana y sus efectos en la salud, educación y seguridad económica, personal y comunitaria.
- Reducción de la pobreza, inclusión social y desarrollo de base comunitaria en las zonas aisladas.
- Componentes económicos, ambientales y sociales de las situaciones de inseguridad sanitaria.

En este trabajo me referiré a estos conceptos. Especialmente, desarrollaré los conceptos de seguridad pública y de seguridad humana.¹⁰ Identificaré los rasgos que los caracterizan, pero sobre todo, destacaré las diferencias que existen entre dichos conceptos. El objetivo de estas líneas es enfrentar el concepto de seguridad pública frente al de seguridad humana; será, pues, un «*vís-a-vís*» entre estos conceptos con el fin de determinar cuál es la función del Estado en relación a la seguridad de los ciudadanos.

2. La SEGURIDAD PÚBLICA

Pues bien, la seguridad pública es un concepto que surge en las leyes de seguridad pública de Italia y Prusia –actualmente Alemania– en la década de los treinta y cuarenta del siglo pasado.¹¹ Desde un punto de vista histórico-ideológico, estas leyes pueden ser catalogadas como “nazistas” o “fascistas”,¹² ya que, justamente, surgen en el periodo de entre guerras.

Pero desde la perspectiva que nos interesa en este trabajo, es importante observar que en dichas leyes nace el concepto de seguridad pública;¹³ ésta surge con ciertos argumentos para instaurar

¹⁰ Para una visión más amplia de estos conceptos, véase Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y...*, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

¹¹ Bustos Ramírez, Juan, *Control social y sistema penal*. PPU, Barcelona, 1987, pp. 494 y ss.

¹² Anderson, Perry, *El Estado absolutista...*, *op. cit.*, pp. 14 y ss., y Zeitlin, Irving M., *Ideología y teoría sociológica*. Amorrortu, Argentina, 1993, p. 14.

¹³ Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y...*, *op. cit.*, p. 13.

la función policial en el Estado de derecho¹⁴ (por cierto, para ese momento esta forma de Estado tiene ya signos de madurez desde un punto de vista ideológico e institucional).¹⁵

Entonces, en este contexto, la seguridad pública se traduce en función policial, teniendo como principios los siguientes:¹⁶

1. La protección de la integridad física y la vida de los gobernados;
2. La protección de la libertad individual;
3. La protección de los bienes de los gobernados, y
4. La prevención de delitos e infracciones.

En este sentido, es preciso hacer algunos comentarios: primero, como puede advertirse, la función de seguridad pública nace efectivamente de una función del Estado, pero en este caso de Estados fascistas o nazistas, de modo que es innegable la dimensión marcadamente autoritaria de dicha función; segundo, también es importante mencionar lo interesante que resulta que durante casi todo el siglo XX, el discurso de los gobiernos de los Estados de esa época, asumían la seguridad pública como una función protectora, lo que significa que la función policial sea entendida como la prestación de un servicio con el fin de proteger la vida, la integridad física, los bienes, la libertad de las personas y la prevención de los delitos.

El estudio de la función policial, por otro lado, puede ser tanto de carácter histórico, como también desde una perspectiva empírico-sociológica, es decir, como un fenómeno social.¹⁷

Pues bien, desde hace más de dos décadas y desde esta última perspectiva, también me ha interesado el tema de la función poli-

¹⁴ Arnau, Frank, *Historia de la policía*. ELC, Barcelona, 1966, pp. 29 y ss.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del estado de derecho", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003, p. 7.

¹⁶ Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y...*, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 57 y ss.

cial.¹⁸ Por eso, aquí desarrollaré de forma esquemática algunas cuestiones de esta función. Especialmente, me interesa destacar dos particularidades en relación a las prácticas de la función policial: por un lado, el propósito de anular físicamente al individuo mediante el sometimiento violento y desproporcionado; y por otro lado, el aniquilamiento de sujetos por medio de la humillación y el desprecio de la dignidad humana.

Estas son prácticas comunes en la función policial.¹⁹ Fácilmente, uno puede referirse a cualquier cuerpo policial mexicano y encontraremos esas características. Pero más allá de esta lamentable realidad de la intervención policial en nuestras sociedades, es importante advertir que la intervención policial en México es una intervención autoritaria.²⁰

Esta intervención, como ya se dijo, está caracterizada por ser violenta y desproporcionada en relación a un individuo, que pretende aniquilarlo moralmente, despreciando su dignidad como persona humana.

Ahora bien, esto provoca que entre el gobernado y la policía no exista comunicación, es decir, que se dé una ruptura entre ellos.²¹ Esta ruptura se genera porque la policía afirma representar a la “autoridad”, al “gobierno”; pero esto es una distorsión de la función policial, ya que ésta consiste en proteger a la ciudadanía, no en su sometimiento, ni en su aniquilamiento moral y psicológico.

Hay ejemplos, por supuesto, de países en donde existe una comunicación entre gobernados y la policía; en estas naciones, especialmente de economías avanzadas, la función policial genera confianza, respeto, no sólo entre quienes ejercen esa profesión, también entre los ciudadanos,²² algo que no ocurre en países como el nuestro en donde, por un lado, quienes ejercen la función po-

¹⁸ *Ibid.*, pp. 23 y ss.

¹⁹ Herrendorf, Daniel, *El poder de policía en un sistema de derechos humanos*, INACIPE, México, 1990, pp. 46 y 61.

²⁰ Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y...*, *op. cit.*, p. 57.

²¹ *Ibid.*, p. 89.

²² *Ibid.*, p. 90.

licial, no tienen la capacitación adecuada, ni las cualidades específicas para ejercer dicha profesión, pero tampoco, por otro lado, existe una adecuada selección de quienes ejercen la función policial.

La selección de las personas que ejercen la función policial es un problema complejo.²³ De inicio, quienes la ejercen, observan a dicha actividad como un empleo temporal, de modo que, al menos en nuestro contexto, la función policial no se observa como una profesión. En este sentido, la selección, la certificación, la capacitación, etcétera, que establece el Sistema Nacional de Seguridad Pública en México (SNSP), en realidad, se trata de una quimera, es todavía un lugar no conocido.

En definitiva, la función policial autoritaria tiende a auto-constatar al gobierno, a la autoridad de éste, y no a proteger a la sociedad, al gobernado; desde la perspectiva autoritaria, la policía infiere violencia, de modo que sus actos (u omisiones) son contrarios a los derechos fundamentales.

No obstante, la perspectiva autoritaria de la función policial, debe (y puede) revertirse, pero ¿de qué forma? Bueno, a través de una intervención democrática de la policía,²⁴ es decir, una intervención que se desarrolle en un marco de credibilidad, ya no una relación vertical entre gobernados y policía, más bien horizontal, de modo que la policía deberá realizar una función de garantía respecto de los bienes más importantes de los gobernados: la vida, su integridad física, su libertad personal, su patrimonio, la prevención de delitos e infracciones. Esto, por decirlo de alguna forma, será un círculo virtuoso en el que el gobernado generará confianza en relación a la función policial, y ésta a su vez se desarrollará en un marco de respeto a los ciudadanos, a sus derechos y a las garantías de éstos, ya que la función policial al final no es más que una función del Estado.

²³ Herrendorf, Daniel, *El poder de...*, *op. cit.*, p. 44.

²⁴ Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y...*, *op. cit.*, pp. 97-102.

Es cierto que, a través de dicha función, el Estado se legitima, pero justamente por eso, la función policial debe estar orientada a la protección del gobernado. Es decir, la policía efectivamente tienen que dar un servicio de protección al Estado, a los tres niveles de gobierno: Federación, Estado y Municipio, pero no debemos olvidar que este servicio está vinculado a los derechos humanos. El artículo 21 de la Constitución mexicana es claro en este sentido, ya que dispone, entre otras cosas, algunos principios sobre los que debe fundamentarse el Sistema Nacional de Seguridad Pública: principio de legalidad; principio de objetividad, principio de profesionalismo, principio de honradez, y el principio de respeto a los derechos humanos.

En definitiva, una intervención democrática –que es la que pretendo construir desde estas líneas–, en la función policial mexicana, consiste en la credibilidad de esta función y, por supuesto, en la de garantizar la protección de los derechos humanos de los gobernados a partir de la protección y tutela de los bienes jurídicos que antes he señalado.²⁵

Incluso, con algunas reservas, se podría afirmar que, desde una perspectiva democrática, la seguridad pública constituye un derecho humano. En efecto, en un Estado constitucional y democrático de derecho, es decir, el modelo de Estado que surge en México a partir de las reformas constitucionales de 1994, pero sobre todo desde la reforma de 2001 al artículo 1o. del texto constitucional que instauró la dignidad humana, los derechos humanos tienen un papel fundamental en el desarrollo de todas las funciones del Estado, incluyendo, por supuesto, la función policial.²⁶

Naturalmente, no todas las reformas a la Constitución mexicana pueden ser valoradas de modo positivo, me refiero en particular a la reforma constitucional en materia penal de 2008.²⁷ Aunque no es objeto de este trabajo, me parece importante señalar que en

²⁵ *Idem.*

²⁶ Ortiz Ortiz, Serafín, “La seguridad pública..., *op. cit.*”, pp. 17 y 18.

²⁷ Ortiz Ortiz, Serafín, *et. al.*, *La prevención de la...*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

dicha reforma, con la instauración de los juicios contradictorios adversariales, que a pesar del plazo otorgado por el texto constitucional de ocho años para su operatividad, aún están en proceso de consolidación, dichos juicios están direccionados a resolver no la criminalidad en general, más bien, pretenden resolver cierta criminalidad: la delincuencia de bagatela, o sea, los delitos menores, aquellos que le interesan a muy pocos.

Si desde una perspectiva muy general analizamos como políticas públicas por parte del Estado mexicano a los también llamados juicios orales, éstos definitivamente serían ineficaces, dado que, como hemos dicho, los juicios orales se enfocan a los delitos menores, dejando fuera a la delincuencia organizada.

De hecho, la percepción ciudadana de las políticas públicas del Estado mexicano en relación a temas tan complejos como el narcotráfico, la extorsión o el secuestro, han fracasado.²⁸ La intervención del Estado, francamente, es inoperante en relación a la delincuencia organizada.

En este contexto, una política criminal como la oralidad en la justicia penal debe ser revisada.²⁹ La intervención del Estado en relación a la delincuencia organizada debe ser fuerte, ya que estos problemas no se resuelven con simple oralidad. Esta función del Estado, deja de lado lo que más agobia a la sociedad mexicana: el flagelo de la delincuencia organizada. Se atacan los “pequeños hurtos”, los “delitos pequeños”, pero no se resuelven temas graves como la delincuencia organizada.

²⁸ Los datos al respecto son escalofriantes; de acuerdo con la última encuesta sobre la percepción de la inseguridad en el país, más del 70% de la población considera que México es un país inseguro y, como consecuencia de ello, las políticas públicas en la materia han fracasado. Al respecto, véase los resultados del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en la página electrónica siguiente: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/percepcion/>

²⁹ Me he ocupado de esta cuestión en: Ortiz Ortiz, Serafín, “Futuro y retos...”, *op. cit.*, p. 18.

Asimismo, debemos analizar la reforma constitucional de 2011.³⁰ Esta reforma, también llamada reforma de derechos humanos, como es sabido, estableció un nuevo paradigma para el derecho en México.³¹ En nuestros días y en nuestro contexto jurídico-cultural, los derechos humanos tienen un papel trascendental. La protección de nuestros derechos ahora es multinivel.³² Anteriormente, esta era una idea reticente para los juristas mexicanos. Ahora, afortunadamente, esto está cambiando: la protección de los derechos humanos no solo es constitucional, también es convencional,³³ es decir, la garantía de los derechos humanos deviene tanto del orden constitucional como del orden internacional, de los tratados internacionales en la materia que el Estado mexicano ha firmado.³⁴

En suma, todas estas reformas de las que vengo hablando se dan en un marco novedoso, es decir, se dan en el marco del denominado Estado constitucional de derecho o, dicho de otra manera, se originan en el neoconstitucionalismo.³⁵

De manera muy breve, las características que definen a este nuevo modelo de Estado, serían estas: en un Estado constitucional, la Constitución es un valor *per se*, el texto constitucional también

³⁰ Al respecto, puede verse: Ortiz Ortiz, Serafín, *et. al.*, *La prevención de...*, *op. cit.*, y Ortiz Ortiz, Serafín, *Política criminal en...*, *op. cit.*

³¹ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. UNAM-IJ, México, 2011.

³² Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

³³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 339 y ss.

³⁴ García Ramírez, Sergio, “Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos (sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional bajo la reforma de 2011)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

³⁵ Para una perspectiva general de este tema, puede verse: Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)...*, *op. cit.*; Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; y Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucionalista*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

es invasivo en todas las esferas del poder público; además es un Estado en donde se magnifican los derechos humanos, como lo diría Alexy,³⁶ y los derechos humanos tienen cuatro características: son de máxima importancia porque diseñan la estructura de una sociedad, son de máxima jerarquía porque vienen en la norma constitucional, son de máxima obligatoriedad porque son de carácter coercitivo y obligan a su cumplimiento, y paradójicamente, son también de máxima imprecisión porque vienen en principios constitucionales.

Pues bien, esta breve descripción del Estado constitucional y del neoconstitucionalismo, como veremos a continuación, tiene relevancia en relación a la función de seguridad pública que debe realizar el Estado mexicano.

En efecto, he planteado desde hace 20 años tres modelos de intervención policial: el modelo reactivo, el modelo proactivo y el modelo garantista.³⁷

El primero, el modelo reactivo, se caracteriza de la forma siguiente:

1. Actúa donde se presentó el delito, es decir, siempre actúa tarde, llega después de la comisión del delito;
2. Reacciona drásticamente;
3. Persigue un fin ejemplarizante vía el uso de la fuerza;
4. Responde a la delincuencia con más violencia;
5. Su propósito reside en anular física y moralmente al delincuente; y
6. Su función es represiva.

Por su parte, el modelo proactivo se caracteriza de esta forma:

1. Actúa desde antes de que se consume el delito;

³⁶ Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)...*, *op. cit.*, pp. 31-47.

³⁷ Ortiz Ortiz, Serafin, *Función policial y...*, *op. cit.*, pp. 89-97.

2. Le interesa la etiología del fenómeno criminal;
3. Intervención en la detección de los posibles delitos;
4. Se concibe a la delincuencia como un problema social, no individual, ni aislado;
5. Su propósito se finca en la disuasión del potencial criminal; y
6. Su función es preventiva.

Finalmente, el tercer modelo, el de intervención garantista, tendría estas características:

1. Actúa como salvaguarda de los bienes jurídicos del gobernado;
2. Le interesa no solo la etiología criminal, sino que también es coadyuvante en la solución del problema;
3. Interviene investigando y detectando comportamientos criminales;
4. El uso de la fuerza es la *ultima ratio* y no desproporcionada;
5. Su propósito reside en conferir el máximo de seguridad para la sociedad que no delinque y el mínimo de violencia para el delincuente; y
6. En su función participa la sociedad y es preventiva y garantizadora.

Como puede observarse, este último modelo de intervención policial está directamente vinculado con el Estado constitucional y con el neoconstitucionalismo, ya que, como hemos señalado, en este contexto, se magnifican los derechos humanos. En efecto, si el Estado constitucional puede ser llamado también Estado de los derechos humanos, y si la intervención garantista de la función policial tiene como objetivo la protección de los derechos humanos, entonces, es evidente que dicho modelo de intervención tiene su mejor escenario en el Estado constitucional.³⁸

³⁸ Ortiz Ortiz, Serafín, "La seguridad pública..., *op. cit.*, pp. 17-42.

Parafraseando a Luigi Ferrajoli,³⁹ se puede afirmar que, a la luz del garantismo penal contemporáneo, la sociedad necesita conferir un máximo de seguridad para los que no delinquen y un mínimo de violencia aún para los delincuentes.⁴⁰ Dicho de otra forma, en el neoconstitucionalismo garantista la protección y garantía de todos los derechos de todos los ciudadanos es fundamental.

3. SEGURIDAD HUMANA

El concepto de seguridad humana tiene su justificación en los derechos humanos y es un término implementado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1994, con la finalidad de afrontar los graves peligros a los cuales se expone el ser humano hoy día, fruto de las diversas crisis que éste vive, como: conflictos bélicos, hambrunas, crímenes de *lesa humanidad*, farmacodependencia, analfabetismo, entre otros, los cuales se han calificado por la doctrina más autorizada como situaciones de vida no digna.

Además, se podría decir que es o debería ser un referente que guíe a las naciones para que la seguridad sea vista y tratada no solo como una necesidad de proteger a los Estados de posibles invasiones o ataques extranjeros, es decir, la seguridad nacional, sino de buscar mecanismos que doten a los individuos, al interior de su país, de herramientas que aseguren su seguridad desde el enfoque del desarrollo humano, de las libertades, y por supuesto, de la dignidad humana.

[...] la aplicación del concepto de seguridad humana requiere respuestas centradas en las personas, amplias, adaptadas al contexto y preventivas. Tal enfoque ayuda a centrar la atención en las amenazas actuales y nuevas; permite determinar las causas básicas de dichas amenazas; y apoya los sistemas de alerta temprana que ayudan a mitigar los efectos de esas amenazas. Además, ese enfoque promueve respuestas de múltiples interesados que permiten proteger y empo-

³⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*. Madrid, Trotta, 1995, p. 764.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 766 y 767.

derar a las personas y las comunidades. Esas respuestas tienen como objetivo promover el disfrute de una vida libre del temor y la miseria, de una vida con dignidad.⁴¹

La seguridad, vista como la ausencia de amenazas y la ausencia de temor (desde un punto de vista objetivo y subjetivo, respectivamente),⁴² como plenitud de la persona, como libertad para vivir con dignidad, es clave en el desarrollo del presente documento, pues se ha hablado de la seguridad ciudadana y su vinculación directa con la garantía de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho.

Si consideramos que hemos venido desarrollando una idea sobre seguridad ciudadana en el contexto del Estado constitucional de derecho, es preciso referir que este modelo de Estado se vincula estrecha y necesariamente con el contexto internacional, modelo que ha modificado la idea de soberanía de los países nacionales, y por supuesto, la desmonopolización de éstos sobre asuntos de tecnología, inversiones, finanzas, comercio, comunicaciones..., lo que transfiere muchas decisiones al ámbito internacional, pero también genera una interdependencia entre las naciones.

Con lo anterior, es que se conecta en gran medida el concepto de Naciones Unidas sobre seguridad humana, al pretender abarcar elementos que doten a los individuos de empoderamiento, y asimismo, de una libertad extendida en la que sean capaces los Estados, de garantizar un medio ambiente sano, calidad de vida, seguridad social como alimentación, empleo, justicia, salud, vivienda; ausencia de violencia y discriminación.

Y todo ello a la luz de lo que se conoce como principio de reserva constitucional, contenido en el artículo primero de la ley fundamental mexicana: la dignidad humana. El concepto de segu-

⁴¹ Rojas Aravena, Francisco y Álvarez Marín, Andrea, “Seguridad humana, un estado del arte”, en *Seguridad humana: nuevos enfoques*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, San José, 2012, p. 38.

⁴² Baena, Guillermina, “La urgencia de entender y aplicar la seguridad humana en seguridad pública y justicia penal”, en *Novum-Conacyt*. México, 2014, p. 26.

ridad humana, como lo referíamos, se basa en una libertad extendida que comprenda tres aspectos fundamentales: “Libres de necesidad, libres de temor y libres de vivir en dignidad”.⁴³

La vinculación que consideramos existe y debe existir entre el concepto de seguridad ciudadana y el de seguridad humana, se orienta al respeto y garantía de los derechos humanos, al contemplar en su defensa y garantía aquellos mecanismos que tienen los Estados para que tanto los derechos reconocidos en sus textos constitucionales (fundamentales) y aquellos que trascienden la esfera nacional (humanos), sean respetados, pero también promovidos para que los individuos tengan las herramientas necesarias que los ayuden a empoderarse de sus propias libertades.

La seguridad humana busca la creciente promoción de los valores y derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que sin duda, en el contexto del Estado constitucional, cobra especial sentido en los documentos fundamentales de las naciones occidentales.

Referente a ello, el Estado constitucional de derecho representa un aspecto medular, debido a que precisamente la ampliación de los derechos fundamentales, al configurarse la Constitución como invasiva, sobre-interpretada, configurada a partir de principios, prevé que también se contemplen los derechos humanos al momento de interpretar y aplicar la Constitución.

4. AFIRMACIÓN DE LAS LIBERTADES: PROTECCIÓN Y POTENCIACIÓN

Desde la perspectiva del derecho internacional público, eso es, desde una mirada convencional, consideramos importante destacar cinco puntos principales sobre seguridad humana:

⁴³ Rojas Aravena, Francisco, y Álvarez Marín, Andrea, “Seguridad humana..., *op. cit.*, p. 20.

- 1) Está centrada en las personas, no en los Estados;
- 2) Integra la seguridad humana con el desarrollo humano y los derechos humanos;
- 3) Sí se preocupa por la violencia y el conflicto, pero también por la pobreza;
- 4) Se concentra en otros actores más allá de los Estados; y
- 5) Emplea una estrategia dual entre la protección “desde arriba” con el empoderamiento “desde abajo”.⁴⁴

Así, de acuerdo a la Secretaría General de la ONU, aun cuando existen varias definiciones de seguridad humana, todas tienen en común tres aspectos:

Primero, la seguridad humana surge en respuesta a las amenazas actuales y emergentes. Estas son complejas, interrelacionadas y han adquirido una dimensión transnacional. Segundo, la seguridad humana requiere un entendimiento ampliado de seguridad, donde la protección y el empoderamiento sean los principales propósitos. Tercero, la seguridad humana no permite el uso de la fuerza contra otros Estados y busca integrar las metas de “libres de necesidad”, “libres de temor” y “libres de vivir en dignidad”.⁴⁵

Tal como hemos visto, la seguridad pública, en el marco del Estado constitucional y democrático de derecho, se transforma en seguridad ciudadana.⁴⁶ Así, el fin de la seguridad ciudadana es preservar libertades, proteger a los ciudadanos y generar entre ellos el sentimiento de seguridad.⁴⁷

Desde esta perspectiva, la diferencia entre la seguridad pública y la seguridad ciudadana, es relevante: seguridad pública es la auto-constatación del Estado, mientras que la seguridad ciudadana y la humana implican la protección de las libertades y los derechos de los ciudadanos, para una existencia conforme a la dignidad.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁶ Ortiz Ortiz, Serafín, “La seguridad pública..., *op. cit.*”, p. 17.

⁴⁷ Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y...*, *op. cit.*, pp. 97-103.

Desafortunadamente, la creación del Sistema Nacional de Seguridad Pública en México, toma como base el concepto de seguridad pública, el cual es un concepto en desuso, no solo en el constitucionalismo europeo, incluso en países de otras regiones del mundo.

En México no debemos hablar de seguridad pública: en todo caso, debemos hablar de seguridad ciudadana; ésta es diametralmente opuesta a aquélla: tanto la seguridad ciudadana como la humana implican la remoción de obstáculos de los espacios públicos para la magnificación del ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos.

Esta es una idea sustancialmente diferente a aquella según la cual la seguridad pública implica la intervención autoritaria de la policía con el fin de someter de forma violenta y desproporcionada a los ciudadanos, aniquilándolos moral y físicamente, despreciando su dignidad.

Es cierto que de seguridad humana puede hablarse en muchos sentidos, pero no todos éstos se refieren a la seguridad que debe brindar el Estado a sus ciudadanos.⁴⁸ Naturalmente, las acciones del Estado, es decir, las políticas públicas, tienden a garantizar ciertos mínimos vitales a las personas, de modo que, en este sentido, se puede hablar de seguridad humana, pero, como ya mencioné, todas las acciones del Estado desde esta perspectiva son políticas públicas que se generan en un marco particular: la democracia sustantiva.⁴⁹

5. ALGUNAS CONJETURAS

- 1) La seguridad pública y la seguridad humana son dos tópicos que merecen nuestra atención porque son dos temas centrales en nuestras sociedades.

⁴⁸ Hulsman, Louk, *Sistema penal y...*, *op. cit.*

⁴⁹ Sobre la democracia sustantiva, puede verse: Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Trotta, Madrid, 2006.

- 2) Es importante distinguir adecuadamente los conceptos de seguridad pública, seguridad ciudadana y seguridad humana.
- 3) La diferencia entre la seguridad pública, la seguridad ciudadana y la seguridad humana, es relevante: seguridad pública es la auto-constatación del Estado, mientras que la seguridad ciudadana y humana implican la protección de las libertades y los derechos de los ciudadanos.
- 4) En México no debemos hablar de seguridad pública, en todo caso, debemos hablar de seguridad ciudadana y, contemporáneamente, de seguridad humana; éstas son diametralmente opuestas a aquélla: la seguridad ciudadana y la humana implican la remoción de obstáculos de los espacios públicos para la magnificación del ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos.
- 5) Dado que México es un Estado constitucional y democrático de derecho, caracterizado por la protección de los derechos humanos de todos los ciudadanos, entonces, todas las políticas públicas deben garantizar el respeto y protección de los derechos de los ciudadanos, incluida por supuesto, la seguridad ciudadana.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC, Madrid, 1993.
- , “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003.
- , *Teoría de la argumentación jurídica*. CEC, Madrid, 2007.
- ANDERSON, Perry, *El Estado absolutista*. Editorial Siglo XXI, México, 1992.
- ARNAU, Frank, *Historia de la policía*. ELC, Barcelona, 1966.
- BAENA, Guillermina, “La urgencia de entender y aplicar la seguridad humana en seguridad pública y justicia penal”, en *No-vum-Conacyt*. México, 2014.

- BAUMAN, Zygmunt, *et. al.*, *Nazismo, fascismo, comunismo: totalitarismo a conforto*. Bruno Mondadori, Milano, 1998.
- BERGALLI, Roberto y Mari, Enrique, *Historia ideológica del control social*. PPU, Barcelona, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y sistema penal*. PPU, Barcelona, 1987.
- CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003.
- , *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta, Madrid, 2007.
- CARBONELL, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucionalista*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- CARBONELL, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. UNAM-IIJ, México, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ PEREIRA, Juan Pablo, Tesis Doctoral: Seguridad Humana, Universidad Autónoma de Barcelona, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27406.pdf>.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Trotta, Madrid, 1995.
- , *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Trotta, Madrid, 2006.
- , “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003.
- , *et al*, *Un debate sobre el constitucionalismo*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. UNAM-IIJ, México, 2011.

- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Trotta, Madrid, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos (sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 10. constitucional bajo la reforma de 2011)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. UNAM-IIJ, México, 2011.
- GONZÁLEZ RUÍZ, Samuel, *Seguridad Pública en México: problemas, perspectivas y propuestas*. UNAM, México, 1984.
- HERRENDORF, Daniel, *El poder de policía en un sistema de derechos humanos*. INACIPE, México, 1990.
- HULSMAN, Louk, *Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*. Ariel, Barcelona, 1984.
- KAPLAN, Marcos, *Estado y sociedad*. UNAM, México, 1983.
- MORESO, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo” en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 19. ITAM, México, 2003.
- NEBOT LOZANO, Lidón, *Seguridad social*. MAP, Madrid, 1991.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Función Policial y Seguridad Pública*. McGraw-Hill, México, 1998.
- , “Criminología, necesaria conexión entre Política Criminal y Derecho Penal, en *La prevención de la violencia en el marco del garantismo*. Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, 2013.
- , “Futuro y retos de la criminología”, en revista *CIJUREP. Textos jurídicos y políticos*, núm. 1, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, 2013.
- , “La seguridad pública en el Estado constitucional de derecho”, en *Política criminal en materia de procuración de justicia penal*. Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, 2014.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*. Ariel, Barcelona, 1991.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Trotta, Madrid, 2013.
- ROBERT, Philippe, *El ciudadano, el delito y el Estado*. Atelier, Barcelona, 2003.
- ROJAS ARAVENA, Francisco y Álvarez Marín, Andrea, “Seguridad humana, un estado del arte”, en *Seguridad humana: nuevos enfoques*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, San José, 2012.
- SALTALAMACCHIA ZICCARDI, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. UNAM-IJ, México, 2011.
- United Nations Trust Fund for Human Security: El concepto de Seguridad Humana, en <http://www.un.org/humansecurity/es/content/el-concepto-de-seguridad-humana>.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid, 1995.
- ZEITLIN, Irving M., *Ideología y teoría sociológica*. Amorrotu, Argentina, 1993.

ENTRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA SEGURIDAD HUMANA EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD. SU FUNDAMENTACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

Marcos Gutiérrez Ayala¹

Resumen: El principio de solidaridad como vínculo entre la seguridad jurídica y la seguridad humana es una reflexión inmersa en los tiempos que vivimos. El uso de la tecnología nos acerca pero al mismo tiempo nos controla, limitando nuestro espacio, tiempo, modifica nuestras conductas y nos aleja del pensamiento reflexivo. En ese tenor nuestra sociedad debe enfrentar problemas estructurales que los adelantos tecnológicos y el avance de la ciencia no ha superado, problemas de extrema pobreza, terrorismo, poder en todos los sentidos (económico, político, bélico, tecnológico), invasión, daños colaterales, son problemas de los cuales la ciencia jurídica no puede evitarlos.

Sumario: I. Introducción. II. Consideraciones teóricas. III. Preguntas de investigación. IV. Seguridad jurídica *vs.* Seguridad humana. V. La solidaridad. A través de las teorías tributarias. 5.1. Teoría de la necesidad social. 5.2. Teoría del gasto publico. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de información.

I. INTRODUCCIÓN

Las actividades de análisis jurídico van encaminados a proponer de manera racional mejores formas de relacionarse con nuestros

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP. Coordinador de la Licenciatura en Consultoría Jurídica de la Facultad de Derecho de la BUAP. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI-CONACYT.

semejantes. La sociedad en que vivimos tiene la característica de tener avances tecnológicos, situación palpable al tener acceso a un aparato electrónico que nos permite comunicarnos en instantes. Esta oportunidad temporal nos permite establecer redes sociales y estas parecieran que nos acercan a las personas y al intercambio de ideas, y lo son, empero, son formas de modificación de conductas que en ocasiones provocan la disminución de capacidad de expresar el sentimiento, formas de control alejadas de una conciencia en este progreso y de las relaciones personales sin mediadores.

En este contexto hablar de solidaridad como vínculo entre la seguridad humana y seguridad jurídica parecen reflexiones estáticas, cada día más lejanas en una sociedad encaminada velozmente en la vía de la modernidad, de la economía y de la técnica. Nuestra sociedad enfrenta una serie de problemas estructurales que los adelantos tecnológicos y el avance de la ciencia no ha superado, problemas de extrema pobreza, terrorismo, poder en todos los sentidos (económico, político, bélico, tecnológico), invasión, daños colaterales.

Todos estos problemas no están ajenos a una reflexión jurídica con alcances de seguridad no solo jurídica, sino además de seguridad humana, en que converge una obligación mutua tanto individual y colectiva, tanto ciudadana como del Estado y que al margen del establecimiento de una norma legal que lo obligue represente un fundamento ético de autoprotección, que sea una senda abierta de estudio y no excluyente del Derecho. De esta manera con este trabajo se pretende explorar este análisis reflexivo del principio de solidaridad como valor y como norma como punto de enlace entre la seguridad jurídica y seguridad humana.

II. CONSIDERACIONES TEÓRICAS

El principio de solidaridad podemos encontrarlo como un valor o como norma jurídica, es la suma de voluntades de una sociedad con fines de pervivencia, de autoayuda y autoprotección, Milagros

Otero Parga haciendo una interpretación a la Constitución europea considera que el concepto de solidaridad *incide en la solidaridad social que acompaña a la sociedad plural en la que no tienen cabida la discriminación la intolerancia, la injusticia o la desigualdad*.² Por su parte cuando hablamos de seguridad humana, evidentemente nos referimos a la humanidad esencia de la relaciones sociales, José Antonio Marina y María de la Valgoma establecen lo siguiente *la Humanidad, por distintos y convergentes caminos, ha descubierto que el modo más seguro y eficaz de conseguir la felicidad y la justicia es afirmando el valor intrínseco de cada ser humano*.³

Por su parte cuando se habla de seguridad humana según la Dra. Mirta Roses Periago⁴ directora de la organización panamericana de la salud, establece: *[...] la seguridad humana se expresa en un niño que no muere, una enfermedad que no se propaga, un empleo que no se elimina, una tensión étnica que no explota en violencia, un disidente que no es silenciado. La seguridad humana no es una preocupación por las armas; es una preocupación por la vida y la dignidad humanas*.

En este mismo sentido cuando nos referimos a la seguridad jurídica hace referencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación que los elementos que integran las garantías de seguridad jurídica son:⁵

Derechos públicos subjetivos a favor de los gobernados. Son derechos públicos porque pueden hacerse valer ante sujetos pasivos públicos, es decir, el Estado y sus autoridades, y subjetivos porque entrañan una facultad derivada de una norma. Oponibles a los órganos estatales. Significa que el respeto a este conjunto de garantías puede reclamarse al Estado. Requisitos previos a la comisión de actos que pudie-

² Otero Parga, Milagros, *Dignidad y solidaridad, dos derechos fundamentales*. México, Porrúa, México 2006, p. 126.

³ Marina, José Antonio y De la Válgoma, María, *La lucha por la dignidad*. Barcelona, Anagrama, 2005, p. 27.

⁴ Roses Periago, Mirta, *En organización mundial de la salud. Organización Panamericana de la Salud. Promoción de la Salud, el Bienestar y la Seguridad Humana. Informe Anual del Director 2010*. Visto en <http://www.paho.org>, el día 20 de enero 2012.

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación Judicial de la Federación. Colección Garantías Individuales. Las Garantías de Seguridad Jurídica. México, Ediciones Corunda, pp. 13 y 14.

ran afectar la esfera jurídica de los individuos. Los requisitos están previstos en la Constitución y las leyes secundarias. Si el Estado comete actos donde tales requisitos no se hayan cubierto, la seguridad jurídica de los gobernados será afectada. No caer en estado de indefensión o incertidumbre jurídica. La importancia de las garantías de seguridad jurídica radica en que se erigen como baluartes del acceso afectivo a la justicia, al que tienen pleno derecho los individuos de toda sociedad libre y democrática, donde el Estado no subordina a sus intereses la estabilidad social que demanda la subsistencia del derecho. Pervivencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones. Mientras la conducta del Estado para con los particulares no desborde el marco de libertad e igualdad que la Constitución asegura mediante las garantías individuales, es de esperar que la situación igualitaria y de libertad de los gobernados no degeneren en condiciones de desigualdad que entrañan caos social. De lo anterior se desprende que la importancia de las garantías de seguridad jurídica es fundamental, pues de ellas depende el sostenimiento del Estado de Derecho.

Pensar en seguridad humana, no se reduce a pensar en seguridad jurídica. La seguridad humana está en un contexto de relaciones humanas, y no necesariamente como norma. No obstante a ello, lo sustancial es la seguridad. Metodológicamente hablando la seguridad jurídica está el contenido de la seguridad humana, esta representa una necesidad social y una necesidad individual en la escala de necesidades. En esta escala de necesidades la jurídica es una necesidad de carácter imperativo en una sociedad civilizada ello en razón que los derechos están garantizados frente a un Estado y a sus iguales, sin embargo, esta sociedad civilizada no puede reducirse a la seguridad humana, con la seguridad jurídica.

III. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

La finalidad de este trabajo ha sido demostrar que la solidaridad es un vínculo entre seguridad jurídica y la seguridad humana, para

ello se realiza una descripción y análisis del problema a partir de una comparación entre dos visiones, la lógica del derecho y la parte axiológica; las preguntas que sostiene la columna vertebral de esta investigación son ¿seguridad jurídica es suficiente para asegurar la seguridad humana? ¿El principio de solidaridad es un vínculo entre la seguridad jurídica y la seguridad humana? ¿La Solidaridad humana es una responsabilidad conjunta?

Bajo estas premisas fundamentales encontramos a la seguridad jurídica, a partir de la cual encontramos por una parte que no es suficiente el establecimiento de normas que sean producto de intereses políticos y por la otra la racionalidad no solo en la creación de la norma sino además en el comportamiento de la sociedad. Así con una visión epistemológica del derecho a partir del principio de solidaridad encontraremos el punto de unión entre seguridad jurídica y humana.

El termino seguridad jurídica se reduce a establecer en un orden jurídico los derechos y obligaciones, sin embargo, existen otras preocupaciones generadas en el seno humano, de trascendencia social con extensión y alcance global, que desde la perspectiva de los derechos humanos, son derechos mínimos de existencia tendientes a satisfacción de necesidades elementales de las personas. En este contexto dichos derechos no necesariamente deben estar protegidos o garantizados por un orden jurídico, aun así son derechos, derechos desde la perspectiva humana, que requieren de mandato y observancia humana, ejemplo de ello es la pobreza que trae aparejada una serie de preocupaciones como, la desigualdad económica, salud, educación, empleo, cultura y medio ambiente.

IV. SEGURIDAD JURÍDICA *vs.* SEGURIDAD HUMANA

En nuestro sistema jurídico mexicano el hablar de justicia nos inclinamos por una visión filosófica del término, no así, hablar de SEGURIDAD JURÍDICA es hablar uno, de las garantías pilares de nuestra

sistema jurídico haciendo referencia a la certeza en el ordenamiento legal, previsibilidad en su aplicación, por una parte esta garantía tiene que ver con el gobernado, a fin de tener la certeza en los bienes jurídicamente protegidos por la Constitución, y por la otra, con la autoridad la cual debe sujetarse a los ordenamientos legales a fin de abstenerse de no vulnerar los derechos de los ciudadanos. Las garantías de seguridad Jurídica “son derechos públicos subjetivos a favor de los gobernados, que pueden oponerse a los órganos estatales para exigirles que se sujeten a un conjunto de requisitos previos a la emisión de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos, para que éstos no caigan en la indefensión o la incertidumbre jurídica, lo que hace posible la pervivencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones”,⁶ ahora bien, los elementos que integran las garantías de seguridad jurídica son:⁷

1. Derechos públicos subjetivos a favor de los gobernados. Lo son porque pueden hacerse valer ante sujetos pasivos públicos, es decir, el Estado y sus autoridades, y subjetivos porque entrañan una facultad derivada de una norma.
2. Oponibles a los órganos estatales. Significa que el respeto a este conjunto de garantías puede reclamarse al Estado.
3. Requisitos previos a la comisión de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos. Los requisitos están previstos en la Constitución y las leyes secundarias. Si el Estado comete actos donde tales requisitos no se hayan cubierto, la seguridad jurídica de los gobernados será afectada.

⁶ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 504; Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 9a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 147; Castro, Juventino V., *op. cit.*, p. 250; Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. México, Porrúa/UNAM, 1997, p. 169; Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, t. II, 6a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 18.

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Colección Garantías Individuales. Las Garantías de Seguridad Jurídica. México, Ediciones Corunda, pp. 13 y 14.

4. No caer en estado de indefensión o incertidumbre jurídica.
La importancia de las garantías de seguridad jurídica radica en que se erigen como baluartes del acceso afectivo a la justicia, al que tienen pleno derecho los individuos de toda sociedad libre y democrática, donde el Estado no subordina a sus intereses la estabilidad social que demanda la subsistencia del derecho.
5. Pervivencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones. Mientras la conducta del Estado para con los particulares no desborde el marco de libertad e igualdad que la Constitución asegura mediante las garantías individuales, es de esperar que la situación igualitaria y de libertad de los gobernados no degeneren en condiciones de desigualdad que entrañan caos social. De lo anterior se desprende que la importancia de las garantías de seguridad jurídica es fundamental, pues de ellas depende el sostenimiento del Estado de Derecho.

Pretende que las autoridades del Estado no apliquen arbitrariamente el orden jurídico a los individuos, cuya libertad y dignidad se salvaguarda cuando las autoridades actúan con apego a las leyes, particularmente a las formalidades que deben observarse antes de que a una persona se le prive de sus propiedades o de su libertad. Los artículos que consagran estas garantías son el 8o., el 14, y del 16 al 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Bajo la perspectiva de la Seguridad Jurídica resulta muy complicado analizar a la Seguridad Humana, si bien es cierto que la seguridad jurídica son derechos exigibles en favor de los gobernados por disposición de una norma legal, de respeto y exigencia, garantías que pueden reclamarse al Estado, no menos cierto es que existen condiciones de pobreza, situaciones socioeconómicas de la población que impiden el desarrollo de la sociedad y la igualdad de condiciones, sin embargo, esta carencia de posibilidades, son derechos que difícilmente se pueden reclamar al Estado.

En este mismo orden de ideas el ordenamiento jurídico que corresponde a un sistema legal encabezado por la Ley fundamental que es la Constitución establece requisitos previos para garantizar la seguridad jurídica del gobernado y si estos requisitos no se cumplen resulta evidente la afectación y por ende un estado de indefensión o incertidumbre jurídica, ello ocasiona que los individuos acudan hacer valer el derecho al acceso a la justicia, con ello se pone en evidencia las condiciones de igualdad y libertad de todos los ciudadanos y la responsabilidad y el sometimiento del Estado al régimen jurídico, sin embargo, en la seguridad jurídica solo contemplamos la descripción de la norma, la igualdad jurídica, pero no se traduce en eficiencia del sistema jurídico.

Bajo esta perspectiva es necesario enfocarse a un derecho tutelado por la Constitución, y un derecho no tiene que ver con una necesidad, o estar sujeto a una política social del Estado-Gobierno, los derechos plasmados en la Constitución vinculados con las condiciones sociales, de salud, y cualquier otra que atente contra la dignidad no están sujetos a ser considerados en los planes gobierno, no es necesario estar plasmados en un plan nacional de desarrollo, los derechos son prerrogativas constitucionales que nos están sujetas a ninguna situación en política y económica en particular, incluso no están sujetas a ser consideradas como partidas económicas en el presupuesto de egresos, la seguridad jurídica no solo debe observarse en cuanto al cumplimiento de una norma, también en su eficiencia, de ahí que la seguridad jurídica está alejado de contrarrestar una realidad social y jurídica, al cuestionar el acceso a la seguridad social, al empleo, a evitar la violencia y el crimen organizado la seguridad humana, que según la Dra. Mirta Roses Periago⁸ directora de la organización panamericana de la salud, establece:

⁸ Roses Periago, Mirta, *En organización mundial de la salud. Organización Panamericana de la Salud. Promoción de la Salud, el Bienestar y la Seguridad Humana. Informe Anual del Director 2010*. Visto en <http://www.paho.org>. Consultado el 20 de enero 2012.

[...] la seguridad humana se expresa en un niño que no muere, una enfermedad que no se propaga, un empleo que no se elimina, una tensión étnica que no explota en violencia, un disidente que no es silenciado. La seguridad humana no es una preocupación por las armas; es una preocupación por la vida y la dignidad humanas”.

De manera que la seguridad humana no solo se identifica con la invasión extranjera con ánimo de hacer guerra, también tiene que ver con aquellos problemas de medio ambiente, problemas alimentarios, educación, salud, y hasta del establecimiento de cargas tributarias

El fundamento de la seguridad humana no se encuentra en un ordenamiento jurídico, se encuentra en una relación de derecho, en la existencia de derechos y obligaciones generadas en un entorno natural, en este sentido la seguridad humana es contenido de los derechos humanos en plural, y es en plural en razón de que los derechos humanos de la humanidad. Así la especie humana para salvaguardar su existencia requería de alimento, para asegurarse del mismo, cazaba, para asegurar su éxito construyó armas, se organizó en grupos, ahora, para asegurar su integridad y la de su familia en contra de las inclemencias del tiempo, construyó cuevas y posteriormente casas, su construcción tiene que ver con su seguridad humana. La cuestión de seguridad humana es éticamente fundada.

En este contexto la seguridad jurídica se debe visualizar objetivamente como un derecho de acción, como una relación justa, como una relación de derecho. La seguridad humana es parte de la justificación de Estado, materializado como un derecho de la humanidad, de sobrevivencia y no como un derecho individual, los riesgos contaminantes, una irrupción violenta, ataques nucleares, químicos, invasiones y migración,

Entre la seguridad humana y la seguridad jurídica, el principio de solidaridad, es una tema perdido en este laberinto moderno de tiempos en los que únicamente pensamos y dirigimos nuestros esfuerzos a satisfacer necesidades individuales, que en muchas oca-

siones no son básicas. En tiempos de desigualdades, pobreza, migración, racismo, invasiones, delitos de lesa humanidad, violencia, políticas deshumanas de los gobernantes; alejado del derecho, los valores éticos, la dignidad humana; pero inmersos en la ligereza de la legalidad, de la reducción de la descripción de la norma.

La seguridad humana no reconoce límites, son necesidades comunes entre los pueblos, (medio ambiente, migración). El concepto de seguridad es amplio, simplemente es condición humana sustantiva. A partir del concepto de seguridad se desprenden diversas denominaciones, todas ellas tendientes a describir necesidades de seguridad jurídica, seguridad económica, seguridad social, seguridad alimentaria, seguridad ambiental, al final, la parte esencial es la seguridad que, por su contexto, es humana, ya que todo ello es producto humano, de ocupación y preocupación social, si no alcanzan a satisfacer las necesidades esenciales del hombre no estaremos alcanzando la seguridad humana. Cuando se habla de derechos humanos de primera, segunda, tercera y cuarta generación estamos ante la necesidad de alcanzar una verdadera seguridad humana. Esta seguridad humana descansa esencialmente en la dignidad de las personas.

Podemos visualizar que la seguridad humana tiene una visión en donde la seguridad es un punto intermedio de una relación justa, un derecho universal, con valor para todos los humanos. Mientras que la seguridad jurídica es un derecho individual inmerso en la seguridad humana.

El derecho a un nivel de vida adecuado es un derecho individual, incluso considerado como un derecho humano. Visto como tal, este derecho individual depende de las condiciones económicas del país, es exigible, sí, pero materialmente imposible disfrutar, derivado de acontecimientos económicos que están fuera del alcance de lo social, hay seguridad jurídica, pero no humana. En razón de ello y en estas condiciones hay desigualdad económica, migración, en una palabra inseguridad.

V. LA SOLIDARIDAD.

A TRAVÉS DE LAS TEORÍAS TRIBUTARIAS

La solidaridad puede tener para algunas sociedades un carácter normativo, ya sea de manera expresa o puede desprenderse de ella; pero también como valor.

En la Constitución francesa de 1793 se establecía “La beneficencia publica es una deuda sagrada”.⁹ La Constitución de Grecia establece en su artículo 25-3: “El Estado tiene derecho a exigir que todos los ciudadanos cumplan su obligación de solidaridad social y nacional”. Por su parte, la Constitución de la República Italiana de 1947 establece:

La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.

En ese mismo sentido, la Ley fundamental de Alemania establece en su artículo 91:

La federación cooperará en los campos que a continuación se enuncian para el cumplimiento de las tareas de los Estados cuando estas revistan importancia para el conjunto y sea necesaria la colaboración de la federación para la mejora de las condiciones de vida. Las tareas a las que se refiere son: 1. Mejora de estructuras agrarias y de protección de costas, 2. Las llamadas tareas comunes, 3. Planificación básica común, 4. Sistema de asumir gastos y 5. Información sobre ejecución de tareas comunes.

Así, se establecen una serie de disposiciones en las que el derecho, valor o principio de solidaridad es frecuente, o expresiones tendientes a ello, como bienestar general. Bajo estas circunstancias

⁹ Citada por Marina, José Antonio y De la Válgoma, María, *La lucha por la dignidad...*, *op. cit.*, p. 35.

y en razón de los tiempos de globalización el término de solidaridad está íntimamente vinculado al plano económico. En México nuestra Constitución no menciona la palabra solidaridad, empero existen disposiciones de este ordenamiento que invocan a la participación social, entre los cuales podemos enunciar los siguientes.

1. Artículo 3¹⁰
2. Artículo 4¹¹

¹⁰ Artículo 3o. Toda persona tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Ciudad de México y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias.

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.

¹¹ Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable 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.

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.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

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.

3. Artículo 25¹²

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.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Toda persona tiene 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. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.

¹² Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

El Estado velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. El Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales deberán observar dicho principio.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, trans-

4. Artículo 3,1 fracción IV¹³

Es importante destacar que existen disposiciones legales atribuibles al compromiso institucional, al establecerse “el Estado garantizará, velará”, sin embargo, no solo la solidaridad refiere a la institución jurídica del Estado, sino además a cada uno de los ciudadanos, situación que corresponde al artículo 31 de referencia, en él se observa la obligación y responsabilidad colectiva de los ciudadanos mexicanos a contribuir al gasto público. Esta situación denota dos situaciones a comentar, por una parte la obligación de los ciudadanos de contribuir y por la otra la obligación del Estado

parencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar.

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.

¹³ Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria, secundaria, media superior y reciban la militar, en los términos que establezca la ley.

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar.

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior; y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

para obtener, administrar y aplicar al gasto público. Por lo que respecta a la figura del Estado su compromiso es determinante, su obligación no podrá cederla, es inmanente, pero no solo por disposición de una norma, sino por el fin del mismo, por la naturaleza de los recursos que obtendrá, para administrarlos y aplicarlos conforme lo dictan las disposiciones legales, y es aquí donde adquiere una relevancia la transparencia y rendición de cuentas y en donde se justifica una teoría impositiva y la eficiencia de la norma.

5.1. Teoría de la necesidad social

Esta teoría Andreozzi citado por Margain Manautou “expresa que el fundamento esencial del tributo es la satisfacción de las necesidades sociales que están a cargo del Estado, en su obra, cita Margain, que la necesidad social comparando las necesidades del hombre con las que la sociedad, las cuales divide en dos clases: físicas y espirituales. Las necesidades físicas del hombre, son: alimentación, vestido, vivienda, orden y seguridad, confort, servicios públicos, etcétera. Y por lo que toca a las necesidades espirituales, puede citarse; escuelas, universidades, museos, deportes, conciertos, etcétera”,¹⁴ en este mismo contexto, el sentido de la Constitución¹⁵ de México en su artículo 3o. está vinculado con la obligación del Estado a cubrir necesidades de tipo social.

Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado-Federación, Estados y municipios impartirán educación pre-escolar, primaria y secundaria. La educación primaria y secundaria son obligatorias.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a

¹⁴ Margain Manautou, Emilio, *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*. México, Porrúa, 1997, p. 116.

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *DOF* del 10 de junio de 2011.

la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa.

II. El criterio que orientara a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

Será 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.

Asimismo el artículo 4o. de la Constitución Mexicana¹⁶ establece que:

Artículo 4º. El varón y la mujer con iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

¹⁶ *Idem.*

De igual manera el artículo 27 de la Constitución Mexicana¹⁷ establece en su artículo 27 lo siguiente:

Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originalmente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

La expropiaciones solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con el objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

En esa misma idea de la necesidad social tenemos también lo establecido por el artículo 123 de la Constitución Mexicana.¹⁸

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.

Desde la perspectiva de esta teoría el funcionamiento natural del Estado existiendo una preocupación por aquellas personas que integran el mismo, como una justificación ética y solidaria, y políticamente como una manera de legitimarse

5.2. Teoría del gasto público

Esta teoría es la reflejada en la Constitución Mexicana en su artículo 31 en su fracción IV, el cual establece.

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *DOF* del 10 de junio de 2011.

¹⁸ *Idem*.

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley.

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar.

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior; y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. (Énfasis añadido).

Según la teoría fiscal define al gasto público como toda erogación hecha por el Estado a través de su administración activa, destinada a satisfacer las funciones de sus entidades en los términos previstos en el presupuesto.¹⁹

Asimismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha contribuido a establecer un concepto respecto del gasto público pronunciándose en los siguientes términos.

GASTO PÚBLICO. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA FISCAL RELATIVO GARANTIZA QUE LA RECAUDACIÓN NO SE DESTINE A SATISFACER NECESIDADES PRIVADAS O INDIVIDUALES.

El principio de justicia fiscal de que los tributos que se paguen se destinarán a cubrir el gasto público conlleva que el Estado al recaudarlos los aplique para cubrir las necesidades colectivas, sociales o públicas a través de gastos específicos o generales, según la teleología económica del artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que garantiza que no sean destinados a satisfacer necesidades privadas o individuales, **sino de interés colec-**

¹⁹ Margain Manautou, Emilio, *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*. México, Porrúa, 1966, p. 123.

tivo, comunitario, social y público que marca la Ley Suprema, ya que de acuerdo con el principio de eficiencia –inmanente al gasto público–, la elección del **destino del recurso debe dirigirse a cumplir las obligaciones y aspiraciones que en ese ámbito describe la Carta Fundamental**. De modo que una contribución será inconstitucional cuando se destine a cubrir exclusivamente necesidades individuales, porque es lógico que al aplicarse para satisfacer necesidades sociales se entiende que también está cubierta la penuria o escasez de ciertos individuos, pero no puede suceder a la inversa, porque es patente que si únicamente se colman necesidades de una persona ello no podría traer como consecuencia un **beneficio colectivo o social**. (Énfasis añadido).

Acción de inconstitucionalidad 29/2008. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso de la Unión. 12 de mayo de 2008. Once votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretarios: Israel Flores Rodríguez, Maura Angélica Sanabria Martínez, Martha Elba Hurtado Ferrer y Jonathan Bass Herrera.

El Tribunal Pleno, el veintiséis de marzo en curso, aprobó, con el número 15/2009, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de marzo de dos mil nueve.

Resulta evidente que para que una contribución sea Constitucionalmente aceptada será necesario que lo recaudado por la misma se destine al gasto público, lo que sería conveniente resaltar que un sistema fiscal se caracteriza por la obtención recaudación, administración y aplicación de los recursos, pareciera que nuestra institución encargada del control de las contribuciones presta más atención y regula la parte recaudatoria, sin embargo, poco se discute sobre la administración y aplicación de ese recurso, es menester hacer la aclaración que en la parte recaudatoria es en donde existe la relación jurídica-tributaria, Estado-Contribuyente, sujeto activo- sujeto pasivo.

Ahora bien, al existir esa relación jurídica tributaria de la que se hace referencia anteriormente, es necesario aclarar que la participación formal que tiene el órgano de Estado de participar en la aplicación en el gasto público es la cámara de diputados aprobando el presupuesto de egresos de la Federación como posteriormente se describirá en esta correlación de artículos.

Dentro de esas finanzas publicas el Estado obtiene ingresos cuya finalidad es aplicarlo al gasto público de gasto corriente, inversión o amortización de deuda pública, parte de esos gastos de inversión se destina al desarrollo económico para apoyos, pero también para el desarrollo social y regional, es ahí donde entran los proyectos de educación, salud, vivienda y trabajo, consideramos que el gasto público debe estar dirigido a los siguientes rubros.

- Financiar las actividades del sector público, tanto de la administración centralizada como de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, con el fin de que mejoren los rendimientos de estos.
- Promover el crecimiento y desarrollo económico y social, mediante el gasto en infraestructura, educación, salud, y en general, servicios públicos y seguridad pública.
- Aumentar el nivel de empleo y contribuir a que no disminuya, mediante la creación de fuentes de trabajo que permitan a su vez incremento en el ingreso y ahorro internos.
- Realizar inversiones públicas que propicien incremento en la producción, la estabilidad de precios y el mejoramiento de los servicios en general.

Ahora bien, este gasto es revisado mediante auditorías precisamente para asegurar su aplicación, sin embargo creo que el análisis va más allá de las reglas jurídicas y de la revisión de la aplicación del gasto público, debe medirse la eficiencia a partir de los índices de medición de los niveles de pobreza, educación, vivienda, seguridad social, en una palabra vida digna, servicios con dignidad, el Estado puede justificar partidas contablemente, pero no puede manipular la realidad, de manera que el problema no solamente es la escasez de los recursos, sino también su inadecuada distribución, y la verdad es que el ser humano cada día está más alejado de obtener lo indispensable que merezca para vivir, de alcanzar un bienestar, el ser humano tiene atributos que lo hacen ser, lo que es, la dignidad, libertad, igualdad; destacando la dignidad como

un valor, derecho y cualidad, que en estos tiempos de globalización son imperceptibles, nulos, de ahí, la frase de Königsberg que todo el “mundo tiene un precio, solo el hombre tiene un valor, pero el de Tagaste de Numidia no pliega sus alas y vuela más alto cuando afirma que “hombre es nuestro nombre eterno”,²⁰ en México como en el mundo se habla de una infinidad de temas que sin lugar a dudas son de mucha trascendencia, sean estos en el ámbito político, social, cultural, tecnológico, por el contrario sea abandonado como eje central al ser humano y evidentemente a sus derechos; derechos que en estos tiempos de globalización, desequilibran la balanza, en razón de intereses económicos, de manera que garantizar los derechos humanos, representa buscar las normas ausentes en un cuerpo legal, en una espesa reglamentación de carácter jurídico y perfectamente utilizadas por los representantes políticos, e interpretadas no menos elogiosamente por nuestros tribunales; los derechos deben representar una vida digna, garantizados por el derecho y por el Estado, aumentar un nivel de vida adecuado²¹ a un bienestar entendiéndose este como el “goce efectivo de todos los derechos consagrados en la Carta de Internacional de Derechos Humanos”, en dicho numeral se establece claramente que el nivel de vida adecuado comprende la satisfacción de las necesidades básicas, como alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales y derecho a seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez y otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por razones ajenas a su voluntad. El artículo 11 del Pacto²² establece además el derecho a mejorar las condiciones de vida, aunado a ello se establece la responsabilidad de los Estados a tomar las medidas necesarias para asegurar el goce de dichos derechos, se establece con toda claridad el derecho al desarrollo estableciendo.

²⁰ Hanssler, Barnhard, *El humanismo en la encrucijada*, p. 64. Madrid, MCMLXXI-II. Citado por Martínez Pineda, Ángel, *El derecho, los valores éticos y la dignidad humana*. México, Porrúa, 2000, p. 23.

²¹ Ver artículo 25 de la Declaración de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²² Declaración de los Derecho Económicos, Sociales y Culturales.

La distancia progresiva entre los países ricos y los países pobres y la diferencia en la distribución de los ingresos debida a la distribución desigual de la riqueza, muestran que el goce de la plenitud de los derechos humanos en el mundo tiene que superar grandes obstáculos para convertirse en una realidad. Por el contrario, ha aumentado la pobreza. Hay millones de seres humanos que se encuentran en estado de pobreza extrema. No es necesario recurrir a los analistas especializados para captar la relación entre la precariedad en la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y entre la persistencia y aumentos de los conflictos armados, que se caracterizan por la violación de los derechos humanos fundamentales. Estas circunstancias han planteado el debate sobre la consagración del desarrollo como derecho humano, que hizo posible la aprobación de la Declaración sobre el derecho al desarrollo en 1986²³ El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable, en virtud del cual toda persona humana y todos los pueblos tienen el derecho de participar y de contribuir a un desarrollo económico, social, cultural y político en el cual todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales puedan ser plenamente realizados y beneficiarse de este desarrollo.²⁴

Visto este derecho al desarrollo económico las personas deben tener cubiertas todas y cada una de sus necesidades tanto físicas (biológicas), psíquicas (racionales), atractivas y repulsivas:

1. Las necesidades físicas son aquellas de origen orgánico, aquellas que se relacionan con la conservación de la vida, la salud de las personas como por ejemplo el hambre, la sed, el frío, el alojamiento, el vestido, etcétera,
2. las necesidades psíquicas son las que se derivan de los pensamientos, las ideas y la cultura del hombre, por ejemplo, la necesidad de saber, de experimentar las emociones que produce la belleza, la necesidad de cariño, comprensión, justicia, confianza, etcétera.

²³ Galvis Ortiz, Ligia, *Comprensión de los Derechos Humanos. Una visión para el siglo XXI*. Colombia, Ediciones Aurora, 2005, p. 132.

²⁴ Declaración de los Derecho Económicos, Sociales y Culturales Artículo 1o.

3. Las necesidades pueden surgir por la falta o por el exceso de algo, entonces, las necesidades son atractivas cuando provienen de la falta del satisfactor que pueden hacer desaparecer la necesidad como por ejemplo el hambre proviene de la falta de alimento.
4. Hay también otra clase de necesidades denominadas repulsivas que son las que surgen por el consumo excesivo del satisfactor y provocan la necesidad de expulsarlas, como por ejemplo cuando se ha comido demasiado de algo, resulta necesario eliminar el exceso.

Sin duda para hablar de solidaridad como valor o como norma jurídica represente y aunado a la seguridad jurídica y humana, represente un tema complejo, en el convergen una serie de cuestiones políticas, económicas, culturales y sociales, condiciones humanas de trascendencia, sin embargo ahí radica la esencia del análisis jurídico y el alcance y extensión del derecho.

VI. CONCLUSIONES

La seguridad jurídica con su límite jurídico. Esta representa una de las garantías más importantes en nuestro sistema jurídico, son derechos de los ciudadanos que se pueden hacer valer ante las instituciones del Estado, baluarte del acceso efectivo a los órganos que imparten justicia, sin embargo, su alcance es limitado, se constriñe a la descripción y extensión de la norma jurídica. Está sujeta a una decisión legislativa, con esencia política, limitada para su aplicación e interpretación y en ocasiones alejada de la condición humana.

La seguridad humana como sistema abierto. Se requiere de un análisis profundo y en nuestro sistema legal de estudio distante, es de orden y pretensión universal, de percepción sensible al problema del dolor y condición humana, su estudio y análisis, es práctico,

es necesaria para la sobrevivencia de la sociedad, es de preocupación jurídica y de aplicación política. Cuando se hable de seguridad humana refiere un alcance y extensión de la condición humana, de bienestar social, de justicia, de racionalidad y de una relación de derecho y no de poder.

La solidaridad como principio y norma vínculo entre la seguridad jurídica y humana. El concepto de solidaridad representa en un estado de derecho en el que haya una eficiente y legal obtención de recursos financieros, una administración y una aplicación de los mismos, acompañado de una transparencia y rendición de cuentas; una distribución social que justifique legalmente la aplicación y legitimación del recurso financiero. En particular, se requiere que la solidaridad sea característica de una sociedad plural, racional y civilizada que contribuya a generar paz y seguridad humana en su interior, exigible como derecho pero merecedora de ella.

La seguridad humana, la jurídica y la solidaridad deben estar inmersas en un sistema abierto de Estado, por las implicaciones sociales, políticas, económicas y culturales en una sociedad perdida en los adelantos tecnológicos que controlan su lenguaje su tiempo, espacio e información. Que la seguridad humana, jurídica y la solidaridad sea una forma de hacer justicia. En palabras de Georges Renard: *Que todos crean en la justicia, y que su creencia no se deje conmovir por las espinas de la legalidad. ¡Creamos en la Justicia hasta el fin!*

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

BURGOA, Ignacio y Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917*, 9a. ed. México, Porrúa, 1995.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *DOF* del 10 de junio de 2011.

Declaración de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

GALVIS ORTIZ, Ligia, *Comprensión de los Derechos Humanos. Una visión para el siglo XXI*. Colombia, Ediciones Aurora, 2005.

- HANSSLER, Barnhard, *El humanismo en la encrucijada*. Madrid, MC-MLXXIII, p. 64.
- LARA PONTE, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, Porrúa/UNAM, 1997, p. 169.
- NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, t. II, 6a. ed. México, Porrúa, 2000.
- MARGAIN MANAUTOU, Emilio, *introducción al estudio del derecho tributario mexicano*. México, Porrúa, 1997.
- MARINA, José Antonio y María de la Válgoma, *La lucha por la dignidad*. Barcelona, Editorial Anagrama, 2005.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *El derecho, los valores éticos y la dignidad humana*. México, Porrúa.
- OTERO PARGA, Milagros, *Dignidad y solidaridad, dos derechos fundamentales*. México, Porrúa, 2006.
- ROSES PERIAGO, Mirta, *En organización mundial de la salud. Organización Panamericana de la Salud. Promoción de la Salud, el Bienestar y la Seguridad Humana. Informe Anual del Director 2010*. Disponible en: <http://www.paho.org>. Consultado el 20 de enero 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Colección Garantías Individuales. Las Garantías de Seguridad Jurídica. México, Ediciones Corunda.

LAS NEUROCIENCIAS COMO UNA HERRAMIENTA PARA EL MANEJO DE LAS ADICCIONES

*Ma. del Carmen Cortés Sánchez, Juan Manuel Ibarra Hernández,
José Alfredo Arellano Álamo, Adriela Fierro Rojas,¹
José Ramón Eguibar Cuenca²*

GENERALIDADES SOBRE LAS ADICCIONES

La visión actual es que las adicciones a las drogas son una enfermedad cerebral, crónica y recurrente que se caracteriza por la búsqueda y consumo compulsivo de sustancias que tienen como sustento factores predisponentes, precipitantes y que lo mantienen. En ello confluyen factores genéticos que predisponen a la adicción y factores biopsicosociales que lo sostienen. Estos factores son válidos para todas las drogas de abuso sean estas legales o ilegales. Por lo tanto, la adicción consiste en el uso constante y desmesurado de una droga, la cual involucra un proceso de reforzamiento conductual (Carlson, 2010).

Las drogas de abuso generan dependencia y se caracterizan por sus efectos reforzadores a través del sistema de recompensa cerebral, generando su uso compulsivo con pérdida del control y manteniendo su uso a pesar del daño que ocasiona tanto a nivel orgánico, cerebral y conductual. Adicionalmente, se produce una disminución en la sensación del efecto agradable por lo que se incrementa la dosis requerida para tener el mismo efecto (tolerancia). Por otra parte, la no exposición a la sustancia produce sínto-

¹ Laboratorio de Neurofisiología de la Conducta y Control Motor, Instituto de Fisiología, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Av. 14 Sur núm. 6301, Col. San Manuel, Puebla, Pue., C. P. 72570, México.

² *Idem*. Dirección General de Investigación, Vicerrectoría de Investigación y Estudios de Posgrado, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Calle 4 Sur núm. 303, planta alta, Col. Centro, Puebla, Pue. C. P. 72000, México.

mas de abstinencia, cuando esto sucede, la persona experimenta una serie de trastornos fisiológicos, neurológicos y psicológicos desagradables que son propios de este síndrome.

Las drogas de abuso se caracterizan porque a pesar de periodos de abstinencia más o menos prolongados se puede tener una recaída en cualquier momento. Todo tipo de droga tiene una manera especial de actuar sobre el organismo. En algunos casos, sus efectos no son necesariamente dañinos y, dependiendo del modo y tiempo de consumo, pueden no causar dependencia. Sin embargo, cuando la droga se utiliza recreativamente, sin discriminación, en dosis y periodos prolongados y recurrentes de consumo, puede generar dependencia.

En el sujeto adicto el estado de dependencia, se caracteriza por que tiene la necesidad de volver a consumir la sustancia después de la intoxicación con tal de evitar el síndrome de abstinencia, lo que a su vez provoca incremento en la tolerancia hacia dicha droga, es decir, el individuo necesita cada vez una mayor cantidad de la droga para experimentar el mismo efecto que en las fases iniciales del consumo (American Psychiatric Association, 2013).

No todas las personas que consumen drogas se vuelven dependientes a ellas. Las drogas difieren en su capacidad para que el sujeto se vuelva dependiente, partiendo desde las de alto riesgo como la cocaína, heroína y nicotina, hasta las de bajo riesgo como el alcohol, marihuana, éxtasis y anfetaminas (Carlson, 2010). Los factores que influyen en el proceso de dependencia incluyen los tiempos de consumo y adicción y el tipo de consumo, es decir, si se consume solo una sustancia o varias a la vez.

Cualquier droga consumida en exceso provoca una activación directa del sistema límbico, el cual está encargado de los procesos de recompensa y placer, involucrados en el reforzamiento de comportamientos apetitivos, la memoria y el aprendizaje (Kuhar, 2012).

De acuerdo con el Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos Mentales (versión 5) los trastornos por consumo de sustancias se dividen en:

- a) Trastornos por consumo de sustancias.
- b) Trastornos inducidos por sustancias, que comprenden la intoxicación, abstinencia y otros trastornos.

El trastorno por consumo de sustancias consiste en que el consumo produce un deterioro o malestar clínicamente significativo y se manifiesta durante un periodo de 12 meses, en los que se deben presentar las siguientes condiciones:

1. Un consumo frecuente de una o más drogas en cantidades que aumenta progresivamente y durante un tiempo prolongado.
2. Deseo persistente o esfuerzos fallidos por abandonar o controlar el consumo de la droga.
3. Inversión considerable en actividades, generalmente ilegales o conductas de riesgo, para conseguir la droga, consumirla o recuperarse de sus efectos.
4. Deseo intenso y necesidad de consumir la droga.
5. Consumo recurrente de la droga que lleva al incumplimiento de actividades sociales imperativas (laborales, académicas, familiares).
6. Consumo continuado de la droga a pesar de las consecuencias y problemas sociales o interpersonales.
7. El consumo de la droga provoca el abandono o la supresión de importantes actividades sociales, profesionales o recreativas.
8. El consumo recurrente de la droga en situaciones en las que está relacionado un riesgo físico.
9. Continuación del consumo de la droga a pesar de padecer las consecuencias físicas y psicológicas.
10. Desarrollo de la tolerancia, la cual es la necesidad de consumir mayores cantidades de la droga para conseguir la intoxicación o el efecto deseado tras la reducción de los efectos iniciales del consumo.

11. Desarrollo de la abstinencia, que consiste en la aparición de efectos fisiológicos y psicológicos negativos que se producen después de la suspensión del consumo y puede involucrar la reanudación del consumo de la droga para evitar o aliviar los síntomas negativos de la abstinencia.

La abstinencia también es un factor principal en la generación de la adicción, ya que después del cese del consumo de la droga se presenta una hiperactividad del sistema nervioso autónomo, el cual es el responsable de reacciones fisiológicas como la sudoración, aceleración del ritmo cardíaco y respiratorio, agitación psicomotora, temblores, hipervigilancia, nerviosismo y aprensión, los cuales son síntomas característicos de la ansiedad (Smith y Randall, 2012).

En el caso de los trastornos por consumo de sustancias, los síntomas anteriores suponen un malestar clínico significativo y deterioro en ámbitos sociales, laborales y otras áreas importantes de funcionamiento interpersonal, las cuales no se atribuyen a otra afección médica.

Los trastornos inducidos por sustancias son aquellos que son derivados de los efectos de las drogas en el organismo, los principales son la ansiedad y las alteraciones del sueño.

La ansiedad se desarrolla poco después de la intoxicación o en la abstinencia, y sus síntomas pueden ser persistentes e incapacitantes para el individuo. De tal manera que existe una relación bilateral entre el consumo de drogas y la generación de la ansiedad. Para explicar esta relación, se han propuesto tres modelos por Smith & Randall (2012):

1. La ansiedad como producto directo de la adicción, que es cuando no había ansiedad al inicio del consumo y apareciendo después de la generación de la tolerancia y persistiendo durante la abstinencia.
2. La adicción es producto directo de la ansiedad, en donde la ansiedad antecede a la adicción y es el factor principal para

la ingesta, ya que ciertas drogas, como el alcohol, se buscan por sus efectos ansiolíticos.

3. La existencia de un factor común, es decir, que no existe una relación causal directa entre los dos trastornos, sino que existe un tercer factor que puede ser el causante para presentar trastornos de ansiedad como rasgos genéticos, el contexto socio-cultural y económico, y rasgos de personalidad del individuo.

La ansiedad inducida por el consumo de una droga se presenta en tres periodos: durante la intoxicación, durante la abstinencia o cuando se inicia el tratamiento de rehabilitación (American Psychiatric Association, 2013).

Para el caso de los trastornos del sueño en un sujeto adicto, estos son más frecuentes en la etapa de intoxicación y en la de abstinencia; sin embargo, es importante señalar que en algunos casos cuando el sujeto ya tenía trastornos del sueño como el insomnio, es común el uso de alcohol o somníferos para inducir el sueño (Brower, Aldrich, Robinson, Zucker, & Greden, 2001), lo que en etapas posteriores de la adicción dificultará su tratamiento y ocasionará un deterioro en los ámbitos sociales, laborales y fisiológicos (American Psychiatric Association, 2013).

Uno de los principales trastornos del sueño es el insomnio, el cual puede ser de inicio, que se define como la dificultad para conciliar el sueño, el insomnio de mantenimiento, que es la dificultad para mantener el sueño durante la noche, y el mixto, el cual consiste en dificultades para conciliar el sueño y además se tienen varios despertares nocturnos. También están presentes otras alteraciones como comportamientos anormales en el sueño, excesiva somnolencia diurna, cansancio y fatiga. Las alteraciones en el sueño pueden presentarse durante la intoxicación así como durante o después de la abstinencia.

En base a esto existe una cadena que lleva a la adquisición de la adicción que comienza con la primera experiencia que usual-

mente es la que se regala o se ofrece en fiestas diseñadas *ex profeso* como son las fiestas rave, que lleva del consumo recreacional, como en el caso del alcohol, a un consumo moderado hasta la intoxicación alcohólica (borrachera), que al repetirse de manera regular sobre todo en adolescentes conlleva a la adicción.

Se ha podido demostrar experimentalmente que del consumo discrecional hasta la borrachera en fines de semana puede llevar al uso irracional del alcohol y a la dependencia, siendo las drogas legales (alcohol y tabaco) las que generan un mayor costo en salud y en muertes tempranas en jóvenes que todas las drogas ilícitas juntas.

LAS DROGAS DE ABUSO

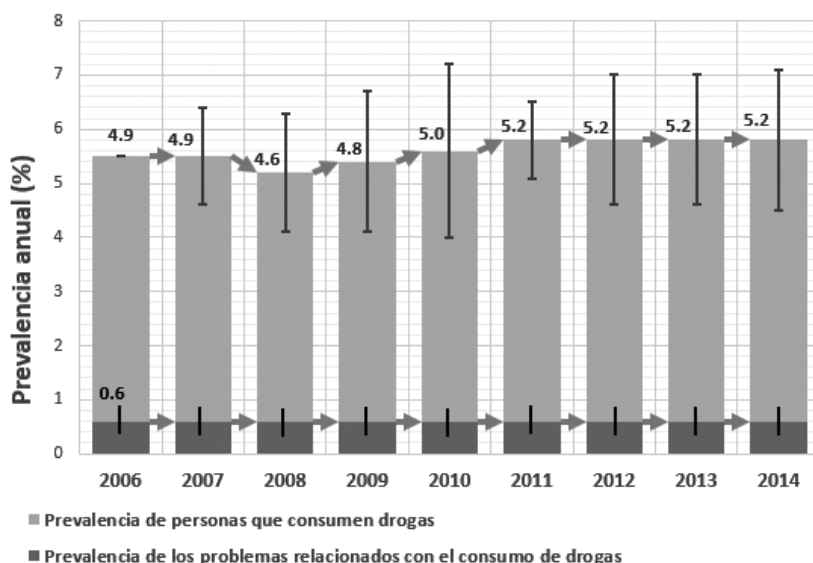
Las drogas de abuso se agrupan en dos grandes grupos, las que son legales como alcohol, tabaco, cafeína (café, bebidas energéticas, refrescos de cola), teofilina (té negro y sus variedades) y teobromina (chocolate); y las ilegales donde existen un grupo muy diverso que abarca sustancias naturales provenientes de plantas como el tetrahidrocanabinol y sus derivados de la marihuana; la cocaína, del arbusto de coca; la heroína, de la amapola o adormidera; la psilocibina como de los hongos alucinógenos. Adicionalmente, hay drogas adictivas de síntesis que son un conjunto de sustancias psicoestimulantes que se obtienen a través de procesos químicos. Ejemplo de estas sustancias son: la anfetamina, la 3,4-metilendioxi-metanfetamina (MDMA) o éxtasis, la marihuana sintética, fenciclidina o polvo de ángel, y la dietilamida de ácido lisérgico, mejor conocida como LSD (por sus siglas en inglés).

EL PANORAMA MUNDIAL DE LAS DROGAS

En general, la situación del consumo de drogas a escala mundial ha permanecido estable en los últimos cinco años. Aunque se ha

registrado cierto aumento en el número total estimado de consumidores de sustancias ilícitas, este aumento es reflejo del aumento de la población mundial (Figura 1 y 2). Se ha calculado que 1 de cada 20 adultos (5.2%), es decir, alrededor de 250 millones de personas, entre 15 y 64 años, consumieron por lo menos una droga en el 2014. Sin embargo, los problemas relacionados con el consumo de drogas no han cambiado en los últimos 10 años y permanecen en 0.6% (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2016; véase figura 1).

Figura 1. Tendencia mundial de la prevalencia estimada del consumo de drogas, 2006-2014.



El porcentaje es estimado en sujetos adultos de 15 a 64 años que consumieron drogas en el año anterior. (Tomada del informe mundial sobre las drogas, 2016).

Figura 2. Prevalencia del consumo de drogas por países en el 2014



Los colores representan el porcentaje de personas adictas a las drogas por inyección. Debe notarse que México se encuentra en la escala baja (0.11-0.25%) mientras que Estados Unidos de América está en una escala alta (>1%). (Tomada del informe mundial sobre las drogas 2016).

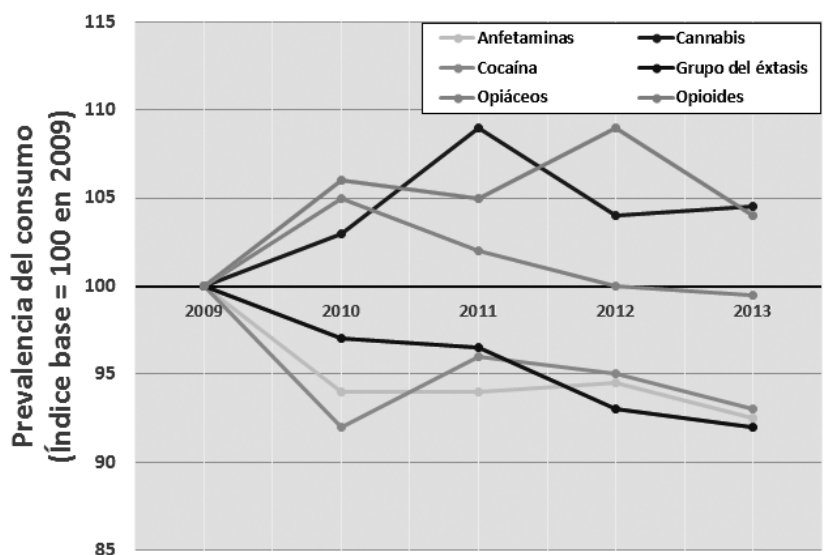
Tabla 1. Uso, abuso y dependencia de drogas en hombres y en mujeres

	<i>Uso*</i>	<i>Abuso**</i>	<i>Dependencia**</i>	<i>Abuso/dependencia**</i>
Alcohol				
Hombres	69.9 (0.2)	8.0 (0.2)	6.2 (0.1)	14.2 (0.3)
Mujeres	62.5 (0.3) †	4.0 (0.1) †	3.8 (0.1) †	7.8 (0.1) †
Marihuana				
Hombres	13.7 (0.3)	6.8 (0.3)	10.4 (0.2)	17.2 (0.4)
Mujeres	8.4 (0.2) †	4.4 (0.2) †	8.6 (0.3) †	13.1 (0.5) †
Cocaína				
Hombres	2.9 (0.1)	8.4 (0.4)	16.7 (1.1)	25.1 (1.2)
Mujeres	1.4 (0.1) †	6.0 (0.6) †	19.3 (1.2)	25.3 (1.2)
Heroína				
Hombres	0.3 (0.02)	8.7 (0.9)	53.6 (2.6)	62.3 (2.9)
Mujeres	0.1 (0.01) †	4.9 (0.9) †	57.8 (2.1)	62.7 (2.6)

Los datos mostrados son la media (error estándar de la media). Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos de América. Encuesta nacional sobre consumo de drogas y salud, 2003-2012. * Porcentaje del total; ** Porcentaje de usuarios; † Hombres versus mujeres (Prueba t de Student, $P < 0.05$). Abuso de Sustancias y Administración de Servicios de Salud Mental (2013).

La marihuana o cannabis es la sustancia ilícita más consumida a nivel mundial. Registrándose un pequeño aumento de la prevalencia de consumidores de cannabis en los últimos seis años, esto es 180.6 millones, es decir, un 3.9% de la población de 15 a 64 años de edad (véase figura 3).

Figura 3. Tendencias mundiales de la prevalencia del consumo de distintas drogas para el periodo 2009-2013.



El porcentaje está basado en lo estimado de adultos de 15 a 64 años que consumieron cada sustancia en el año anterior. (Tomado del informe mundial sobre las drogas 2015).

En el 2013, la marihuana fue la droga que mayormente fue consumida en Colombia, Norteamérica, Europa y Australia (véase Figura 4; Informe Mundial Sobre las Drogas, 2015).

Si bien, la marihuana es una droga asociada con menor mortalidad que muchas otras sustancias, la marihuana presenta riesgos para la salud, especialmente para los usuarios adolescentes cuyos cerebros están aún en desarrollo.

Figura 4. Consumo de marihuana en el 2013



Note que México, a pesar de ser un productor de marihuana, su consumo es bajo (1.01-2.5%) en comparación con Estados Unidos de América y Canadá. Tomado del informe mundial sobre las drogas 2015.

México y los Estados Unidos de América son los principales productores de marihuana en el mundo. Su consumo va en ascenso y se prevé que se incremente aún más debido a que ya casi la mitad de los estados de los Estados Unidos de América la han aprobado para su uso medicinal y tres de ellos incluso la han aprobado con fines recreativos. Este panorama debe replantear la actitud del Estado mexicano hacia la marihuana y el proceso de legalizarla como una cuestión de tiempo. Los cambios a la ley de posesión han generado más problemas que soluciones, ya que un policía no cuenta con los instrumentos necesarios para determinar si el poseedor de marihuana tiene tan solo 30 gramos para su consumo, por lo que requeriría de una báscula de precisión, lo que no es viable. Esto hace imperativo adecuar el marco normativo.

En este mismo sentido, el consumo de cocaína ha permanecido bastante estable a nivel mundial en el período de 1998 al 2014, oscilando entre el 0.3% y el 0.4% de la población de 15 a 64 años

de edad. Sin embargo, como la población ha aumentado también lo ha hecho el número de consumidores, que pasó de unos 14 millones en 1998 a 18.8 millones en el 2014. Por lo que ha aumentado un 10% el cultivo del arbusto de coca, siendo Colombia, Bolivia y Perú los principales países productores de este alcaloide; los cuales proveen el 84% de la cocaína a Estados Unidos de América, pasando por Centroamérica y México, dando lugar a niveles de violencia crecientes en dichos países y a la creación de los denominados carteles, primero liderados por capos colombianos y ahora por capos mexicanos.

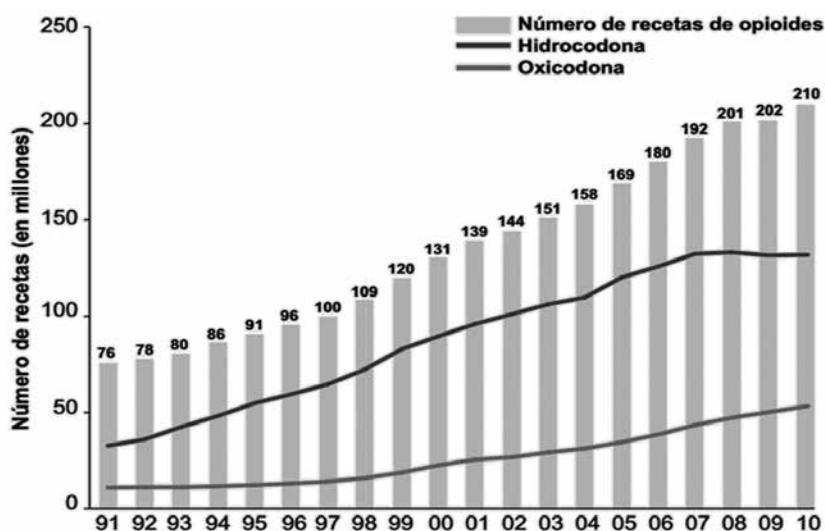
En este mismo contexto, el consumo de estimulantes relacionadas con las anfetaminas sigue estando muy extendido en todo el mundo. En el 2011, el 0.7% de la población mundial de 15 a 64 años de edad, esto es 33.8 millones de personas, consumieron estas sustancias el año anterior, incautándose 123 toneladas de anfetaminas, cifra que aumentó a 170 toneladas en el 2014.

Por otra parte, el consumo de medicamentos de venta con receta como sedantes y tranquilizantes ha aumentado. En el caso de los opioides, su consumo ha aumentado en algunas partes de Asia, África, Europa y América del Norte desde el 2009.

En Europa existe una disminución en el consumo de heroína, probablemente debido a tres causas: el envejecimiento de la población, el incremento de consumidores en tratamiento y del aumento de la interceptación de los suministros. Pero se ha incrementado el uso de opioides de venta con receta como la vicodina y el oxycontin para fines médicos y no médicos a través el mercado negro. Dicha actividad se ha convertido en un problema grave de salud pública en los Estados Unidos de América (Figura 5), calculándose que existen ya 52 millones de adictos (el 20% de las personas de 12 a 64 años) que han consumido medicamentos de prescripción por razones no médicas al menos una vez en su vida (Doyle, 2015). Beth Han, autora principal del análisis e investigadora de la Administración de Servicios de Salud Mental y Adicciones, en Rockville, Maryland en los Estados Unidos de América opina que probablemente la cau-

sa del aumento del consumo de opioides con receta se deba a su uso inadecuado en el tratamiento del dolor crónico. Sin embargo, quizá este tratamiento inadecuado se deba al aumento en dicho país de las demandas legales por parte de los pacientes que consideran no fueron bien atendidos. En el 2007, la cifra de muertes por sobredosis por opioides de prescripción superó el número total de muertes por heroína y cocaína juntos (Instituto Nacional sobre el Abuso de Drogas, 2012). De tal forma que se han establecido medidas más estrictas para que los médicos justifiquen la prescripción de opioides y se ha liberalizado el mercado de antagonistas (drogas que tiene el efecto opuesto) de opioides dado los problemas que se generan por su uso crónico como la falta de defecación que lleva a la constipación o incluso a la falla respiratoria. Este último es un punto que debe ser analizado por los distintos actores, incluyendo los legales. En la Figura 5 se ilustra el incremento constante de recetas de opioides en los últimos 25 años en los Estados Unidos de América.

Figura 5. Número total de recetas de opioides dispensadas por farmacia de venta al público en los Estados Unidos de América (1991 al 2010)



Note que existe un crecimiento en la prescripción de ambos opioides.

En cuanto a la producción, Afganistán es el principal productor y cultivador de opio a nivel mundial (183,000 hectáreas, casi dos tercios de lo cultivado mundialmente en el 2014). Mientras que México es el principal productor en América.

CONSUMO DE ALCOHOL, UN PROBLEMA MAYÚSCULO PARA LA SOCIEDAD

En el caso del alcohol, una de las drogas legales, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha reportado que 3.3 millones de muertes al año se deben al consumo de alcohol, lo que representa un 5.9% de todas las defunciones. Adicionalmente, el alcohol causa más de 200 enfermedades y trastornos debidos su consumo nocivo. En el 2010, el consumo total de alcohol per cápita en todo el mundo registró un promedio de 21.2 litros de alcohol puro entre los hombres, y 8.9 litros entre las mujeres.

En México a través de la Encuesta Nacional de Adicciones (ENA); (Secretaría de Salud, 1990, 1994, 1998, 2003, 2009) se ha mostrado que disminuyó la percepción de riesgo en la ingestión de alcohol entre la población, con un incremento concomitante en su tolerancia social; lo cual es congruente con la tendencia al incremento del consumo de esta sustancia en nuestro país particularmente en los jóvenes y con inicio en su consumo a edades más tempranas. Se ha mostrado que el abuso o dependencia al alcohol se ha incrementado desde un 4.1% en el 2002 hasta un 5.5% en el 2008.

En la Tabla 2 se muestran los resultados nacionales sobre consumo de alcohol para la población total y su distribución por género del consumidor. Con respecto a las tres prevalencias de consumo, se observó un crecimiento significativo en cada una de ellas en el periodo de 2002 a 2011. De modo que la prevalencia de “consumo alguna vez en la vida” pasó de 64.9% hasta un 71.3%, mientras que la prevalencia de “consumo en los últimos doce meses” pasó de 46.3% hasta un 51.4% y el crecimiento mayor se presentó en la prevalencia de “consumo del último mes” ya que pasó desde un 19.2% hasta alcanzar un 31.6 por ciento.

Tabla 2. Tendencia al consumo de alcohol en población mexicana de 12 a 65 años

<i>Total</i>	<i>2002 (%)</i>	<i>2008 (%)</i>	<i>2011 (%)</i>	<i>IC 95 (%)</i>
Consumo alguna vez	64.9	61.3	71.3	70.07 – 72.60
Consumo último año	46.3	44.1	51.4	50.01 – 52.73
Dependencia	4.1	5.0	6.2	5.55 – 6.75
Hombres				
Consumo alguna vez	78.6	72.3	80.6	79.28 – 81.99
Consumo último año	61.1	55.9	62.7	60.83 – 64.53
Dependencia	8.3	8.5	10.8	9.67 – 11.98
Mujeres				
Consumo alguna vez	53.6	51.0	62.6	60.80 – 64.45
Consumo último año	34.2	33.2	40.8	38.95 – 42.59
Dependencia	0.6	1.8	1.8	1.36 – 2.18

Encuestas Nacionales de Adicciones 2002, 2008 y 2011. IC 95% (intervalo de confianza al 95%).

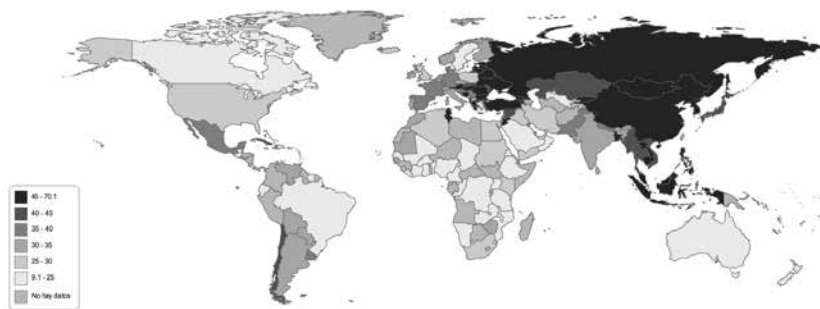
Esta conducta muestra importantes variaciones regionales. Hay más bebedores en las regiones del centro del país (Guanajuato, Hidalgo, Estado de México, Morelos, Puebla, Querétaro y Tlaxcala) y Norte-centro (Chihuahua, Coahuila y Durango); y menos en las regiones del Centro-Sur (Veracruz, Oaxaca, Michoacán y Guerrero) y Sur (Campeche, Quintana Roo, Chiapas, Tabasco, Yucatán). Sin embargo, existe un mayor consumo de grandes cantidades de alcohol en las regiones Norte-Oriente (Tamaulipas, Nuevo León y San Luis Potosí) y Norte-central (Chihuahua, Coahuila y Durango).

EL TABACO UNA DROGA ALTAMENTE ADICTIVA, LEGAL Y QUE GENERA PROBLEMAS DE FONDEO EN LOS SISTEMAS DE SALUD

Por lo que respecta al consumo de tabaco en el 2011 la Organización Mundial de la Salud reportó que mil millones de personas

fuman tabaco (Figura 6), otra droga legal, matando prematuramente a cerca de 6 millones de personas, causando pérdidas económicas de cientos de miles de millones de dólares americanos (Encuesta Nacional de Adicciones, Tabaco, 2011). El consumo de tabaco es el factor de riesgo para seis de las ocho principales causas de mortalidad en el mundo, además de ser el principal factor para desarrollar cáncer de pulmón (Rojewski y col., 2016), urogenital (Redrow y Martin, 2016), riñón (Cumberbatch y col., 2016), laringe (Zuo y col., 2016), gastrointestinal (Mysuru y Urooj, 2016), cavidad oral (Katsanos y col., 2015), leucemia (Metayer y col., 2016), enfermedad pulmonar obstructiva crónica (Montes y col., 2015), cardiopatía isquémica (Bass y col., 2016). Por lo que el consumo de tabaco y la exposición a su humo se mantiene como la primera causa de muerte prevenible a nivel mundial (Encuesta Nacional de Adicciones, Tabaco, 2011). Como se ilustra en la Figura 6, México se encuentra entre los países con una alta prevalencia de tabaquismo.

Figura 6. Prevalencia de tabaquismo a nivel mundial en el 2011



FUENTE: tomada de FUNDADEPS, Gobierno de España, 2017.

En nuestro país el tabaquismo continúa siendo un grave problema de salud pública, con una tendencia al incremento en la frecuencia de consumo (consumo activo) y a la exposición al humo de tabaco (consumo pasivo). Por lo que no es raro observar que las

enfermedades relacionadas con el consumo pasivo o activo del tabaco como el infarto agudo de miocardio, las enfermedades cerebro vasculares, las respiratorias crónicas y el cáncer de pulmón estén entre las primeras diez causas de muerte en México (Tabla 3).

Tabla 3. Principales 20 causas de muerte en México, 2015

Orden de Importancia	Causas
	Total
1	Enfermedades del corazón
	Enfermedades isquémicas del corazón
2	Diabetes mellitus
3	Tumores malignos
4	Accidentes
	De tráfico de vehículos de motor
5	Enfermedades del hígado
	Enfermedad alcohólica del hígado
6	Enfermedades cerebrovasculares
7	Enfermedades pulmonares obstructivas crónicas
8	Agresiones
9	Influenza y neumonía
10	Insuficiencia renal
11	Ciertas afecciones originadas en el periodo perinatal
12	Malformaciones congénitas, deformidades y anomalías cromosómicas
13	Desnutrición y otras deficiencias nutricionales
14	Lesiones autoinfligidas intencionalmente
15	Bronquitis crónica y la no especificada, enfisema y asma
16	Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana
17	Enfermedades infecciosas intestinales
18	Anemias
19	Síndrome de dependencia del alcohol
20	Septicemia

Tomado de INEGI. Dirección General de Estadísticas Sociodemográficas; Estadísticas Vitales.

EL MERCADO DE LAS DROGAS ILÍCITAS

Es claro que el problema de las drogas ilícitas es un problema que involucra distintos aspectos de la sociedad y quizás el más importante es la enorme demanda de estas, lo que genera un mercado

con un alto valor agregado. De hecho, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) calculan que el mercado del tráfico de drogas asciende a 344 mil millones de dólares americanos; mientras que los crímenes relacionados con la falsificación de dinero alcanzan los 288 mil millones; en cuanto a los crímenes ambientales, lo que incluye el mercado ilegal de marfil, cuernos de rinoceronte, y otros animales alcanza una cifra estimada de 258 mil millones, por último el tráfico de personas genera 157 mil millones de ganancias en las redes de prostitución, esclavización y demás.

En mercado de drogas ilícitas es el más productivo por lo que atrae a un mayor número de personas dadas las enormes tasas de ganancia que genera. De hecho, el menor precio se le paga al productor de hoja de coca, de bulbos de amapola o goma de opio y son las redes criminales las que se quedan con la mayor tajada de ese dinero, de hecho es el distribuidor en las grandes capitales del mundo el que se queda con la plusvalía y vendedor de menudeo el que mayor riesgo lleva en la cadena de venta. Para dar un ejemplo, el recolector de hoja de coca en Bolivia, donde su cultivo y consumo en forma de hojas es legal recibe 3.5 dólares americanos por cada kilo, mientras que el expendedor de drogas en las calles de Nueva York, Los Ángeles o Chicago vende el gramo de cocaína pura a aproximadamente 100 dólares americanos.

LAS NEUROCIENCIAS COMO UNA HERRAMIENTA PARA EL MANEJO HOLÍSTICO DE LAS ADICCIONES

Las neurociencias son un grupo de disciplinas que abordan el estudio del sistema nervioso en condiciones normales y de enfermedad (patología). El cerebro y la médula espinal constituyen al sistema nervio central (SNC), mientras que el sistema nervioso periférico (SNP), también denominado sistema nervioso autónomo, está conformado por el sistema simpático y el parasimpático que inervan a todas las vísceras del cuerpo.

El SNC puede ser analizado en base a sus funciones como son las motoras, las sensoriales, las emociones y las funciones cognitivas.

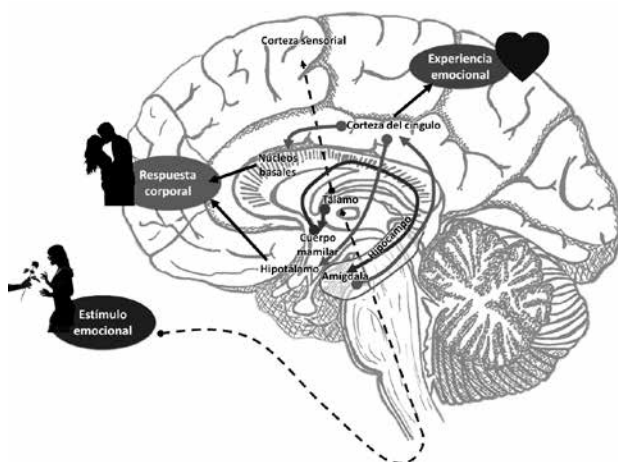
Las funciones motoras primarias, como los reflejos se localizan en la médula espinal a través de circuitos que controlan funciones simples, como por ejemplo la respuesta de estiramiento de la pierna en las pruebas realizadas por los médicos al golpearlos en la rodilla con un martillo, a este reflejo se le denomina patelar. Cuando nos quemamos o lesionamos con un objeto puntiagudo o filoso o que quema como una vela, se produce un reflejo de retirada de la fuente nociva o reflejo flexor. De hecho, la actividad básica para la marcha (locomoción) se debe a una serie de reflejos simples entre ambas extremidades de tal forma que al extenderse la del lado derecho se produce flexión en el lado izquierdo, y lo opuesto es válido cuando se da el paso, por lo que se le denomina reflejo cruzado. A nivel del tallo del cerebro se encuentran áreas que permiten el control del tono muscular, el nivel basal de contracción muscular que permite vencer a la fuerza gravitatoria y nos permite estar erguidos durante la fase de vigilia o estado despierto. Existen otras estructuras en lo profundo del cerebro, los denominados ganglios basales, que participan en la planeación del movimiento y en darle un sentido emocional a los mismos. Por último, el cerebelo (cerebro pequeño) es el encargado de coordinar y darle fineza a nuestros movimientos y participa en el aprendizaje de tareas motoras.

EL CIRCUITO DE LAS EMOCIONES

El circuito de las emociones fue descrito por primera vez por el médico Psiquiatra James Papez y consta de una serie de estructuras del cerebro que están interconectas y son las responsables de mediar las respuestas adaptativas relacionadas con la ira, el amor, el enojo, la alegría y el placer. El circuito está conformado por una serie de estructuras como son la corteza del cíngulo, el hipocampo, hipotálamo y tálamo, entre otros (véase la Figura 7).

El sistema límbico está involucrado en las respuestas emocionales especialmente en la ansiedad, la depresión y en las adicciones. La alteración del estado emocional es una de las razones más comunes para inducir el consumo de alcohol y otras drogas de abuso (Cooper, Frone, Russell, Mudar, 1995). La amígdala desempeña un papel crucial en el circuito de las emociones generando respuestas a estímulos positivos y negativos. Típicamente, la respuesta de la amígdala al estrés o a la aversión de un estímulo es un mecanismo adaptativo apropiado para preservar al organismo vivo. Sin embargo, la sobreestimulación de ésta como la que se da en el estrés crónico podría dar como resultado una interacción disfuncional con otros circuitos como la corteza prefrontal y los núcleos de estriado formando el circuito prefrontal-límbico-estriatal, cuya integración hace posible que el sujeto pueda regular cognitiva y conductualmente emociones, deseos e incluso el aprendizaje.

Figura 7. Circuito límbico o de Papez



Estructuras que se encuentran involucradas en el control de las emociones. El circuito inicia con un estímulo sensitivo somático o especial, como lo es el olfato. Posteriormente llega al tálamo, el cual manda información al cuerpo mamilar. El cuerpo mamilar hace sinapsis con las neuronas del hipocampo el cual le dan la temporalidad al estímulo, hasta llegar a la amígdala, encargada de darle un sentido emocional al estímulo. Finalmente salen axones a la corteza del cíngulo y de ahí a los núcleos basales e hipotálamo encargados de las respuestas corporales.

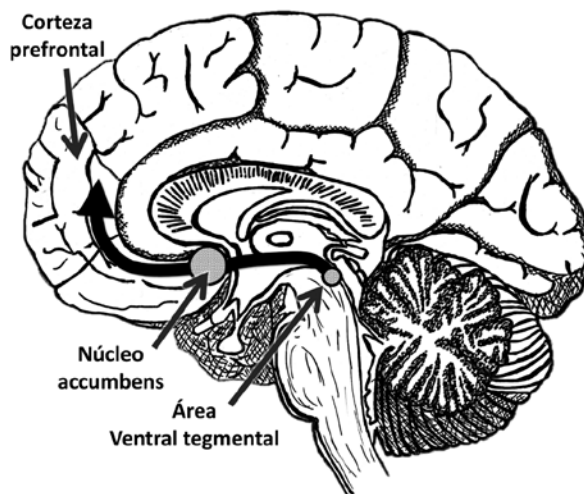
Se ha planteado que la integridad del circuito prefrontal-límbico-estriatal es vital para la susceptibilidad de un sujeto hacia las adicciones y su posterior recuperación. En estudios utilizando resonancia magnética funcional (fMRI de sus siglas en inglés) se pudo observar que en los sujetos con dependencia al alcohol tuvieron una respuesta mayor en el tálamo anterior y la corteza prefrontal lateral dorsal izquierda.

EL SISTEMA DE RECOMPENSA DEL CEREBRO

Este circuito del cerebro en el que relaciona el área ventral tegmental (AVT) con el núcleo accumbens (Nacc), el cual se activa al realizar actividades agradables como son el comer, el beber o la actividad sexual. Este circuito está involucrado entonces en la recompensa cerebral y la sustancia clave para lograrlo es la dopamina (DA). Las drogas de abuso actúan sobre este sistema, al activarlo se genera la sensación de bienestar que se experimenta al consumirlas. Como todo sistema químico al exponerse a la sustancia en reiteradas ocasiones, se produce una disminución de la sensación placentera debido a que los receptores de DA disminuyen, una manera que tiene el SNC para contrarrestar sus efectos y que se denomina adaptación. En base a lo anterior, el usuario tiene que incrementar la dosis y la frecuencia de la administración de la droga para poder generar la sensación placentera.

Si bien el cerebro en general sigue madurando y cambiando con la edad y las experiencias adquiridas, es claro que algunas áreas maduran más tempranamente y cambian menos con la edad como la médula espinal o el cerebelo. Sin embargo, existen otras áreas del cerebro que maduran tardíamente, especialmente la corteza prefrontal, que juega un rol central para el tema aquí tratado, la cual es una porción de la corteza cerebral más anterior (a la altura de la frente) y que se relaciona con la capacidad de tener juicio crítico, toma de decisiones y libre albedrío (véase Figura 8). Los

Figura 8. El sistema de recompensa del cerebro



Se muestra la ubicación de los principales núcleos que intervienen para que un estímulo pueda ser agradable o desagradable como son el área ventral tegmental (AVT) y el núcleo accumbens (círculos en gris) y la corteza prefrontal importante en la toma de decisiones. El AVT libera DA en el núcleo accumbens. La flecha muestra el flujo de la información.

estudios de imagenología como la resonancia magnética funcional, la tomografía por emisión de positrones han permitido evaluar de manera fidedigna como es el proceso de maduración de distintas áreas del cerebro y es la corteza prefrontal la última estructura del SNC en madurar. De hecho, es hasta los 21 años que se completa este proceso, edad que coincide con el incremento de la capacidad de los jóvenes de tomar decisiones que no ponen en riesgo su integridad. En base a esto la edad para venta de alcohol se incrementó en los Estados Unidos de América a 21 años y toda persona que solicita una bebida debe mostrar una identificación para validar su edad. Estas medidas asociadas a otras como la operación de alcoholímetros y el control de venta de alcohol en antros, estadios y otros espacios públicos han permitido disminuir considerablemente los accidentes asociados al consumo excesivo de alcohol.

En el caso de la marihuana, se ha visto que puede impedir la maduración estructural de los circuitos neuronales en la corteza prefrontal, lo que conduce al deterioro de la función cognitiva en la edad adulta (Renard y Cols., 20016). Estudios de imagenología han mostrado que el consumo repetido de marihuana durante la adolescencia induce cambios en la materia gris de la corteza prefrontal y temporal causando una alteración en las conexiones con las fibras del hipocampo (Renard y cols., 20016), quizá esto debido a que existe un alto número de receptores canabinoides distribuidos en la corteza, hipocampo, amígdala y cuerpo estriado (Herkenham y cols., 1991). En base a esto, tanto la investigación clínica como la preclínica han mostrado que el consumo de marihuana, especialmente antes de los 16 años, podría tener efectos a largo plazo sobre la cognición, la ansiedad y los comportamientos relacionados con el estrés y el abuso de sustancias.

Por otro lado, los estimulantes del tipo de las metanfetaminas fueron la excepción, en cuanto a la neurotoxicidad que inducen ya que fue muy baja en experimentos con animales jóvenes, siendo más marcada en la adolescencia, aumentando progresivamente hasta la edad adulta (Patia, 2016).

Es importante generar controles similares para el uso del tabaco y seguramente se requerirá para otras drogas de abuso en el futuro, particularmente las obtenidas de síntesis química. De hecho, medidas de control tan simples como el control de jeringuillas en adictos a la heroína han disminuido la incidencia de transmisión del virus de la hepatitis C o el de la inmunodeficiencia humana adquirida (SIDA). Adicionalmente, se tiene un control del enfermo y de su grado adicción con una medida tan simple.

CONCLUSIONES

Las neurociencias han permitido mostrar que existe en el cerebro un mecanismo de recompensa que es fundamental para nuestra

supervivencia ya que de ellos depende que actividades como el comer, la actividad sexual, la ingesta de agua sean placenteras. Sin embargo, este sistema es también el que responde en el caso de exposición a drogas, ya sean estas legales o ilegales. En base a lo antes expuesto se requiere una legislación ágil, que responda a lo que sucede en el mercado y que tome en consideración los hallazgos en las neurociencias.

Es necesario que la edad para el uso de cualquier sustancia sea al menos de 21 años, período en que termina la maduración de la corteza prefrontal y que permite un mejor control de las emociones. Segundo, es necesario capacitar a todo el personal involucrado en la impartición de justicia ya sean estos policías, agentes del ministerio público o jueces para que conozcan bases neurobiológicas de la adicción. Tercero, la adicción es una enfermedad y por tanto debe ser tratada por personal especializado en salud mental. Cuarto, la despenalización de las drogas ilícitas no incrementa la violencia, de hecho, la disminuye por lo que es una vía posible. Quinto es necesario ejercer un control con las drogas de tipo opioide y su prescripción porque es un problema creciente. Por último, es necesario que los legisladores tengan fundamentos científicos para su toma de decisiones y se eviten otros criterios cuando se elaboran leyes que involucran a las sustancias adictivas, sean estas legales o ilegales.

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos el apoyo del CONACYT a través de los proyectos de ciencia básica Núms. 243247 y 243233 para José R. Eguibar y Ma. del Carmen Cortés, respectivamente; también recibimos apoyo de los proyectos VIEP-BUAP 2017 del área de la Salud y del PRODEP para el Cuerpo Académico en Neuroendocrinología BUAP-CA-288. Juan Manuel Ibarra Hernández y José Alfredo Arellano Álamo reciben beca del CONACYT por sus estudios de Maestría en Ciencias Fisiológicas.

LECTURAS RECOMENDADAS

- American Psychiatric Association, “Trastornos por consumo de alcohol”, en *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, 5a. ed., Editorial Médica Panamericana, 2013, pp. 253-315.
- Instituto Nacional sobre el Abuso de Drogas, *Los medicamentos de prescripción: abuso y adicción*. Serie de reportes de investigación, 2012, pp. 1-16.
- NEIL, R. C., *Drogadicción. Fisiología de la conducta*, 10a. ed. Madrid, Editorial Pearson Prentice Hall, 2012.
- Secretaría de Salud, Gobierno Federal, *Encuesta Nacional de Adicciones 2011, Tabaco*. 1. ed., 2012.
- Secretaría de Salud, Gobierno Federal, *Encuesta Nacional de Adicciones 2011, Alcohol*. 1a. ed., 2012.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Informe Mundial sobre las Drogas*, 2015.
- Organización Mundial de la Salud, *Alcohol. Centro de prensa*, Nota descriptiva Núm. 349. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs349/es/>

REFERENCIAS

- BASS, A. R., Rodríguez; T. Hyun, G.; Santiago, F. G.; Kim, J. I.; Woller, S. C. y Gage, B. F., *Myocardial ischaemia after hip and knee arthroplasty: incidence and risk factors*. International Orthopaedics, 2015.
- BROWER, K. J.; Aldrich, M. S.; Robinson, E. A. R.; Zucker, R. A. y Greden, J. F., *Insomnia, self-medication, and relapse to alcoholism*. The American Journal of Psychiatry, 2001.
- COOPER, M. L.; Frone, M. R.; Russel, M. y Mudar, P., *Drinking regulate positive and negative emotions: a motivational model of alcohol use*. Journal of personality and social psychology, 1995.

- CUMBERBATCH, M. G.; Rota, M.; Catto, J. W. y La Vecchia, C., *The role of tobacco smoke in bladder and kidney carcinogenesis: a comparison of exposures and meta-analysis of incidence and mortality risks*. European Urology, 2016.
- HERKENHAM, M.; Lynn, A. B.; Johnson, M. R. y Melvin, L.S., *Characterization and localization of cannabinoid receptors in rat brain: a quantitative in vitro autoradiographic study*. The Journal of Neuroscience, 1991.
- KATHRYN, Doyle, *Aumentan las muertes por sobredosis con opioides en Estados Unidos*, en Reuters Health, Editorial Scientific American, 2015.
- KATSANOS, K. H.; Roda, G.; Brygo, A.; Delaporte, E. y Colombel, J. F., *Oral cancer and oral precancerous lesions in inflammatory bowel diseases: a systematic review*. Journal of Crohn's and Colitis, 2015.
- METAYER, C.; Petridou, E.; Aranguré, J. M.; Roman, E.; Schüz, J.; Magnani, C.; Mora, A. M.; Mueller, B. A.; de Oliveira, M. S.; Dockerty, J. D.; McCauley, K.; Lightfoot, T.; Hatzipantelis, E.; Rudant, J.; Flores-Lujano, J.; Kaatsch, P.; Miligi, L.; Wesseling, C.; Doody, D. R.; Moschovi, M.; MIGICCL Group; Orsi, L.; Mattioli, S.; Selvin, S.; Kang, A. Y. y Clavel, J., *Parental tobacco smoking and acute myeloid leukemia: The Childhood Leukemia International Consortium*. American Journal of Epidemiology, 2016.
- MICHAEL, Kuhar, *The addicted brain*. Editorial Pearson Education Inc, 2012
- MONTES DE OCA, M.; López Varela, M. V.; Acuña, A.; Schiavi, E.; Rey, M. A.; Jardim, J.; Casas, A.; Tokumoto, A.; Torres Duque, C. A.; Ramírez-Venegas, A.; García, G.; Stirbulov, R.; Camelier, A.; Bergna, M.; Cohen, M.; Guzmán, S. y Sánchez, E., *ALAT-2014 Chronic obstructive pulmonary disease (COPD) Clinical Practice Guidelines: questions and answers*. Archivos de Bronconeumología, 2015.

- MYSURU SHIVANNA, L. y Urooj, A., *A review on dietary and non-dietary risk factors associated with gastrointestinal cancer*. Journal of Gastrointestinal Cancer, 2016.
- PATIA, L., *Consequences of adolescent use of alcohol and other drugs: studies using rodent models*. Neuroscience and Biobehavioral Reviews, 2016.
- REDROW, G.P. y Matin, S. F., *Upper tract urothelial carcinoma: epidemiology, high risk populations and detection*. Minerva Urologica e Nefrologica, 2016.
- RENARD, J.; Vitalis, T.; Rame, M. y Krebs, M. O., *Chronic cannabinoid exposure during adolescence leads to long term structural and functional changes in the prefrontal cortex*. European Neuropsychopharmacology, 2016.
- ROJEWSKI, A. M.; Zuromski, K. L. y Toll, B. A., *Strategies for smoking cessation among high risk populations to prevent lung cancer*. Expert Review of Respiratory Medicine, 2016.
- SMITH, J. P. y Randall, C. L., *Anxiety and alcohol use disorders*. Alcohol Research: Current Reviews, 2012.
- ZUO, J. J.; Tao, Z. Z.; Chen, C.; Hu, Z. W., Xu, Y. X.; Zheng, A. Y. y Guo, Y., *Characteristics of cigarette smoking without alcohol consumption and laryngeal cancer: overall and time-risk relation. A meta-analysis of observational studies*. European Archives of Oto-Rhino-Laryngology, 2016.

LA SUPREMA CORTE, LAS DROGAS Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN SU ASPECTO NEGATIVO

Eréndira Salgado Ledesma¹

En fecha reciente se dio un debate en diversos foros en torno a la legalización del consumo de las drogas. Éste empezó con motivo de los permisos que algunas personas solicitaron ante la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios –COFEPRIS– con objeto de que se les autorizara el consumo regular, personal, recreativo y lúdico de la marihuana y la realización de las actividades correlativas al autoconsumo: siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte de la planta (*cannabis*) en su dos variedades (índica y americana), mismos que les fueron negados. La discusión continuó con mayor intensidad cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió la protección constitucional solicitada en el juicio de amparo en revisión número 237/2014 interpuesto con motivo de dicha negativa. La sentencia de la justicia federal posibilitó a los quejosos el ejercicio de los derechos exigidos. A tal fin se ordenó a la Secretaría de Salud que emitiera las autorizaciones respectivas.²

Dentro de los argumentos centrales que se esgrimieron en los conceptos de violación resultado de las actividades restringidas por la normativa destacan la indebida restricción de los derechos fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y libertad individual. Todos en relación con el principio de dignidad humana, así como

¹ Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México.

² SCJN, Amparo en revisión 237/2014, en http://sitioswwwweb.com/miguel/Amparo_en_Revisio__769_n_237-2014.pdf

el derecho a la disposición de la salud en su *aspecto negativo*: “Entendido como la facultad o potestad de disponer de la salud personal, inclusive para no gozar de buena salud”.

Dado que no se concuerda con los argumentos tomados en cuenta para la concesión de la protección constitucional ni se reconoce que el referido derecho a la salud en su aspecto negativo obre incorporado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de forma explícita ni implícita, pues las obligaciones positivas que incorpora el artículo 4o. en materia de protección de la salud, en sus dos aspectos: individual y social,³ son mandatos irrenunciables a los que deben orientarse todos los esfuerzos gubernamentales, a lo largo del presente análisis se tratará de demostrar que, si no existe tal derecho, mucho menos se tiene la obligación de garantizarlo. Y si bien cada cual, en ejercicio de su libertad y autodeterminación individual en ejercicio de un derecho y en el ámbito privado puede consumir estupefacientes, sicotrópicos o narcóticos con fines lúdicos o recreativos, tales acciones no contribuyen al pleno desarrollo de la personalidad ni fortifican la dignidad de la persona, por ello el Estado no está obligado a garantizarlo, salvo el caso de enfermos y adictos.

Más aún, para fumar marihuana no se requería ni se requiere de ninguna autorización de la Secretaría de Salud ni de autoridad diversa, mucho menos se justifica la necesidad de un mandato de la justicia de la Unión para realizar un acto que se estima expresión de la libertad personal; sin embargo, debido a que la Ley General de Salud introduce una restricción total para su uso y consumo que excede lo dispuesto por los tratados internacionales que signó Mé-

³ El artículo 23 de la Ley General de Salud, entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Por su parte, el artículo 77 *bis* I dispone que la protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantiza el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud, mediante la combinación de intervenciones de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y de rehabilitación.

xico en materia de estupefacientes y psicotrópicos, que no los prohíben ni los restringen, la cuestión debatida en el fondo no resulta carente de sustancia o de interés, pues abona al tema de la seguridad jurídica, en mayor razón por la deficiente redacción de la normativa que posibilitan que la droga solo pueda adquirirse mediante autorización o permiso para fines medicinales o científicos y en el mercado ilegal para otros usos. Bajo estos razonamientos se concuerda con el sentido del fallo de la Suprema Corte, en razón de la jerarquía de los tratados que contienen derechos humanos en el orden doméstico a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 y de los criterios del alto tribunal; sin embargo, los argumentos para conceder la protección solicitada, así como los alcances del fallo, se estiman discutibles.

Para auxiliarme en el análisis que subyace la cuestión formularé algunas interrogantes a las que daré repuesta: ¿la legislación mexicana regula como derecho humano el consumo de estupefacientes o psicotrópicos? Desde este momento expreso mi opinión afirmativa al respecto; tanto con fines medicinales y científicos como para usos lúdicos y recreativos. En su caso, ¿el ejercicio de este derecho (consumir drogas con fines recreativos) contribuye al libre desarrollo de la personalidad? Frente al pretendido derecho y su ejercicio, ¿el Estado está obligado a brindar una garantía efectiva? ¿La Constitución tutela de forma explícita o implícita un derecho a la salud en sentido negativo? De ser este el caso, ¿el Estado debe renunciar a las obligaciones de índole positiva que le impone el derecho a la protección de la salud cuando la persona decide no tenerla?

El tema central sigue y seguirá siendo de actualidad, aun y cuando su discusión fue postergada por el análisis de otras cuestiones de oportunidad en la agenda pública. En tanto se retoma, se han interpuesto otros amparos similares para propiciar el establecimiento de jurisprudencia.

1. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA MARIGUANA Y OTROS ESTUPEFACIENTES

La mariguana es un estupefaciente⁴ –al igual que la heroína, la cocaína y la morfina– cuyo consumo puede producir dependencia y causar daños físicos y psicológicos a la persona; en específico, a sujetos menores de edad. Como tal se encuentra identificada y regulada en la Ley General de Salud –ley sanitaria– títulos décimo primero y décimo segundo (en los que también se aborda la ingesta de alcohol). En los artículos 191 y siguientes se le cataloga “un riesgo sanitario”: un peligro para la salud por su escaso valor terapéutico y porque es susceptible de uso indebido o abuso. Ello justifica que esté regulada: controlada y fiscalizada en el ámbito administrativo. Sin embargo, su consumo no es una conducta delictiva, pues no existe un tipo penal que así lo decrete.

Como refiere el artículo 7o. del Código Penal Federal –código penal–: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, y ninguna ley penal tipifica el consumo de estupefacientes. En sus artículos 193 y 194 del título séptimo, denominado *Delitos contra la salud*, capítulo I, se determinan punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes y psicotrópicos (y demás sustancias previstas en la ley sanitaria).⁵ Sin embargo, dentro de éstas solo se tipifican como delitos las siguientes: producir,⁶ transportar, traficar, comerciar,⁷ suministrar⁸ aun gratuitamente, prescribir sin

⁴ ONU, Convención sobre estupefacientes de 1961. En la lista 1 de sustancias que se anexa a esta convención se considera a la *cannabis* un estupefaciente, disponible en https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf. La *cannabis sativa*, índica y americana, es una sustancia psicotrópica, con alto potencial de producir conducta abusiva y/o dependencia psíquica/física que actúa por sí misma o a través de la conversión en una sustancia activa que ejerza dichos efectos, disponible en http://www.anmat.gov.ar/Medicamentos/psicotropicos_y_estupefacientes.pdf

⁵ Artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248.

⁶ Dentro de la conducta se incorpora la manufactura, fabricación, elaboración, preparación y acondicionamiento.

⁷ Dentro de la conducta se incorpora la venta, compra, la adquisición o enajenación de algún narcótico.

⁸ Dentro de la conducta se incorpora la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto.

la autorización correspondiente, introducir o extraer del país algún *narcótico*;⁹ aportar recursos económicos o de cualquier especie o colaborar de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos referidos, o realizar actos de publicidad o propaganda para que se consuma cualesquiera de las sustancias a que se refiere la ley sanitaria.

Las personas que realicen cualquiera de las conductas típicas relacionadas serán sancionadas con penas de prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa. También se considera delito especial¹⁰ inducir o propiciar que menores e incapaces consuman los narcóticos o se les venda o suministre de cualquier forma, lo que se sanciona con pena de prisión hasta por quince años. Puede advertirse que no se tipifica el uso ni el consumo de la marihuana, si bien existe un reenvío a la ley sanitaria (art. 6o.), pues el código posibilita que los delitos previstos en leyes especiales o tratados internacionales se regulen acorde con la normativa específica, en razón de que la norma especial prevalece sobre la general. De este modo, todo acto relacionado con sustancias psicotrópicas, estupefacientes o cualquier producto que las contenga queda sujeto a las disposiciones de esta última, sus reglamentos, así como los tratados y convenciones internacionales en los que México sea parte.¹¹

La ley sanitaria, en el artículo 237 (en relación con el 235) prohíbe el empleo, el uso y el consumo, en todo el territorio nacional, de las siguientes sustancias y vegetales: “Opio preparado, para fumar, diacetilmorfina o heroína, sus sales o preparados, *can-*

⁹ El Código Penal Federal, en su artículo 193 considera narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia.

¹⁰ Artículo 467 de la Ley General de Salud.

¹¹ Además de las disposiciones del Consejo de Salubridad General; lo que establezcan otras leyes y disposiciones de carácter general relacionadas con la materia, y a las disposiciones relacionadas que emitan otras dependencias del Ejecutivo Federal en el ámbito de sus respectivas competencias.

nabis sativa, índica y americana o mariguana". La prohibición del consumo de la mariguana y otras sustancias se reproduce en el diverso artículo 479 ubicado dentro del apartado de los delitos contra la salud. Este precepto dispone que el narcótico se destina para su estricto e inmediato consumo personal cuando la cantidad que se posea, en cualquiera de sus formas, no exceda las cantidades señalados en la tabla que se inserta.

<i>Tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato</i>	
<i>Narcótico</i>	<i>Dosis máxima de consumo personal e inmediato</i>
Opio	2 gr.
Heroína	50 mg.
Cannabis sativa, índica o mariguana	5 gr.
Cocaína	500 mr.
LSD	0.015 mg.

El numeral se ubica dentro del capítulo VII, *Delitos contra la salud*, del título Décimo Octavo de la ley, bajo el título: *Medidas de seguridad, sanciones y delitos* que también ordena que la autoridad ministerial no ejercite acción penal cuando la persona farmacodependiente o consumidora posea para su estricto consumo personal alguno de los narcóticos señalados en la tabla: hasta 5 gramos si es *cannabis*, pero deberá informarles de la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación con fines de prevención de farmacodependencia y comunicará esta determinación a la autoridad sanitaria de la jurisdicción respectiva con el propósito de que promueva la orientación médica o de prevención que corresponda. Lo anterior refuerza la idea de que el consumo del estupefaciente es una conducta permitida.

Más aún, cuando se realiza con fines de tratamiento y rehabilitación, incluso surge la obligación del Estado de garantizarlo, pues es un derecho humano contenido dentro del genérico de protección

de la salud, que le obliga a realizar acciones en beneficio del individuo para restaurarla, acorde con lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional y 23 de la Ley General de Salud.¹² Dentro de las principales tareas a su cargo destacan las tendientes a la prevención, la protección, la promoción, la educación sobre las consecuencias del consumo de drogas, la rehabilitación y la mejora de la salud y el bienestar de las personas, usuarias y no usuarias, pues es un derecho de componente tanto individual como social.

Sin embargo, la ley sanitaria dispone que para la adquisición y consumo de sustancias que producen efectos psicotrópicos se requiere contar con receta especial de un profesional autorizado que las prescriba, o bien de un permiso expedido por la Secretaría de Salud, a través de la COFEPRIS, órgano desconcentrado con atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios (art. 17 *bis*). Una vez que se cuenta con la receta o permiso, según sea el caso, los estupefacientes o psicotrópicos se adquieren en establecimientos que los expenden: droguerías, farmacias o boticas, los que deben contar con licencia sanitaria para suministrarlos al público, pero solo para usos medicinales o científicos, lo que descarta su uso recreativo o lúdico, pues no se contempla ninguna autorización que posibilite su comercialización con estos u otros propósitos diversos.

Como consecuencia, la única forma de conseguir las sustancias controladas es acudir al mercado ilegal. Por cuanto toca a la marihuana, tampoco se permite sembrarla, cultivarla ni cosecharla, pues dichas conductas también están tipificadas como delitos contra la salud,¹³ al igual que la posesión fuera de las porciones estipuladas en el artículo 479 citado, la producción (manufactura,

¹² Pero, si no hay la aptitud de acudir a un mercado legal para obtener la droga, la única aptitud para ejercer la libertad de consumirla es incurrir en una conducta delictiva: ¡he ahí el dilema! La salida del Estado uruguayo al mismo fue la promulgación de la Ley Núm. 19.172 Marihuana y sus derivados. Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución con la finalidad de regular el mercado.

¹³ Se sanciona con penas de prisión de 10 a 25 años (arts. 194 y 195, CPF).

fábrica, elaboración, preparación o acondicionamiento), el transporte, el tráfico, el comercio (venta, compra, adquisición o enajenación), suministro (aun gratuito) y la prescripción de narcóticos¹⁴ sin la autorización correspondiente.

En este punto cabe acotar que tal y como está redactada la legislación doméstica, el consumo de la droga no es una conducta prohibida, pero solo se garantiza su suministro a las personas que tengan el hábito o la necesidad de consumirla con la finalidad de brindar el tratamiento de rehabilitación correspondiente. Todo adicto tiene derecho a obtener y consumir los estupefacientes o psicotrópicos, pues como enfermo necesita apoyo para su recuperación.¹⁵ En este punto puede advertirse la aptitud que tiene la persona para exigir el suministro de drogas con la finalidad de recuperar un estado de bienestar físico o mental, en razón de que la Constitución garantiza el derecho humano a la protección de la salud, no la potestad de disponer de la salud personal para no gozar de ésta. De ahí que en su artículo 67, el código penal disponga que en caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez debe ordenar el tratamiento que proceda por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquella, con independencia de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido, lo que refrendan los tratados internacionales en la materia.

¹⁴ Artículo 193. Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia. Para los efectos de este capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248 de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública. El juzgador, al individualizar la pena o la medida de seguridad a imponer por la comisión de algún delito previsto en este capítulo, tomará en cuenta, además de lo establecido en los artículos 51 y 52, la cantidad y la especie de narcótico de que se trate, así como la menor o mayor lesión o puesta en peligro de la salud pública y las condiciones personales del autor o partícipe del hecho o la reincidencia en su caso.

¹⁵ La regulación se traslada incluso hacia quienes gocen de libertad preparatoria o de los beneficios de la condena condicional.

Puede advertirse que la normatividad no solo no prohíbe el consumo de estas sustancias controladas (siempre que la cantidad del narcótico se ajuste a la tabla referida no serán conductas susceptibles de sanción), sino incluso dispone que se garantice su suministro a quienes lo necesiten con fines de recuperación. Las demás personas, según mi entender, en ejercicio de su libertad y autodeterminación personal pueden poseer las sustancias e incluso consumirlas, pero no se prevé cómo puedan adquirirlas por la vía legal, en razón de que COFEPRIS no les expedirá permiso ni autorización, debe acudir al mercado ilegal.

Hasta este punto se advierte una severa falta de precisión normativa que se agrava por los diversos reenvíos que efectúan, tanto el código penal como la ley sanitaria respecto de las diversas conductas relacionadas con los estupefacientes, los psicotrópicos y/o los narcóticos y su regulación. En una primera impresión podría instituirse que la idea del legislador fue dificultar el entendimiento de la norma o que las restricciones no se advirtieran con claridad, lo que provoca inseguridad jurídica respecto del alcance y en su caso tipicidad de cada conducta. Más aun, se observa confusión incluso en la denominación que emplea la legislación para referirse a las sustancias controladas. Mientras que la ley sanitaria regula los estupefacientes y sicotrópicos y considera a la mariguana un estupefaciente, el código penal, en su artículo 193 utiliza la noción *narcótico* para referirse a los estupefacientes y psicotrópicos regulados en la ley sanitaria; luego la mariguana es tanto un estupefaciente como un narcótico, según la ley de que se trate. En esencia, son nociones equivalentes, según el diccionario de la lengua:¹⁶

ESTUPEFACIENTE. Sustancia que altera la sensibilidad y puede producir efectos estimulantes, depresivos, narcóticos o alucinógenos, y cuyo uso continuado crea adicción.

¹⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, disponible en <http://www.rae.es/>

PSICOTRÓPICO. Sustancia psicoactiva que produce efectos por lo general intensos, hasta el punto de causar cambios profundos de personalidad.

NARCÓTICO. Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno.

Resultaría más útil y añadiría claridad a las normas que se les denominara: “sustancias controladas”, acorde con las convenciones internacionales en la materia.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

La Convención única sobre estupefacentes de la Organización de Naciones Unidas¹⁷ de 1961, en su artículo 30 dispone la necesidad de que se someta a licencia el comercio y la distribución de estupefacentes y se fiscalicen todas las personas y empresas que realicen o se dediquen a su comercio o distribución, excepto cuando lo realicen empresa o empresas del Estado.¹⁸ El Pacto no proscribe su uso y consumo, pues su artículo 36 decreta que solo deben considerarse delitos: “el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacentes”, siempre que las conductas sean incompatibles con lo dispuesto en éste. Y no solo no los prohíbe, sino incluso posibilita que en vez de declarar culpables o de sancionar penalmente a las personas que hagan uso indebido de estupefacentes y hayan cometido delitos relacionados, o además

¹⁷ Disponible en http://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf

¹⁸ Esta es la razón de que en Uruguay se haya creado una paraestatal para su comercialización.

de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, se les somete a medidas de tratamiento, educación, pos-tratamiento, rehabilitación y readaptación social.

La Convención sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988,¹⁹ también de la ONU, signada por México sin reserva alguna, observa similitudes con el instrumento internacional citado en primer lugar,²⁰ pues en su artículo 3 (apartado de delitos y sanciones) establece que cada una de las partes signatarias, en su derecho interno adoptará las medidas necesarias para tipificar como delitos las conductas siguientes: producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica. Incluso posibilita que éstas se permitan, cuando sea el caso de usos tradicionales, siempre que exista evidencia histórica.

Dentro de las obligaciones de los Estados signatarios se determina que sujeten a medidas de fiscalización las plantas siguientes y sus productos: adormidera, arbusto de coca y *cannabis* (paja u hojas), entre otras.

Ni uno ni otro instrumento definen tampoco las nociones estupefaciente o psicotrópico (sicotrópico), solo enuncian las sustancias y actividades que se fiscalizan, dentro de cada rubro que se inserta en las listas anexas a cada instrumento internacional:²¹ en las que la mariguana y sus derivados se listan dentro de los estupefacientes. Tampoco fiscalizan el consumo de la mariguana, mucho

¹⁹ Disponible en http://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf

²⁰ Tiene como antecedentes, además de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961 (enmendada por el protocolo de 1972), el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971.

²¹ Estupefaciente: cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (enmendada por el Protocolo de 1972). Sustancia psicotrópica: cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

menos lo criminalizan o restringen, salvo cuando se trata de menores de edad. A diferencia del narcotráfico (la producción y el comercio de drogas ilícitas), que sí lo está.

Como conclusión a este apartado, coincido con el argumento que se expresó que consumir el estupefaciente, psicotrópico o narcótico que nos ocupa es una manifestación de un derecho de libertad que debe respetarse en el plano interno, se esté o no de acuerdo con la conducta, pues el mismo fue ampliado en el ámbito internacional. También coincido en que negar la autorización administrativa solicitada es un acto que restringe los derechos de los quejosos.

3. EL NOVEDOSO AMPARO “VERDE”

Ante la obscuridad o poca claridad normativa y como consecuencia de la restricción total que obra en la legislación administrativa local para su consuno diverso de los fines científicos y medicinales, no incorporada en las convenciones internacionales, con el propósito de ejercer su derecho al consumo del estupefaciente referido, hubo necesidad de que algunas personas interesadas demandaran la protección de la justicia federal.

A. *Hechos*

El 32 de mayo de 2013, los quejosos (por propio derecho y como representantes legales de una persona jurídica) solicitaron a la COFEPRIS que se les expidiera una autorización para el consumo personal con fines lúdicos o recreativos de la marihuana (*cannabis sativa* en sus dos variantes: índica y americana). También solicitaron la autorización para ejercer los “derechos correlativos al autoconsumo”: siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empleo, uso y, en general, todo acto que se relacionara con dicho consumo, con exclusión de los actos de comercio (distribución, enajenación y transferencia).

El director ejecutivo de regulación de estupefacientes, psicotrópicos y sustancias químicas de la dependencia administrativa dio respuesta negativa a la solicitud, bajo el argumento de que la autorización no podía ser expedida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley General de Salud en razón de que: “Está prohibida en todo el territorio nacional la realización de cualquier acto relacionado con las sustancias aludidas”.²²

B. Derecho

En una primera instancia, los quejosos interpusieron el amparo indirecto 237/2014 en contra de la negativa referida que tocó conocer al juez décimo primero de distrito en materia administrativa del primer circuito judicial. En su demanda de amparo alegaron la inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley sanitaria y expresaron como conceptos de violación, entre otros: “La indebida restricción de los derechos fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y libertad individual, todos en relación con el principio de dignidad humana, así como del derecho a la disposición de la salud”.²³ También argumentaron que el Estado no puede socavar o suprimir las acciones que realice “cualquier individuo para individualizarse [*sic*] dentro de la sociedad”,²⁴ a menos de que exista un interés superior que lo justifique, pues cada uno “tiene derecho a elegir de forma libre y autónoma su proyecto de vida y la manera en que logrará los objetivos que considere relevantes”.²⁵ En otras palabras, desde su óptica, “el Estado no puede imponerles modelos y estándares de vida ni intervenir en asuntos propios de su esfera personal y privada”.

²² *Ibid.*, nota 1.

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

Desde el argumento precedente se advierten inconsistencias: el interés superior que justifica la limitación de la acción de los solicitantes de los permisos para consumir estupefacientes y que también posibilita que otras personas los consuman mientras se encuentran sometidas a medidas de tratamiento y rehabilitación es la obligación estatal de proteger la salud de la población (individual y colectivamente). Un derecho en cuya satisfacción el Estado interviene de forma activa mediante el diseño e instrumentación de políticas públicas y programas a fin de satisfacer necesidades de carácter social; es decir, se satisfacen necesidades de índole individual, pero colectivamente consideradas.²⁶ Lo ilustro con un ejemplo, cuando una persona padece una enfermedad infecto-contagiosa, además de atenderlo en lo individual, el médico tratante está obligado a dar aviso a las instituciones sanitarias para precaver el contagio colectivo y su probable impacto en la población. En este punto no rige la confidencialidad que está obligado a preservar éste y sus auxiliares en la atención sanitaria, como lo ordena la ley en el artículo 77 *Bis* 37, fracción X, de la Ley General de Salud en razón de la importancia de los bienes protegidos. Incluso, el enfermo puede ser aislado por orden médica y confinado en cuarentena, al grado de restringir su libertad de tránsito; prohibición que tiene rango constitucional.

Los quejosos también argumentaron que la política prohibicionista de la autoridad sanitaria resulta inconstitucional al vulnerar el derecho a la salud en su aspecto negativo; “entendido como la facultad o potestad de disponer de la salud personal, inclusive para no gozar de buena salud”, y que el Estado adopta una postura paternalista mediante la que trata a los ciudadanos “como si no

²⁶ Cfr. Olga Sánchez Cordero, “El derecho constitucional de protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México”, ponencia presentada en el Simposio internacional, “Por la calidad de los servicios médicos y la mejora de la relación médico-paciente”, 20 de octubre de 2000. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf>

fuesen seres los suficientemente racionales para tomar sus propias decisiones”. En efecto, cuando el sujeto no actúa de modo racional, el Estado está obligado a tomar acciones para preservar su integridad e incluso su vida; por ejemplo, pienso en quienes deciden que el suicidio es una opción válida para la solución de sus problemas.

Lo anterior se corrobora con los propios argumentos de los quejosos cuando afirman que “la elección de consumir marihuana es una decisión estrictamente personal, pues *el individuo es quien padece el cambio de percepción, ánimo y estado de conciencia, afrontando las consecuencias de su decisión*,”²⁷ sin que ello perturbe o afecte al resto de la sociedad. Por tanto, a través de estas medidas prohibicionistas, el Estado asume que el individuo no tiene capacidad racional para disponer de su cuerpo, mente y persona”.²⁸ El resultado de su decisión, sin embargo, como ellos mismos afirman, les produce un estado de afectación transitorio de la salud que justifican las medidas e intervención del Estado, pues reconocen que la droga les provoca un padecimiento (angustia, pesadumbre), al menos temporal.

También resalta la aseveración de que la “prohibición para consumir marihuana se basa en un prejuicio sustentado en valoraciones morales y no en estudios científicos”. Este último punto resulta de interés para el análisis, pues coincido con el Ministro José Ramón Cossío²⁹ en que el alto tribunal ameritaba que se le allegaran elementos de juicio suficientes para dejar sin sustento la prohibición, si no contaba con respaldo científico y fuere el caso

²⁷ Si hay un cambio del estado de conciencia también disminuye la aptitud de realizar la ponderación de las circunstancias que atañen a una situación particular a fin de realizar un juicio razonado y tomar una decisión traducida; realizar o evadir un acto (véase Elízaeth de Ríos, “La invalidez de la objeción de conciencia en materia de salud pública”, en *Medicia y ética*, Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica, vol. XXIII, núm. 1, enero-marzo de 2012, p. 111.

²⁸ Véase nota 1.

²⁹ Opinión del Ministro José Ramón Cosío Díaz en el amparo indirecto en revisión 237/20114 (uso recreativo de la mariguana) disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/not041115.pdf>

de que se hubiera insertado en la legislación por otras razones (no penales),³⁰ lo que no se tuvo. En efecto, en otros amparos en que se ha discutido un punto de vista especializado, ajeno a la ciencia jurídica, el tribunal pleno se ha apoyado con estudios de instituciones públicas y centros especializados en la enseñanza e investigación, y en este caso, por alguna razón, no se necesitó mayor valoración; ello habría posibilitado, al decir de Cossío: “No solo resolver este caso concreto, sino constituirse en el foro nacional para la discusión y futura implementación de una política integral en materia de drogas”.³¹

El juez admitió a trámite el amparo y después del análisis inicial determinó infundados los conceptos de violación; en especial nos interesa el referido a la protección de la salud. El juzgador estimó que “la prohibición contenida en los artículos impugnados constituyen medidas instrumentales aptas para proteger la vida y salud de las personas, evitando la proliferación de sustancias nocivas [pues] el consumo indebido de psicotrópicos y estupefacientes se ha convertido en uno de los más graves problemas de salud pública”.³²

No obstante, la Suprema Corte no compartió su criterio, y con apoyo en una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, otra de un tribunal inglés y una más de norteamérica determinó que la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece a la esfera de la autonomía personal que debe protegerse por la Constitución (¿también jugar a la “ruleta rusa”?), pues ésta otorga protección amplia a la autonomía de las personas y les garantiza “el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen”.³³ Así, en términos generales –sigue el

³⁰ Por ejemplo, para castigar o inhibir futuras conductas, u obtener la reparación del daño, entre otras.

³¹ Véase nota 22.

³² *Ibid.*, nota 1.

³³ *Idem.*

argumento— “puede decirse que los derechos fundamentales tienen la función de ‘atrincherar’ esos bienes contra medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan afectar la autonomía personal [pues], los derechos incluidos en ese ‘coto vedado’ están vinculados con la satisfacción de esos bienes básicos que son necesarios para la satisfacción de cualquier plan de vida”.³⁴ Y, si bien el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, concluyó: “Las intervenciones basadas en fines perfeccionistas no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo a un determinado modelo de virtud”.³⁵

C. El fallo

Con sorpresa, y pese a que en su argumento sostuvo que la Constitución y los tratados reconocen un catálogo de “derechos de libertad” que se traducen en *permisos* para realizar determinadas acciones que se estiman valiosas para la autonomía de las personas, la Suprema Corte fue omisa en valorar el marco normativo de similar jerarquía que se le contrapone para realizar un ejercicio mínimo de ponderación entre derechos individuales y colectivos. Entre normas internas y convencionales.

Queda claro que la protección constitucional no propugna un modelo de virtud, pero sí procura la tutela de los proyectos de vida que se sustentan en la dignidad de la persona, pues ésta (la dignidad) es la base de todos los derechos: su fundamento axiológico, y no un derecho en sí, como el alto tribunal sostiene de forma equívoca.

Resulta confuso el argumento que sostiene que la libertad para tomar decisiones sobre el estilo de vida, cualquiera que éste sea, deba garantizarse. No se concuerda con que la Constitución garantice cualquier estilo o modo de vida, pues también los criminales

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

tienen uno: el cual es seguro que orienta sus actividades. Desde los *Sentimientos de la Nación*³⁶ el orden constitucional ha pretendido garantizar el desarrollo de los proyectos de vida digna de cada persona. Aquellas decisiones que tienen como propósito *plenificarla*, pues las que denigran su esencia y centralidad no pueden ser objeto de tutela por el Estado, ni siquiera por uno liberal, pues no son acordes con los principios y valores constitucionales. Como bien afirmó Jorge Carpizo, la interpretación constitucional puede modificar, anular o vivificar la carta magna.³⁷ Estimo que el alcance de esta decisión de la Corte la debilita, no respecto del sentido del fallo, sino por los argumentos empleados para sustentarlo.³⁸ Mucho menos se comparte la idea de que consumir mariguana sea una actividad que resulte benéfica para la persona o que afiance su dignidad; si bien se comparte la idea de que se ubica dentro de la esfera de la libertad del ámbito de la autonomía personal tomar éste u otro tipo de decisiones, razón para conceder el amparo, pero no bajo los argumentos y para los efectos que se expresaron, pues al autorizar toda la cadena productiva del estupefaciente para el auto-consumo violenta obligaciones internacionales signadas por el Estado mexicano. Sin embargo, también queda claro que de autorizarse solo el consumo, sin la aptitud de obtener de algún modo legal la droga, perdería eficacia la decisión del tribunal; en suma, se esbozo un dilema, pues cualquier alternativa de solución generaría un problema.

³⁶ *Los sentimientos de la nación. Antología documental*. México, INEHRM-SEP, 2013, disponible en <http://www.inehrm.gob.mx/work/models/inehrm/Resource/439/1/images/SentimdeNac.pdf>

³⁷ Cfr. Jorge Carpizo, “La interpretación constitucional en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 12, 1971, p. 385. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/12/art/art1.pdf>

³⁸ El Ministro Cossío Díaz estima que la negativa a otorgar la autorización administrativa a los quejosos resulta violatoria de sus derechos; autonomía personal, entre otros, pero difirió de la metodología utilizada para el análisis, así como de los alcances de los efectos propuestos: concuerdo con su opinión. Disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/not041115.pdf>

Las consideraciones del alto tribunal se basaron en argumentos en torno al libre desarrollo de la personalidad, los que fueron tomados de fallos del tribunal alemán en cuya constitución, de 23 de mayo de 1949,³⁹ se incorpora como derecho fundamental el siguiente:

Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.⁴⁰

Puede advertirse cómo en la interpretación de la Suprema Corte se suprime la parte relativa al orden constitucional y la ley moral y se deja subsistente solo la faceta individualista del derecho. De modo diverso como sostuvo la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia en revisión T-594/93 cuando sostiene que:⁴¹

“La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público”.

A partir de lo dispuesto en el artículo 16 de la constitución de Colombia, el libre desarrollo de la personalidad prevalece como

³⁹ Ley fundamental de la República Federal de Alemania, disponible en <http://www.bogota.diplo.de/contentblob/2227598/Daten/375140/download/Constitucion.pdf>

⁴⁰ Énfasis agregado.

⁴¹ *Cit.* Kevin Villalobos, “El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad”, tesis de grado, San Ramón, Costa Rica, 2012. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>

principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas, siempre y cuando no se atente contra la convivencia y la organización social:⁴² “Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.⁴³ Y hasta ahora, en México, no se ha producido una discusión seria y amplia en torno a la legalización y el impacto que la medida traería. Por ello, quiero cerrar este apartado con algunas ideas incorporadas en un voto particular emitido en contra de la pretendida amplitud del derecho a libre desarrollo de la personalidad, en el que se refirió que, como los otros derechos, el libre desarrollo de la personalidad también tiene límites, entre otros, los del sentido común, pues toda libertad debe ser responsable: “En otras palabras, hay que pasar de la ilusión de libertad, que se basa en la subjetividad absoluta, a la vivencia real dentro de la libertad, que comporta un límite ético necesario para coordinar los distintos y legítimos intereses vitales, dentro de un margen de respeto, tolerancia y apoyo mutuo. Se trata de una proclamación de la singularidad de cada uno, sin entorpecer ni el desarrollo vital propio ni el de los demás. El libre desarrollo de la personalidad debe pues consistir en un acto de racionalidad y no de barbarie”.⁴⁴

4. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. SUS ALCANCES

La reforma constitucional del 3 de febrero de 1983 estatuyó el derecho de toda persona a la protección de la salud, el cual obliga al

⁴² Cf.: Zaida Rojas-Castillo y Aurymayerly Acevedo-Suárez, “El alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad”, en *Manuales de convivencia de establecimientos educativos*, dixi 21, junio de 2015, p. 67. Disponible en <http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i21.980>

⁴³ *Political Databas of the Americas*, Constitución de Colombia de 1991, con reformas hasta 2005. Disponible en <http://pdpa.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 221/94. Disponible en ww.corte-constitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm

Estado a la toma de medidas que aseguren las condiciones necesarias para su satisfacción, aun en contra de la decisión de la persona; pienso en el caso de los indigentes y personas que viven por decisión propia en situación de calle, las que en la época invernal son llevados a albergues para que no perezcan de frío; de quienes deciden ponerse en huelga de hambre, al grado de perder el conocimiento o poner en riesgo su vida, o incluso de aquellos que de cualquier otro modo atentan contra ésta. Me parece un despropósito que el libre desarrollo de la personalidad pueda llevarse hasta la supresión de la persona humana y que ello deba garantizarse por el Estado.

Los tratados que contienen derechos humanos tienen como propósito propugnar por un estándar homogéneo y mínimo de protección de la persona humana, no su degradación o extinción. La dignidad humana figura como la primera finalidad de la elaboración de la ley fundamental. El núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad protege la libertad general de acción, vinculada estrechamente con el principio de dignidad humana.⁴⁵ ¿Cómo es posible que el alto tribunal sostenga que ingerir sicotrópicos abone al libre desarrollo de la personalidad?

Pese a ello, el fallo de la Suprema Corte tuvo efectos favorables en su momento, pues abrió el debate para la discusión de los temas relacionados con las drogas, su uso y la necesidad de su regulación, los que necesariamente deben trabajarse mediante la participación multidisciplinaria de expertos: abogados, médicos, psicólogos, siquiátras, sociólogos, entre otros, atendiendo al carácter fundamental de la protección de la salud. Se necesita tomar decisiones que nos conduzcan a buscar respuestas que posibiliten intentar nuevas vías de tratamiento del problema del consumo e incluso el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, pero no al grado de “experimentar” nuevas vías como propone algún experto,⁴⁶ con el argumento de que la prohibición no resolvió el problema

⁴⁵ Sentencia T 532/92, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-532-92.htm>

⁴⁶ J. R. de la Fuente, *et al.*, *Mariguana y salud*. México, FCE, 2015, p. 289.

de salud pública y acrecentó la violencia. Recordemos que la permisión de la comercialización del alcohol tampoco acabó el problema de salud pública, sino lo agravó con alto costo en recursos y vidas humanas.

Lo negativo de la decisión del alto tribunal respecto de los cuatro sujetos a los que les concedió el amparo para que siembren y cosechen mariguana –además de algunos de los argumentos que la sustentaron– es que suprimió la regulación que está obligado a brindar en este tema, acorde con las obligaciones fijadas en las convenciones mencionadas a lo largo del presente. Como Estado signatario, México está obligado a reglamentar (fiscalizar) no el consumo personal, sino la cadena productiva de los sicotrópicos y estupefacientes hasta la recepción por el destinatario final, salvo que mediante una empresa pública proporcione la droga a quienes la deseen o la necesiten; una especie de CONASUPO, tal y como se legisló en Uruguay, donde se creó un ente regulador encargado de otorgar las licencias para el consumo y el control de la producción y distribución de drogas en espacios registrados.⁴⁷ Sobre este tema, en fecha reciente el expresidente de ese país, quien impulsó la legalización de las drogas, José Mujica, de visita en México expresó una opinión que refuerza nuestras inquietudes (cito de memoria): “Para consumir la droga se habla de la libertad, y después con ésta se le hipoteca”.

¿De qué modo se fiscalizará a los particulares que podrán contar con su vivero particular para producir mariguana para el autoconsumo?, ¿quién verificará que así sea, su destino y en la cantidad que limita la ley?

Las decisiones de las personas, aun avaladas como derechos de libertad pueden impactar diversos valores del ordenamiento constitucional e incluso la vida y la dignidad, de ahí que sea necesario que cuenten con educación e información suficiente que mitiguen sus efectos. El Estado, en tanto, está obligado a cumplir con su cometido y fin último que es velar por la persona humana, con

⁴⁷ Uruguay optó por esta solución en la Ley 19.172. Disponible en http://www.correo.com.uy/otrosdocumentos/pdf/Ley_19.172.pdf

respeto y respecto de sus propias decisiones. Un Estado respetuoso de la autonomía individual se encuentra compelido a equilibrar la autonomía personal con otros intereses, que no solo son derechos, sino verdaderos valores del ordenamiento.⁴⁸ Por consiguiente, se justifica su intervención a través de la imposición de restricciones para evitar que una persona se cause daño a sí misma, a su integridad, a su salud, a su vida. Con mayor razón si todavía no tiene la capacidad de decidir por incapacidad o minoría de edad, pues este último sector es el que puede resultar más perjudicado en su salud y desarrollo físico y mental con las drogas. De nuevo comparto las inquietudes del Ministro Cossío,⁴⁹ quien afirma que el Estado no puede abdicar de su facultad regulatoria porque una sustancia “no sea tan dañina”, pues la obligación a su cargo es garantizar de forma positiva el derecho a la salud (la protección).

5. PARA CONCLUIR

Si bien se concuerda con la idea de que el consumo de estupeficientes y sicotrópicos con fines lúdicos y recreativos queda incorporado dentro del ámbito de la autonomía personal, e incluso puede estimarse un derecho correlativo o inherente a la libertad de acción de cada cual, pues cada persona en plenitud cuenta con facultades para auto-determinar su propio proyecto de vida, ello no implica que tal decisión deba garantizarse por el Estado; mucho menos en un país como el nuestro, en el que todavía no se garantiza la totalidad de los derechos básicos para la subsistencia de un número amplio de personas. Bajo esta lógica, ¿cómo pensar en la satisfacción de derechos de poca sustancia para algunos?

Si ni el código penal ni ninguna otra ley especial tipifican como delito la posesión hasta cierta cantidad y el consumo de marihuana;

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481/98. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-481-98.htm>

⁴⁹ Véase nota 30.

si los tratados internacionales disponen el control de los estupeficientes (como la mariguana), pero no restringen su consumo, puede colegirse que hoy en día consumirla con cualquier finalidad no es una conducta prohibida, pero tampoco está permitida en el ámbito administrativo; pero aun y cuando ello ocurra, no implica necesariamente que deba garantizarse su suministro para usos que no tengan como propósito la restauración de la salud. En suma, no existe la obligación del Estado de garantizar el acceso a las drogas más que para los fines de recuperación referidos, pues la Constitución obliga a realizar acciones positivas para brindar eficacia al derecho a la protección de la salud (incorporado de forma expresa en su texto), no para disminuirlo o debilitarlo. Sin embargo, tampoco podemos dejar de observar que la prohibición total que incorpora la ley sanitaria restringe derechos fundamentales y colisiona con tratados internacionales signados por el Estado mexicano. Peor aún, la autorización para realizar las acciones solicitadas por los quejosos, diversas al consumo, como las consistentes en siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión y transporte de la mariguana también violentan prescripciones convencionales. El problema sigue siendo complejo. La opción que escogió Colombia para no vulnerar la libertad de las personas ante la despenalización del consumo de narcóticos y estupeficientes es la educación para que cada persona elija su forma de vida de modo responsable, pues un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad debe remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia. No debe sustituir la educación con la represión, como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona, en lo individual y eventualmente para la comunidad a la que se haya integrada.⁵⁰

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia Núm. C-221/94, “Drogadicción-Educación como obligación estatal”. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm> DROGADICCION

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL CONTEXTO DEL RENDIMIENTO ACADÉMICO FACTOR FUNDAMENTAL PARA LA DESERCIÓN ESCOLAR

Gabriel Pérez Galmiche¹

Sumario: Introducción. Desventajas de la Ley General de Educación. Revisión Literaria. Contexto. Metodología. Desarrollo. Conclusiones. Propuestas. Bibliografías.

RESUMEN

El objetivo de dar a conocer esta línea de investigación, es valorar el impacto del nivel académico y deserción escolar de los estudiantes universitarios y su correlación paradigmática emocional, dicha investigación consta de una introducción en donde abordaremos los elementos centrales de la familias mexicanas que muestran las deficiencias de su entorno económico, político social, cultural y emocional, y el mal desempeño en el nivel de conocimientos de nuestros estudiantes, así como analizar la reforma educativa aprobada en el año 2012.

En el desarrollo, analizaremos en el contexto del rendimiento académico, como influye la deserción escolar de los alumnos producto del entorno económico de nuestro país, plasmaremos los efectos emocionales de nuestros estudiantes y su impacto en sus diferentes niveles académicos; en nuestra demostración abarcaremos lo cuantitativo como lo cualitativo del desempeño académico

¹ Doctor por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP). Profesor-Investigador Titular en la BUAP impartiendo clases a nivel Maestría y Doctorado, Tutor y Asesor becarios (CONACYT) Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I (CONACYT). Correo electrónico: gabrielgalmichi@gmail.com

de los educandos y de su entorno social así como su capacidad para adaptarse a los nuevos paradigmas emocionales y, finalmente concluirnos con las propuestas y recomendaciones de los resultados que nos arrojen nuestros instrumentos de medición para el mejoramiento de la calidad educativa y emocional de nuestros alumnos.

INTRODUCCIÓN

En México, en Diciembre del 2012 se aprobó la Reforma Educativa, que hoy en día está tan cuestionada por su contenido, y por la relación que tiene con la reforma laboral que realizó el gobierno el mismo año 2012. De ahí que si analizamos la reforma en materia educativa el Artículo 3o. Constitucional que a la letra dice: “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias”.

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. Y hay un párrafo que se adicionó según el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos.

Es claro en este párrafo que la Secretaría de Educación Pública (SEP) deberá garantizar educación obligatoria y gratuita, pero además, dice de calidad, contrario a este párrafo, que es claro, el Gobierno no garantiza la educación de calidad porque existen escuelas donde no hay infraestructura mínima necesaria, como es energía

eléctrica, escuela de cemento, baños dignos, pupitres adecuados, etcétera, cómo pretende el gobierno garantizar educación de calidad. Y se dice que es una Reforma Laboral y No Educativa precisamente por el último párrafo que dice y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos. ¿Cómo? si el gobierno no les facilita las herramientas mínimas necesarias para que los maestros puedan ejercer y desarrollar su proceso de enseñanza-aprendizaje en condiciones óptimas, infraestructura adecuada, si las escuelas no tienen estas condiciones que el Gobierno debe proveer, Reforma Laboral y No Educativa porque el maestro que no apruebe la evaluación docente en tres ocasiones será removido del aula, ¿cómo? si el gobierno no les da las herramientas necesarias para que desempeñen su labor docente. Por este se le llama Reforma Laboral, entre otras cosas.

De esta Reforma educativa existen grandes desventajas constitucionales tales como: se faculta al Ejecutivo para proponer la terna para conformar la Junta de Gobierno, misma que se someterá a la consideración de los miembros presentes del Senado, y se definirá por el voto de dos terceras partes del mismo, acto que debe realizarse en un plazo no mayor a 30 días, ya que de no realizarse en ese periodo el Ejecutivo Federal podrá designarlo de los integrantes de la terna referida, es decir, nuevamente todas las facultades al Ejecutivo Federal para designar a los integrantes de la Junta de Gobierno, donde este debería ser un tema estrictamente académico.

El Ejecutivo Federal tiene mucha injerencia en la selección de los miembros de la Junta de Gobierno, lo que puede disminuir la autonomía del órgano rector.

DESVENTAJAS DE LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN

Señala que corresponde de manera concurrente tanto a las autoridades educativas federales, como a las locales, el ingreso, la pro-

moción, el reconocimiento y la permanencia en el Servicio Profesional Docente, pero siendo temas esenciales y controvertidos los del ingreso y permanencia, considero que debería ser una facultad reservada únicamente para la autoridad educativa federal, toda vez que, a nivel local, los índices de corrupción tienden a aumentar.

Al ser una ley general, es poco concreta y aunque el texto es muy prometedor, es posible que se exceda a tal grado que su cumplimiento se torne complicado.

La educación en México a nivel superior enfrenta, tres graves problemas de fondo como son;

1. Situación Económica Familiar, 2. Orientación vocacional y 3. Bajo rendimiento académico, estos problemas que enfrenta la juventud mexicana es debido a las siguientes causas; un factor fundamental son los ingresos bajos del Jefe de familia, sea padre o madre, y se profundiza mas la problemática de los bajos ingresos de las familias mexicanas, si el jefe de familia, pierde su empleo, como consecuencia el estudiante universitario se obligado a desertar de la Licenciatura, para ingresar al mercado laboral en el sector o rama económica que le permita emplearse y así contribuir al gasto familiar o bien para solventar sus necesidades básicas. Nos preguntamos si es que no existen otros mecanismos de apoyo, por supuesto que los hay como pueden ser becas o créditos, respecto a las becas, estas no le permiten al universitario financiar sus principales necesidades, como son las cuotas escolares, alimentos, vestido, calzado, pasajes, libros etcétera.
2. Orientación vocacional, algunas de causas de la deserción escolar universitaria es que el alumno no quedó en la carrera de su primera elección, lo que lleva al alumno a dejar la carrera en los primeros meses de su ingreso, otro factor es que no tiene toda la información mínima necesaria para tomar la decisión de correcta de la carrera que quiere estudiar, como es el plan de estudios, los contenidos de las asignatura, entre otras causas.

3. Rendimiento académico, en esta tercera causa hay una combinación de las dos anteriores mencionadas, bajos recursos y poca información evaluada que se traduce en bajo rendimiento académico, debido a las debilidades metodológicas que trae consigo el estudiante universitario, en su proceso enseñanza-aprendizaje, dichas dificultades son por el bajo nivel académico que traen los alumnos.

Este trabajo no solo lleva al análisis, de las causas de la deserción escolar de los nuestros estudiantes universitarios sino también propone estrategias de retención de los alumnos universitarios, tales como cursos de nivelación que permitan corregir debilidades tanto de conocimiento como de metodología, financiamiento adecuado para que el alumno no deje sus estudios por no contar con ingresos mínimos suficientes para solventar sus gastos.

Desarrollar una campaña de orientación y apoya a las escuelas de nivel media superior para que el alumno tenga toda la información que requiera para tomar las decisiones de qué carrera va a elegir y no sea un factor de deserción escolar.

En el contexto globalizador, hoy las economías mundiales no pueden ni deben quedarse al margen de los cambios tecnológicos, que permitan a sus habitantes competir en igualdad de circunstancias con su pares internacionales, por ello, nos permitimos analizar el impacto emocional, el desempeño académico y la deserción escolar en el nuevo contexto de las Tecnologías de Información y Comunicación (TICS). Hoy, la mayoría de las familias mexicanas han sido permeadas por estos cambios multifacéticos.

Sin embargo, los núcleos familiares en Puebla están integrados por padres e hijos que viven en la misma casa, hasta que los hijos se casan, y en algunos casos, aún después de la unión matrimonial, se quedan a vivir con su nueva familia en la misma casa, logrando con ello que los lazos familiares se fortalezcan de tal manera que en algunas ocasiones las decisiones importantes se vuelven “permisos” u “órdenes” o pareciera que se someten a votación familiar,

haciendo lo que más votos obtenga; a esto, hay que sumar los “consejos” de amigos, novios, etcétera, sin pensar si realmente eso es lo quieren y mucho menos analizar las ventajas o desventajas de la situación en particular, para tomar una decisión más objetiva y razonada precisamente porque va a afectar de manera determinante su vida futura.

A esta dependencia afectiva hay que agregar, que una vez como estudiantes universitarios, empiezan a ser tratados como adultos, por lo que su nuevo mundo empieza a cambiar y en algunos casos, drásticamente.

Se dice que la razón es fría, sin embargo, hay factores que afectan la vida cotidiana en la toma de decisiones. Las edades de los estudiantes de Economía, Finanzas y Contaduría Pública, de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), fluctúan en promedio entre los 18 y 24 años; etapa en la que deciden el futuro de sus vidas, considerando las vicisitudes de la vida, nos preguntamos, si los estudiantes están lo suficientemente maduros para concluir sus metas.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto determinar las situaciones que enfrentan los estudiantes de Economía, Finanzas y Contaduría Pública de la BUAP en los diferentes segmentos analizados ya sea por su edad y su entorno, desde el ámbito de la familia, en el aspecto económico, su entorno emocional, social y cultural que afectan el rendimiento académico, ocasionando deserción temporal o definitiva, de las diferentes carreras que se analizan

REVISIÓN LITERARIA

Plan Nacional de Desarrollo (PND) del sexenio del Presidente de la República Mexicana, Lic. Felipe Calderón Hinojosa (2007-2012), en donde se destaca la prioridad de los programas específicos dirigidos a fomentar el crecimiento económico a través de servicios públicos, principalmente, en educación.

Plan Nacional de Desarrollo (PND) del sexenio del Presidente de la República Mexicana, Lic. Enrique Peña Nieto (2013-2018), en donde se destaca la prioridad de los programas específicos dirigidos a fomentar el crecimiento económico y desarrollo de la economía mexicana a través de servicios públicos, principalmente, en educación.

Las investigaciones realizadas a la fecha, son producto de la reciente reforma educativa aprobada en nuestro país, en el mes de diciembre del año 2012, también denominada “reforma laboral”, por su enfoque más que proporcionar una educación de calidad, se enfoca más a un control de los trabajadores de la educación de México, respecto a los factores asociados al rendimiento académico, han sido cuantiosas y fructíferas, sin embargo, se han enfocado a tratar de buscar causas que apunten al fracaso escolar como: los programas de estudios, el hacinamiento en aula, carencia de recursos institucionales, y la responsabilidad alumno-profesor.

Aún cuando se reconoce la presencia de problemas de rendimiento académico y de baja eficiencia terminal, en el Nivel de la Educación Superior, en nuestro país, y en nuestra institución, no se han realizado estudios que identifiquen los factores internos asociados directamente con las situaciones que enfrentan los estudiantes por su edad y el entorno en general en el que se desenvuelven, por lo que no se sabe con certeza como impactan en la formación profesional y en la imagen a la sociedad.

Se manifiesta que los profesores se preocupan por motivar a sus estudiantes, pero una motivación por aprender, que contiene elementos tales como: planeación, concentración en la meta, conciencia meta-cognoscitiva de lo que pretende aprender y cómo hacerlo, búsqueda de nueva información y percepciones claras de la retroalimentación en la investigación efectuada por Edel Navarro (2004) citando a Johnson y Johnson (1985).

Esta investigación tiene como finalidad determinar los factores causales que inciden en el bajo rendimiento académico, fracaso escolar, deserción temporal o definitiva, etcétera, y proporcionar

herramientas que ayuden a diseñar estrategias de orientación educativa para impedir su presencia o cuando menos minimizarla a fin de elevar la eficiencia terminal de los estudiantes de las licenciaturas en Finanzas, Economía y Contaduría Pública de la BUAP.

La política educativa que se promueve, está orientada a lograr una contribución decisiva en la formación de nuevas generaciones, en los valores principales para alcanzar una mejor y más armónica convivencia social y en la construcción de un país más moderno, competitivo y justo. Esta política establece el compromiso entre Estado y Sociedad de impulsar la calidad educativa, reducir desigualdades en la educación, extender la cobertura y promover la equidad y pertinencia de la educación superior.

El Programa Sectorial de Educación de la Secretaría de Educación Pública (SEP, 2007), manifiesta, que nuestro sistema educativo presenta serias deficiencias con altos índices de reprobación, deserción de los alumnos, y bajos niveles de aprovechamiento. La formación escolar que existe, de acuerdo a las pruebas nacionales e internacionales aplicadas en la educación básica y media superior, no está desarrollada plenamente repercutiendo en que los estudiantes de nivel superior, carezcan de las habilidades que les permitan resolver problemas con creatividad y eficacia, y estar mejor preparados para hacerle frente a la vida y a la inserción en el mercado laboral.

Lo que una persona manifiesta, presuntamente, haber aprendido como consecuencia de una instrucción o formación es lo que según Pizarro (1985) se le conoce como rendimiento académico y, particularizando en el estudiante, lo define como la capacidad de responder a estímulos educativos, los que interpreta según objetivos o propósitos educativos preestablecidos.

Los factores intelectuales y los de aptitud para el estudio principalmente, además de los de personalidad, son importantes para predecir el éxito escolar y explican el fenómeno del rendimiento académico (Eysenk y Eysencii, 1987).

El rendimiento académico en las instituciones de educación superior, principalmente cuando incide en la eficiencia terminal,

constituye a través de todos los tiempos una gran problemática social que repercute no solo en una sociedad cada vez más inconforme, sino también en un gasto social infructuoso por no derivarse beneficios palpables.

En el transcurso de la labor que ejercemos como docentes, se ha descubierto la necesidad de que el alumno tenga la capacidad de resolver problemas de manera proactiva, lo cual no es tarea fácil el comunicar y lograr que el mensaje sea captado por el alumno para que sus aptitudes sean dispuestas en la asimilación del conocimiento, en virtud, de las diferentes situaciones que afectan emocionalmente al estudiante, producto de su situación económica, familiar, social, etcétera, (Díaz Barriga y Hernández, 1999).

Por otra parte, una persona inteligente no es aquella que actúa de la misma manera en todas las situaciones, sino aquella que sabe discernir la conducta mas adecuada para cada ocasión. Se habla de que, ante situaciones críticas o difíciles de la vida, una persona debe desarrollar la habilidad de saber si se adapta al medio ambiente soportando las vicisitudes de la vida, si se va del medio ambiente decidiendo alejarse, o bien modificándolo a su favor (Almaguer, 2003).

Uno de los objetivos más valorados y perseguidos dentro de la educación a través de las épocas, es la de enseñar a los alumnos a que se vuelvan aprendices autónomos, independientes y autorregulados, capaces de aprender a aprender. Sin embargo, en la actualidad parece que precisamente lo que los planes de estudio de todos los niveles educativos promueven, son aprendices altamente dependientes de la situación instruccional, con muchos o pocos conocimientos conceptuales sobre distintos temas disciplinarios.

“La inteligencia emocional, como la capacidad para reconocer nuestros propios sentimientos y los de los demás, para motivarlos y para manejar las emociones, bien con nosotros mismos o en las relaciones con los demás”. La inteligencia emocional es un conjunto específico de aptitudes que se hallan implícitas dentro de las capacidades abarcadas por la inteligencia social. Así lo define Goleman (1998).

Las emociones aportan importantes implicaciones a las relaciones sociales, sin dejar de contribuir con otros aspectos de la vida, aunado al conjunto de conocimientos adquiridos expresamente de la profesión para la cual se estudia y el conocimiento del manejo de las capacidades personales que cada alumno posea.

Ésta es la forma particular y exclusiva que poseemos los seres humanos para ejercitar los procesos meta-cognitivos del pensamiento, preparándonos para poder acceder eficiente y eficazmente a aprendizajes posteriores, incluso de mayor complejidad y que además requieren del trabajo de las otras áreas del desarrollo del ser humano, en este sentido nos referimos a las áreas de desarrollo afectivo, social y físico.

Evidentemente los estudiantes han avanzado a pasos agigantados en muchos aspectos de su aprendizaje, que les servirán en el desempeño de su vida profesional, ejemplo de ello lo es el avance tecnológico. Sin embargo, no podemos soslayar el aspecto humano de los alumnos; en virtud, de los problemas socioeconómicos y culturales que los afectan y que les permite o no concentrarse en sus estudios, para lograr un alto rendimiento académico.

De esta problemática la mayor parte de los maestros hemos sido testigos y en gran parte hemos propiciado que esto se agrave aún más en los educandos, pues cuando nos hemos dado cuenta de ello, no hemos hecho nada al respecto, y hasta lo pasamos por alto aludiendo a que esa no es responsabilidad nuestra.

Los estudiantes que en los primeros años de escolaridad tienen un bajo rendimiento comparado con sus pares, serán los mismos que presentarán un pobre rendimiento en los años posteriores. Según Francis, Shaywitz, Steubing, Shaywitz & Fletcher (1994).

CONTEXTO

Para comprender, el aspecto emocional de los estudiantes de Economía, Finanzas y Contaduría Pública de la BUAP, es necesario

entender el contexto en el que se desarrollan, que tienen que enfrentarse a diversos problemas tales como; económicos, sociales y culturales de nuestro país, dichos problemas pueden ser de diversa índole como a continuación se mencionan.

1. La Universidad Pública, en donde la mayor parte de la población estudiantil es de escasos recursos, por lo que en algunos casos los estudiantes se ven obligados a trabajar para sostener sus estudios e incluso mantener a su familia, por lo que en muchas de las ocasiones los alumnos tienen el problema de poder empatar sus horarios de trabajo con los de sus estudios, además de que llegan cansados de su trabajo y con un sin número de problemas en la mente de su vida familiar, trabajo, estudio, etcétera, por lo que es difícil concentrar su atención en el aprendizaje.

2. México, y en particular Puebla, está constituido por una sociedad conservadora, en donde la modernidad que en otros lugares del planeta avanza a pasos agigantados, en Puebla, como buena sociedad de provincia avanza lentamente, por lo que no es bien visto que una joven se embarace sin estar previamente casada, las Leyes poblanas prohíben el aborto; esto, aunado a una moral férrea en donde priva la falta de comunicación y los problemas de familias disfuncionales hace que estas situaciones se ventilen en voz baja incrementando seriamente los problemas de la juventud.

3. Algunos estudiantes de Economía, Finanzas y Contaduría Pública de la BUAP., enfrentan situaciones resultantes de una sociedad mayormente machista, en donde la violencia, falta de respeto, pobreza e ignorancia de su entorno familiar, desubican a los estudiantes incidiendo en un bajo rendimiento escolar.

4. En algunos casos, probablemente los menos, los estudiantes se enfrentan a problemas que tienen que ver con la salud, ya sea de ellos mismos, o bien de algún familiar cercano, produciendo desánimo, que redundan en un bajo rendimiento escolar en el mejor de los casos, porque si las cosas llegan a mayores se ven obligados a abandonar sus estudios para hacerse cargo de el sostenimiento familiar.

5. La falta de comunicación, por miedo o por ignorancia, hace que el estudiante tome la peor decisión de su vida al encontrarse de pronto estudiando una licenciatura que no es su verdadera vocación lo que hace que su rendimiento escolar sea bastante deficiente y termine por abandonar sus estudios.

6. La falta de respeto, el acoso, ineptitud y desconfianza en sus profesores, podría orillar al alumno a abandonar sus estudios.

METODOLOGÍA

Para llevar a cabo este estudio, se diseñó un cuestionario producto de las necesidades del objeto de estudio, que fue medir cuáles son las principales causas de deserción escolar, para ello se necesitó la elaboración del formato que utilizaron los estudiantes de las diferentes carreras que participaron en el levantamiento de la información, se les capacitó a los encuestadores para que tuvieran una técnica adecuada para llevar a cabo el levantamiento de la información, posteriormente se llevó a cabo el procesamiento y análisis de la información en hojas de *excel* en las computadoras, con siete preguntas cerradas y una abierta. Las preguntas cerradas tenían varias opciones en las que el alumno de acuerdo a sus experiencias debería numerar, del uno en adelante de acuerdo con el orden de importancia que tuviera para cada una las opciones propuestas. El uno, para la más importante y el siete para el menos importante.

En el cuestionario se investigó sobre los factores emocionales, económicos, sociales, de salud y familiares que afectan el rendimiento académico, la deserción temporal o definitiva. La última pregunta fue abierta para dar opción a los alumnos de que pudieran incluir alguna otra situación que no se hubiese contemplado en el instrumento de medición.

Se realizó una investigación con técnicas cualitativas y cuantitativas, estableciendo el aspecto cuantitativo deductivo, para deter-

minar el tamaño de la muestra, se aplicó la fórmula siguiente ya que se conoce el universo de la población.

$$n = \frac{\delta^2 pq}{e^2}$$

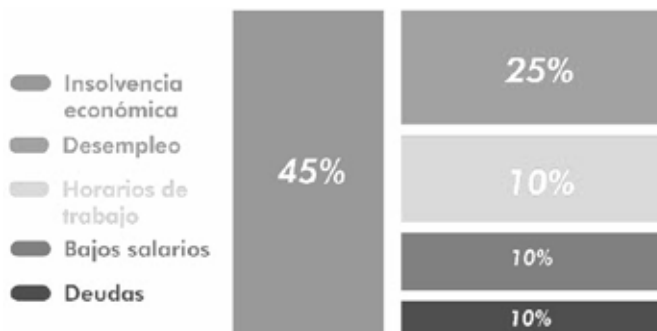
En donde:
 D = Nivel de confianza (1.97)
 N = Universo de población (4,748 alumnos)
 p = Probabilidad a favor (50%)
 q = Probabilidad en contra (50%)
 e = Error de estimación (5%)
 n = Número de elementos (X)

La selección de la muestra fue probabilística, se integró por 416 *pax* de una población estudiantil de 4,748 alumnos que están cursando actualmente las licenciatura en Economía, Finanzas y Contaduría Pública de la BUAP se eligieron 11 grupos al azar, en diferentes niveles académicos horarios y días. Una vez aplicados el instrumentos de medición, se procedió a su análisis y trabajo estadístico, con los resultados obtenidos que se detallan a continuación;

DESARROLLO

Gráficas e interpretación de resultados

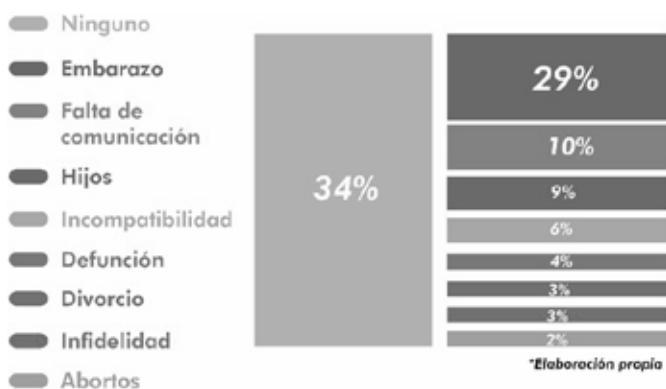
1. Los siguientes factores ¿afectan tus estudios?



FUENTE: elaboración propia.

De los resultados obtenidos en esta pregunta el 45% de los alumnos encuestados, mencionaron que la insolvencia económica es uno los principales factores que afectan sus estudios, seguido con el 25% por el nivel de desempleo, y el 10% se refiere a los horarios de trabajo que se empalman con los de sus estudios; los bajos salarios y las deudas arrojan el 10% que tienen en sus familias son otros de los factores que inciden en su rendimiento y deserción académica al no contar con los recursos necesarios para cubrir sus gastos personales y los elementos necesarios para sostener sus estudios universitarios.

2. ¿Cuáles de los siguientes factores han afectado o afectarían tus estudios?

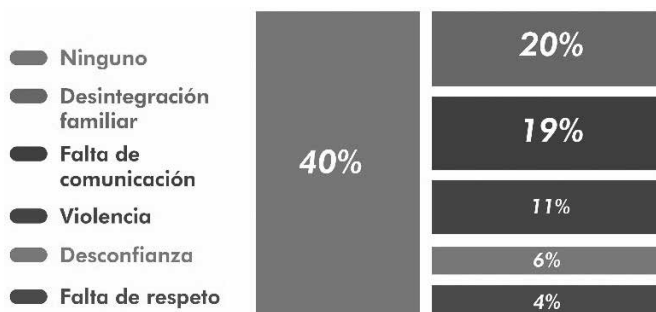


FUENTE: elaboración propia.

De acuerdo con los resultados obtenidos en esta pregunta, el 34% de los encuestados contestó que ninguno de los factores mencionados afecta su desempeño en los estudios, al 29% le afecta el embarazo, ya que los alumnos consideran que tener un bebé termina con sus planes de estudiar y concluir su licenciatura, 10% son afectados por la falta de comunicación con sus familiares, 9% opina que el tener hijos dificulta mantener un buen nivel académico; incompatibilidad, infidelidad y divorcio son situación emocionales

que afectan de manera importante al alumno de tal manera que se deprimen, impidiendo su concentración en el estudio, dando como resultado un bajo rendimiento académico en el mejor de los casos sino es que, llegan a la deserción ya sea temporal o definitiva. Cabe hacer mención que el aborto no figura en importancia ya que las alumnas prefieren ser madres solteras a transgredir las reglas de una sociedad conservadora.

3. ¿Cuáles de los siguientes factores de la relación de padres e hijos afectan tus estudios?

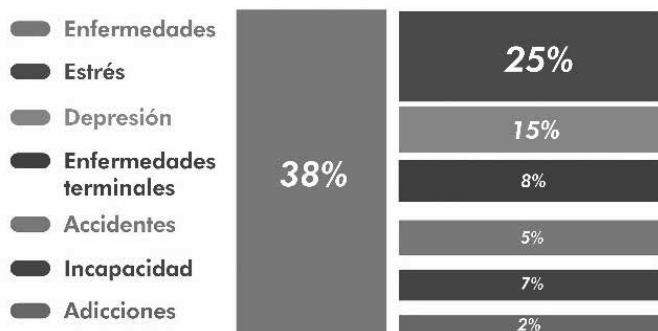


FUENTE: elaboración propia.

Conforme a los resultados obtenidos en esta pregunta 40% de los estudiantes encuestados mencionaron que no son afectados por ninguno de estos factores; sin embargo, el 20% de ellos opinan que la desintegración familiar influye en su desempeño escolar; y el mismo número de estudiantes considera que la falta de comunicación con sus padres los obliga a solucionar sus asuntos por ellos mismos y en ocasiones influenciados por terceras personas, lo que hace que no siempre se decidan por lo correcto; 11% mencionaron que la violencia familiar ya sea física o psicológica es un factor importante que afecta sus estudios en virtud de que si son golpeados ya sea ellos o sus familiares terminan en el hospital derivándose la ausencia a clases; por último, el 6% dice que la desconfianza y la falta de respeto implican también problemas emo-

cionales, que impiden la concentración en sus estudios con la consecuente baja de rendimiento académico.

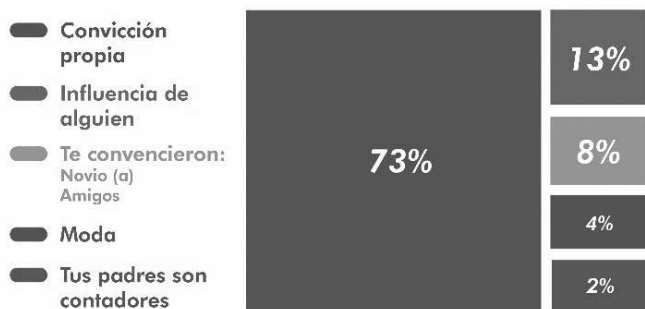
4. De los siguientes factores ya sea personales o familiares, ¿Cuáles afectan tus estudios de licenciatura?



FUENTE: elaboración propia.

El 38% de los estudiantes coincide que el enfermedades y el 25% dice que el estrés en general son los principales factores que afecta su desempeño en la universidad, la depresión y las enfermedades terminales ya sean personales o de algún familiar son otros de los factores que inciden en el desempeño académico y deserción escolar, la incapacidad y los accidentes aunque en menor proporción causas que disminuyen su capacidad de concentración en el estudio y en última estancia con un 3% las adicciones lo cual demuestra que es una sociedad relativamente sana.

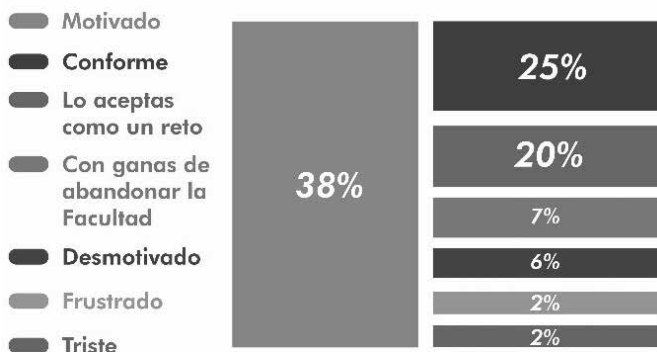
5. Ingresaste a la Universidad, ¿Por qué?



FUENTE: elaboración propia.

En la gráfica anterior se puede observar, que el 73% de los alumnos eligieron su carrera por convicción propia, 13% por influencia de alguien, 8% los convenció su novio(a) o bien algún amigo(a), 4% por moda y un 2% la estudian por tradición familia

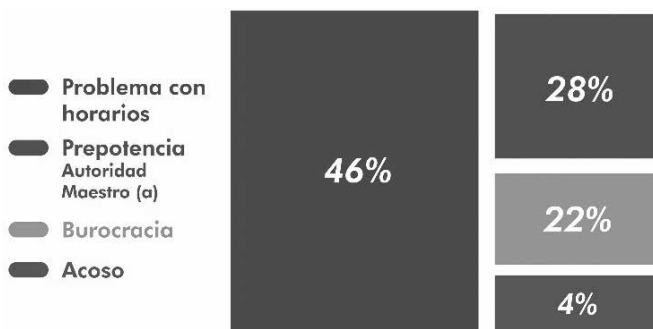
6. Si ingresaste a las Universidad por cualquiera de los motivos mencionados en la pregunta anterior ¿cómo te sientes en la Institución?



FUENTE: elaboración propia.

Se debe tomar en cuenta que en la pregunta anterior el 73% de los encuestados dijo haber elegido la carrera por convicción propia, no obstante solo el 38% se encuentra motivado; el 25% conforme, con los conocimientos obtenidos y el 20% lo toman como un reto a vencer, esto quiere decir que eligieron la carrera sin la debida orientación vocacional, el resto de los estudiantes encuestados, al haber elegido por diversas influencias, no es de sorprender los resultados: 7% con ganas de abandonar la facultad; 6% desmotivados, 2% frustrados y 2% con tristeza.

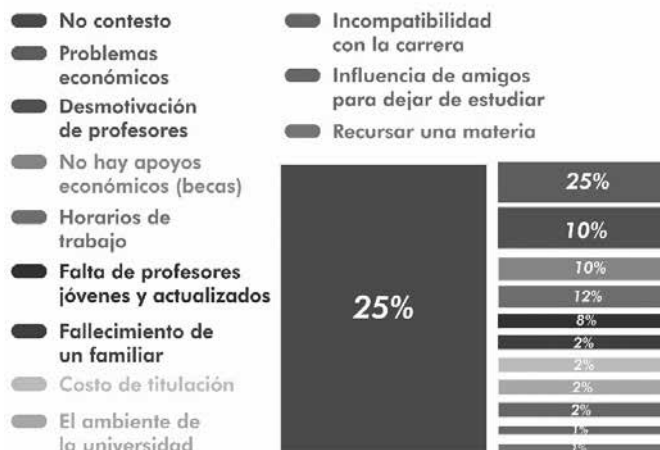
7. Has pensado dejar de estudiar la licenciatura ¿por qué?



FUENTE: elaboración propia.

El Instrumento implementado para el levantamiento de la información resultó lo siguiente; el 46% mencionaron que han pensado en dejar la universidad por problemas con los horarios, 28% por prepotencia de maestros y autoridades, 22% por burocracia con la que han tenido que lidiar y con un 4% por acoso.

8. Existe algo que afecte tu permanencia y conclusión de tu licenciatura no considerados en este cuestionario. Mencionalos.



FUENTE: elaboración propia.

El resultado de la encuesta arrojó los siguientes datos: un 25% no contestó y un 25% que han pensado dejar la carrera debido a que tienen problemas económicos, 10% dice que se siente desmotivado por parte del profesorado, 10% por problemas económicos, 12% el horario de sus trabajos les impide continuar con sus estudios, 8% falta de apoyo con becas, 1% la influencia de los amigos para dejar la carrera y, por último, cabe hacer mención que éstos, son factores que los alumnos consideran como determinantes para el bajo rendimiento académico y la deserción temporal o definitiva de sus estudios, no considerados en el instrumento de medición.

CONCLUSIONES

A partir de los resultados obtenidos, se pudo observar que el bajo rendimiento académico se relaciona con la insolvencia económica de nuestros estudiantes para poder concentrarse en sus estudios, así como la realización de sus tareas o trabajos que se les encomienda. Los alumnos sostienen que los horarios que la universidad ofrece se empalman con los horarios de sus actividades laborales, lo que hace muy difícil planear y organizar sus actividades escolares y laborarles para poder cumplir satisfactoriamente con ambas funciones ellos, al no tener ingresos tienen que buscar alternativas para poder seguir con sus estudios, de otra manera tendrían que desertar de la universidad. Asimismo, los bajos salarios de ellos o de sus padres no les alcanza para satisfacer sus mínimas necesidades tanto personales como académicas (libros, materiales, computadora), que son elementos básicos para sus estudios y por último las deudas que tienen por diferentes conceptos son otro obstáculo con el que se enfrentan para poder realizar eficiente y eficazmente sus estudios universitarios. Esto, sin contar con situaciones de salud como pueden ser enfermedades, accidentes, etcétera, las cuales también implican desembolsos importantes que disminuyen su ya precaria economía.

Otros de los factores que inciden en el desempeño académico y la deserción escolar son el embarazo, depresión, desintegración familiar estrés, desconfianza, falta de comunicación, adicciones, violencia intrafamiliar, falta de respeto, falta de comunicación, por lo que es común que el alumno se encuentre triste, desmotivado, frustrado, con ganas de abandonar los estudios universitarios, esto, aunado a que muchos no eligieron la carrera por convicción propia sino por influencia de alguien, por tradición familiar o por moda, impide su concentración en el estudio dando como resultado un bajo rendimiento académico. Y por ende la deserción escolar universitaria.

Por otro lado, la falta de comprensión de las autoridades educativas desmotiva a los estudiantes.

El resultado de la investigación nos llevo a concluir que los estudiantes universitario tienen que sortear un sin número de obstáculos, tales como académicos, económicos y socioculturales que reflejan que su bajo desempeño académico influyan en sus decisiones para dejar los estudios universitarios, ya sea de forma temporal o definitiva. Para poder insertarse al mercado laboral y así contribuir con el gasto familiar, para posteriormente iniciar su propia familia en el corto o mediano plazo.

PROPUESTAS

1. Se recomienda una campaña de promoción vocacional en todas las escuelas de educación media superior de la República mexicana para que los alumnos sepan de los perfiles de ingreso y egreso de las diferentes licenciaturas en nuestro país.
2. Se debe elaborar una estrategia en las escuelas que permita disminuir los niveles de deserción escolar, por los diferentes motivos tales como: familiar, políticos, económicos y socioculturales.
3. Es importante diseñar en las instituciones de educación media superior de nuestro país, conferencias, recomendación de libros, artículos de revistas sobre temas relacionados con la educación, autoestima, éxito, superación personal, comprensión, motivación, autocontrol, autoconciencia, empatía, iniciativa, adaptabilidad, persuasión, desarrollo de capacidades, aptitudes, habilidades, destrezas, manejo de emociones, comunicación, valores, normas y hábitos.
4. Se propone que dentro del aula el docente motive al alumno para que pueda entrar en una dinámica de creación de aptitudes que le permitan empatar los conocimientos y las emocio-

nes para la solución de las diferentes situaciones que se les presenten.

5. Es de gran relevancia fomentar la orientación vocacional, ya que los resultados de ella van a impactar en los futuros profesionistas y en la sociedad en general, dejando a un lado carreras de moda o por imitación, que estudian sin tener vocación a ellas.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar-Morales, J. E., *Pasos para elaborar instrumentos de medición*. México, Asociación Oaxaqueña de Psicología A. C., 2011.
- Alcántara, J., *Cómo educar las actitudes*. España, Editorial CEAC, S. A., 1998.
- Almaguer, T. E., *El desarrollo del alumno características y estilos de aprendizaje*. México, Trillas, 5a. ed., 2003.
- Ausbel, D.; Novak, J. y Hanesian, H., *Psicología educativa: un punto de vista cognoscitivo*. México, Trillas, 1990.
- Ausubel, D.; Novak, J. y Hanesian, H., *Psicología educativa: un punto de vista cognoscitivo*, 2a. ed. México, Trillas, 1983.
- Calderón Hinojosa, Felipe, *Primer-Quinto Informe de Gobierno*. Presidencia de la República. Disponible en: www.informe.gob.mx. Consultado en agosto de 2016. México, 2007-2012.
- Coll, C., *Concepciones y tendencias actuales en psicología de la educación. Desarrollo psicológico y educación*. Madrid, Alianza, 2001.
- Díaz B., F. y Hernández, R. G., *Estrategias docentes para un aprendizaje significativo*. México, McGraw Hill, 1999.
- Edel Navarro, Rubén, *Factores asociados al rendimiento académico*. Revista Interamericana de Educación, 2003. Disponible en: www.rieoei.org
- Eysenck, Ii. J. y Eysencii, M. W., *Personalidad y diferencias individuales*. Madrid, Pirámide, 1987.
- Fisher, Laura, *Investigación de mercados*. México, McGraw-Hill, 1999.

- Flavell, J., *Metacognition and cognitive monitoring. A new area of cognitive-developmental Inquiry*. American Psychologist, 34/10), 1979.
- Francis, D.; Shaywitz, S.; Steubing, K.; Shaywitz, B. y Fletcher, J., *The measurement of change: Assessing behavior over time and withing developmental context*. En G. V. Lyon (ed.), *Frames of reference: Measurement of learning disabilities*, Baltimore, MD: Paul Brooks, 1994.
- Garizurieta, M. H. y Sangabriel, I., *La inteligencia emocional y la docencia en las instituciones de educación superior. Hitos de ciencias económico administrativas*, 2005.
- Gobierno Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Plan Nacional de Desarrollo (2013-2018).
- Goleman, D., *Working with emotional intelligence*. Nueva York, Bantam Books, 1998.
- Husen, T. y Postlethwaite, T. N., *Enciclopedia Internacional de la Educación*, Barcelona, Vicens-Vives, M. E. C., 1989.
- Pardinas, F., *Metodología y técnicas de investigación en Ciencias Sociales*. México, Siglo XXI Editores, 1999.
- Pizarro, R., *Rasgos y actitudes del profesor efectivo*. Tesis para obtener el grado de Magíster en Ciencias de la Educación. Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1985.
- Programa Sectorial de Educación 2007-2012, México, SEP.
- Tamayo, M., *El proceso de la investigación científica*. México, Limusa, 4a. ed., 2004.
- Zarzar, C., *Habilidades básicas para la docencia*. México, Editorial Patria, SEP, 1993.

Internet

- De Giraldo, L. y Mera, R., *Clima social escolar: percepción del estudiante*. Disponible en <http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol31No1/clima.html>
www.wikipedia.com
www.ORUGACHAN.BLOGSPOT.COM

Derechos humanos, seguridad humana, igualdad y equidad de género, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en septiembre de 2018 en los talleres de LIBROS EN DEMANDA, S. de R. L. de C. V., Av. Periférico Norte núm. 940, C. P. 45130, Lomas de Zapopan, Zapopan, Jalisco. El tiraje consta de 2,000 ejemplares.



Presidente
Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi
María Ampudia González
Alberto Manuel Athié Gallo
Michael William Chamberlin Ruiz
Angélica Cuéllar Vázquez
Mónica González Contró
David Kershenobich Stalnikowitz
Carmen Moreno Toscano
María Olga Noriega Sáenz
José de Jesús Orozco Henríquez

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

María Eréndira Cruzvillegas Fuentes

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Titular de la Oficina Especial para el "Caso Iguala"

José T. Larrieta Carrasco

Directora Ejecutiva del Mecanismo Nacional
de Prevención de la Tortura

Ninfa Delia Domínguez Leal

Secretaria Ejecutiva

Consuelo Olvera Treviño

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Raymunda G. Maldonado Vera

Directora General del Centro Nacional
de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

ISBN: 978-607-729-435-1



9 786077 294351