Constitución y Derechos

VOCES POR LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

A 70 AÑOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Fabiola **Martínez Ramírez**
María Elisa **Franco Martín del Campo**
Jaime Arturo **Verdín Pérez**
Zamir Andrés **Fajardo Morales**
Coordinadores

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Constitución y Derechos

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Javier Marra Olea
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Voces por la universalidad de los derechos humanos

A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Fabiola **Martínez Ramírez**

María Elisa **Franco Martín del Campo**

Jaime Arturo **Verdín Pérez**

Zamir Andrés **Fajardo Morales**

Coordinadores

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
México, 2020

Primera edición: noviembre de 2020

Voces por la universalidad de los derechos humanos
A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

© Fabiola Martínez Ramírez
María Elisa Franco Martín del Campo
Jaime Arturo Verdín Pérez
Zamir Andrés Fajardo Morales

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-65-3

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Contenido

Parte I
El devenir histórico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sobre la Universalidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos
Fabiola Martínez Ramírez 17

La DUDH y el régimen de derecho para la protección de los derechos humanos: el largo camino hacia un *Ius Commune* Universal
Zamir Andrés Fajardo Morales 29

Parte II
Los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

El derecho a la vida desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos
Namiko Matzumoto Benítez 69

México y la prohibición de la tortura
Juan Carlos Arjona Estévez 87

El Derecho a la Personalidad Jurídica
Salvador Herencia Carrasco 107

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: su importancia actual y su desconcertante futuro
Patricia del Arenal Urueta 129

El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: la universalización del amparo
María Elisa Franco Martín del Campo 153

El derecho a la protección judicial contra las violaciones a los derechos humanos
Luis Miguel Cano López 171

El derecho humano al debido proceso en materia penal
Taissia Cruz Parcero 191

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución de los sistemas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes y solicitantes de asilo
Ricardo A. Ortega Soriano
Diana Mora López. 205

El derecho de asilo: una mirada jurídica y humana
Dulce María Milán Rodríguez 237

La nacionalidad, la igualdad y la no discriminación
Alexandra Haas Paciuc 255

Derecho a la nacionalidad: las restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos político electorales de las personas mexicanas por naturalización. Una propuesta de aproximación
Jorge Enrique Terrón González 273

El derecho a integrar una familia: su construcción y (de) construcción binaria en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos
Gretha Jimena Vilchis Cordero..... 307

El derecho a casarse y formar una familia
Cecilia Armengol Alonso 327

El derecho a la propiedad: de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a nuestros días, una revisión general
Marycarmen Color Vargas 351

El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
Yuria Saavedra Álvarez..... 371

La protesta como parte del ejercicio del derecho de reunión pacífica
Armando J. Meneses Larios 389

El derecho de reunión y manifestación pacífica
Yessica Esquivel Alonso..... 409

El derecho fundamental a la participación política en el sistema electoral mexicano. La influencia de los tratados internacionales en la interpretación actual
Santiago Nieto Castillo
Guadalupe Itzi-Guaria Hurtado Bañuelos 441

La autonomía del derecho a la reparación integral del daño de las víctimas de violaciones a derechos humanos
Jaime Arturo Verdín Pérez 459

La seguridad social, un derecho humano universal
Mariana Díaz Figueroa..... 469

El derecho a la seguridad social
José Antonio Estrada Marún
Óscar Javier Apáez Pineda 491

El derecho al trabajo y al descanso
Roberto Campa Cifrián
Alejandra Negrete Morayta 513

El derecho a un nivel de vida adecuado, elementos mínimos para dotarlo de contenido
Magdalena Cervantes Alcayde 537

Una oportunidad para reafirmar y consolidar los avances en el campo de los derechos humanos de las mujeres, de la niñez y el derecho al cuidado
Nashieli Ramírez Hernández 577

El derecho a la educación: a setenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos
Julieta Morales Sánchez 605

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.
Abigayl Islas López 629

Los derechos culturales en México, a 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos
Roberto Antonio Reyes Mondragón 651

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental a la unidad familiar de extranjeros (madre extranjera de niña mexicana). Inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios
Fernando Silva García 675

Parte III
El presente y el futuro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Los Desafíos de la globalización y la era tecnológica para los Derechos Humanos
Bernardo Anwar Azar López
María de Jesús Medina Arellano..... 713

Los desafíos de la globalización y la era tecnológica para los Derechos Humanos “Internet, sociedad, neutralidad y retos”
Julio Alejandro Téllez Valdés..... 735

Parte I
El devenir histórico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sobre la Universalidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

*Fabiola Martínez Ramírez**

Sumario. I. Introducción. II. Un marco conceptual unificado en torno a los derechos humanos. III. La universalidad de las normas en derechos humanos, hacia un *Ius commune* en derechos humanos. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

Resulta paradigmático el año de 2018, en virtud de que se encuentra colmado de gran significación para los derechos humanos, por un lado se cumplen 70 años de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos[1], así como también, 70 años de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[2] y 40 años de la instalación de la Corte Interamericana

* Licenciada en Derecho, Especialista en Derecho Constitucional, Maestra en Derecho y Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

1 Adopción de la Declaración Universal de los Derechos de los Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. Secretaría de Gobernación, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, *http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2000.pdf,* consultada el 11 de septiembre de 2018

2 Adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 02 de mayo

de Derechos Humanos[3], cabe precisar que la labor de esta última, representa un ejemplo inmejorable en el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales en la región.

De conformidad con lo anterior, conviene discutir sobre la vigencia y efectividad de los derechos humanos, sobre los retos y desafíos que aún persisten, y en su caso, las brechas pendientes en torno al cumplimiento de las obligaciones de los Estados que culminan en el acceso efectivo a la justicia y el cumplimiento real y material de los derechos de las víctimas.

En la actualidad, con mayor frecuencia, bajo diversos procesos de interacción transterritorial, las y los jueces utilizan las referencias comparadas, los instrumentos internacionales y los ordenamientos que nutren al derecho interno y que propician estándares generalizados, todo ello convocado por la presencia de los derechos de las personas.

Así, resulta conveniente discutir sobre la universalidad de la Declaración y los principios bajo los cuales fue gestada y creada, considerando que por primera vez los miembros de la comunidad internacional se pronunciaban en torno a los derechos humanos, recogiendo la pluralidad de intereses en un documento tan representativo a nivel internacional.

Desde esta perspectiva, resulta paradójico el hecho de que un documento como lo es la Declaración Universal en sus 30 artículos consagró la protección de derechos civiles y políticos, así como de derechos económicos, sociales y culturales y propició la denominada [universalidad] de los derechos humanos y siente las bases de un principio abstracto que se integra por la individualidad.

La existencia de un cuerpo normativo compartido y diverso de derechos a partir del reconocimiento de los tratados interna-

de 1948. Secretaría de Gobernación, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2000.pdf,* consultada el 11 de septiembre de 2018.

[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Historia de la Corte IDH, http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh,* consultada el 11 de septiembre de 2018.

cionales y el surgimiento de nuevas instituciones internacionales ha facilitado y propiciado en gran medida, la internacionalización de estándares de derechos, los cuales han servido de base para la consolidación del concepto en distintas latitudes.

Debe advertirse que la interpretación, basada en un nuevo modelo, que se caracteriza por el fortalecimiento de los derechos fundamentales como una forma de limitar el ejercicio del poder, innegablemente culmina en una aceptación expresa de que el ejercicio interpretativo también debe considerar valores y principios del derecho internacional, aplicables bajo un criterio de igualdad a toda la humanidad.

Este análisis es válido sobre todo si comprendemos que actualmente son aplicables normas que van dirigidas a la solución de conflictos, tanto aquellos que se presentan entre los particulares, como entre el Estado y los particulares, que propician una construcción normativa con reglas comunes, con lenguaje común y bajo una premisa de "universalidad-igualdad" asumida a la luz de valores comunes.

El profesor Sergio García Ramírez, señala que conforme a la tradición inaugurada por la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y el Ciudadano, los textos primordiales de México pusieron en el centro de la escena los derechos básicos del ser humano y establecieron el principio de que la sociedad política se justifica por el respeto que muestra y la protección que brinda a estos derechos.[4]Quizá este reconocimiento también permitió una serie de adecuaciones que contienen valores, principios y reglas encaminadas al mismo fin.

Las anteriores consideraciones, nos llevan a plantear que la creación de estándares en materia de protección de derechos humanos generó progresivamente, además, pronunciamientos jurisdiccionales y una interacción encaminada a la universalidad de los derechos y libertades humanas. El diálogo jurisprudencial

[4] García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, UNAM-SRE, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2009, p. 19.

y la interlocución de los órganos judiciales en distintos niveles ha inspirado crecientes y progresivos criterios interpretativos en el continente, el resultado es que cada vez se acentúa con mayor vigor un cambio estructural en la forma de ejercer el poder y que no se limita al plano nacional.

En nuestro país, la reforma de junio de 2011 adicionó consideraciones importantes al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer diversas obligaciones generales y deberes específicos de las autoridades, entre ellas, que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, que los derechos humanos son los reconocidos por la Ley Fundamental y los tratados internacionales suscritos por México, y que la interpretación de aquélla y de las disposiciones de derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales y en las leyes, siempre debe ser en las mejores condiciones para las personas y constituye el eje rector de la aplicación de los derechos.

De la misma manera se institucionalizó —*por decirlo en ciertos términos*— la obligación de que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deban promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que, en consecuencia, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar todas las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley, lo cual significa que las autoridades deban actuar atendiendo a todas las personas por igual, con una visión interdependiente, e interpretando de manera progresiva.

Tal como afirma García Ramírez, los derechos humanos por su propia naturaleza, tienen pretensión de universalidad, corresponden al ser humano en su condición de tal. [5]De forma avenida

[5] *Véase*, García Ramírez, Sergio, Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, Serie Doctrina Jurídica, Número 106, México, UNAM, 2002. pp.31-49. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/324/5.pdf

es posible señalar, que la Declaración Universal considera por primera vez esa tensión existente entre dos elementos, *lo particular* y su importancia para la concretización de los derechos de las personas, y *lo general*, para el cumplimiento de las obligaciones que irradian con efectos *erga omnes*. En este sentido la universalidad se plantea en diversas dimensiones y en todas ellas transita sin distinción, de forma espacial, material y temporal.

En ese tenor, estos principios se reflejan e influyen de manera precisa en la Declaración Universal, y sobre todo en la visión de que los derechos humanos en la integración del derecho nacional, constituyen las exigencias éticas justificadas especialmente importantes, las cuales deben ser reconocidas y protegidas por el Estado, incluyendo por virtud de ello, la instauración de garantías procesales específicas que permitan su eficacia directa.

La universalidad de los derechos, permite proteger a la diversidad de manera conjunta, a partir del respeto —*sobre todo reconocimiento de los valores universales*— en armonía con la individualidad de cada una de las personas, y con ello permitir la realización de su dignidad sobre la base de los valores comunes.

Sobre este aspecto conviene señalar que Rousseau y Voltaire pensaban que la cohesión social solo podía fundarse en una unidad ideológica que se comprendía como una "religión civil".[6] Desde un enfoque más amplio, podemos asegurar que no necesariamente la misma ideología y el comportamiento uniforme posibilita el cumplimiento de los deberes generales de los Estados, menos aún, si el ejercicio de los derechos, conlleva a la igualdad, el imperativo que debe aplicarse son los valores comunes que consideren el contexto de cada individuo.

La existencia de diferencias legítimas y necesarias de las personas no representan un atentado contra la universalidad, sino todo lo contrario, la universalidad de los derechos humanos no existiría sin la entendida individualidad de las personas, funda-

[6] Fernández, Alfred, "Diversidad Cultural y Universalidad de los derechos humanos. Materiales sobre los presupuestos del diálogo intercultural", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Volumen 5, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 246.

da en un sistema de intercambio, de pluralidad de visiones y de respeto a las verdaderas diferencias que cohesiona con los principios sobre los que se desarrollan los derechos humanos, tales como la indivisibilidad, interdependencia, inalienabilidad y progresividad, entre algunos.

II. La universalidad de las normas en derechos humanos, hacia un *Ius Commune* en derechos humanos

Existen diversos procesos de reconocimiento de los derechos humanos y su intento por garantizar y proteger de manera universal las libertades intrínsecas de las personas, inicialmente a través de su *constitucionalización*, y posteriormente a través de la internacionalización de los derechos reconocidos en las cartas constitucionales, lo que propició la integración de órganos, procesos y procedimientos para cumplir con este fin.

No se puede dar cuenta, sin señalar los cuatro grandes procesos históricos de los derechos humanos; *positivación*, generalización, internacionalización y especificación.[7] Estos procesos han tenido por objetivo cumplir las demandas de reconocer los derechos humanos y desde luego generalizarlos.

Un episodio relevante que no debe pasar inadvertido para el reconocimiento de los derechos humanos y para el desarrollo de la universalidad, lo constituye la finalización de la Segunda Guerra Mundial y su significado en el plano internacional para el enfoque de los derechos humanos y los límites de la actuación del Estado, representan la preocupación colectiva para evitar hechos de semejante naturaleza, que atentan en todas sus formas contra las libertades y dignidad humanas.

[7] *Véase* De Asís Roig, Rafael, "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en Campo Cervera, Ignacio (Editor), *Una discusión sobre la Universalidad de los Derechos Humanos y la inmigración*, Fundación El Monte, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Unión Europea, 2006.

El principio de la universalidad tiene su origen en la filosofía de Immanuel Kant (1724-1804); concretamente en la primera formulación del llamado imperativo categórico.[8] Bajo esta premisa existe una cualidad común a las diversas morales divergentes, lo que llevado al terreno de los derechos humanos permitiría que no obstante existan diferencias entre las personas, exista una ley universal apoyada en la dignidad como valor supremo.

El proceso de generalización, supone la extensión de la satisfacción de los derechos a sujetos y colectivos que no los poseían.[9] Esta perspectiva provee de contenido a la idea de entender a los derechos humanos bajo la raíz de que éstos son naturales, es decir que pertenecen a todos los seres humanos, ya sea en lo individual o bien reunidos en grupo.

En sentido contrario, bajo sus principios y formas, los juristas *iuspositivistas* también se suman a este esfuerzo, identificando en legislaciones, sobre todo especializadas a los derechos humanos, sus límites y formas de protección. Posiciones particularmente radicales dominaron el desarrollo del derecho durante el siglo XIX y principios el siglo XX, que encaminaron de manera profusa la actividad legislativa y judicial, sujetando los criterios de interpretación "en derechos humanos" a la mera aplicación de la disposición normativa, dejando desprovista la interpretación progresiva de dichas cualidades vinculadas a la persona, en ese sentido se comprendió a los derechos como posiciones jurídicas concebidas como relaciones jurídicas y no propiamente como derechos "vivos" que permiten satisfacer las necesidades de su dignidad de personas.

La anterior afirmación nos lleva a la discusión de su titularidad, reconocimiento y garantía, y encaminar los esfuerzos a los

---

[8] Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres (1885)*, Traducción de Manuel García Morente, 6ª ed., México, Porrúa, 1986. *cit. por*, Lara Chagoyán, *Roberto, El principio de Universalidad en el razonamiento jurídico, en Revista* de la Facultad de Derecho de México, Número 247, Tomo LVII, Enero-Junio de 2007, P. 222

[9] *Cfr*. De Asís Roig, Rafael, De Asís Roig, Rafael, "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en Campoy Cervera, Ignacio, *Una discusión sobre la Universalidad de los Derechos Humanos y la Inmigración*, Fundación el Monte, Dykinson, Madrid, 2006, pp.42-43.

desafíos que enfrenta sobre todo su reconocimiento, protección y garantía, en este tenor los diversos sistemas jurídicos en torno a la idea de universalidad, que posee consideraciones abstractas y conceptuales, han creado vías para la materialización de tales prerrogativas.

Es posible desde un punto de vista realista que el concepto de la universalidad propicie problemáticas complejas al tenor del cumplimiento de las obligaciones generales y de los deberes específicos para ciertos actores del Estado, *por ejemplo*, las y los jueces deberán identificar la forma en que el contenido de los derechos humanos pueda concretarse en las personas a partir de este principio de universalidad, considerando las particularidades de los individuos, visibilizando a grupos en situación de vulnerabilidad que históricamente han sido relegados y definiendo valores aplicables a toda la humanidad.

De dicho modo, el principio de universalidad establece un estándar común que pretende ser la guía hermenéutica bajo la cual se apliquen los otros derechos, así también permite la identificación de deberes para las naciones, pues representa inclusive su fundamentación teórica desde el enfoque jurídico y propone las circunstancias y en su caso medidas que deban considerarse para su estudio en cualquier lugar del mundo.

Para Peces-Barba "la universalidad de los derechos afecta a su dimensión moral, es decir, a una característica de las pretensiones morales justificadas, que puede faltar cuando nos encontremos en la dimensión jurídica. La universalidad sería pues una característica de la moralidad de los derechos, pero no necesariamente de su juridicidad".[10]

De estas ideas es fácil advertir que la universalidad se vincula con principios morales, sobre los cuales se centra el sentido esencial de los derechos humanos que no necesariamente tiene un ámbito o competencia de lo jurídico, sino que se analiza en el plano del concepto iusnaturalista, reconociendo su propia natu-

[10] Peces-Barba Martínez, G. "La moralidad de los derechos humanos", en *Tiempo de Paz*, números. 29-30, 1993, pp. 10 y ss. citado por, De Asís Roig, Rafael, "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos, *S*. pp.42-43.

raleza. Sobre dicho tema existe un profundo debate que alcanza dimensiones poco exploradas, pues la naturaleza ontológica de los derechos humanos conlleva a la esencia de los derechos y libertades humanas y su fragmentación a través de los procesos culturales a través de los cuales su contenido se diferencia.

La idea de la universalidad es opuesta a la fragmentación, no así a la individualidad, por lo que conviene recalcar la importancia de la diversidad y de la protección conjunta de los valores comunes que intentan conciliar dichas diferencias que existen entre las personas, lo que constituye la cultura desde el concepto más amplio posible y la idea de justicia en su máxima expresión.

Ahora bien, conviene preguntarnos en este proceso de reconocimiento de los derechos humanos en el plano internacional y constitucional, ¿cuáles son las formas más apropiadas de reconocer la igualdad de derechos respetando las diferencias entre las personas?, ¿Cómo resolver la paradoja de llevar el principio de universalidad existente en el plano filosófico y ético al terreno de lo jurídico? ¿Cómo propiciar la igualdad a partir de la individualidad?

III. La universalidad de las normas en derechos humanos, hacia un *Ius Commune* en derechos humanos

Siguiendo la visión de los derechos humanos desde el constitucionalismo contemporáneo, existen valores comunes entre los Estados que deben considerarse como un ideal para reafirmar la visión contemplada en la Declaración Universal de Derechos Humanos que ha propiciado una voluntad comprensible para asegurar aquéllos principios que se encuentran por encima de las naciones.

Es pertinente señalar que la consolidación y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ha motivado una cultura de los derechos humanos regional, en él reside de manera congruente la difusión del derecho internacional de los derechos humanos como una herramienta para la formación jurisprudencial interamericana, como una ma-

nifestación de la universalidad que persigue la identificación de valores inmutables.

De dicho modo desde la perspectiva histórica de los derechos humanos, el progreso, la globalización y los movimientos sociales han propiciado consecuencias para incentivar el diálogo entre los Estados para una conformación del denominado *ius constitutionale commune*, ampliando así las fronteras de los derechos.

De ser el caso, tal como lo denomina García Ramírez, deben entenderse estos procesos, como una "*navegación americana*" vinculadas con experiencias, necesidades, posibilidades, expectativas, vientos (apacibles o cruzados), tiempos e instrumentos que imponen el signo de lo particular, sin negar, antes bien afirmando el signo de lo general.[11]

En la misma línea de consideraciones, la existencia de un derecho común, universal en derechos humanos refuerza el ímpetu de las ideas plasmadas en la Declaración Universal y revigoriza el planteamiento de la igualdad entre todas las personas. Además, propicia la creación de un principio rector a través del cual se puede lograr identificar una determinada situación grave de violaciones a derechos humanos, anticipando a evitar violaciones sistemáticas que obliguen a sus gobiernos a reformar su legislación, e inclusive prácticas judiciales y administrativas en torno a situaciones generales de derechos humanos.

Los derechos humanos reconocen la individualidad de la persona y permiten la concurrencia de su reconocimiento, garantía y eficacia al tenor de la generalidad. Una determinada resolución jurisdiccional si bien se encamina a identificar los derechos en juego de las partes que proponen, también permite por criterios de interpretación generalizados, construir estándares interpretativos con efectos generales.

No es ajeno para el derecho la consideración de efectos con eficacia directa para las partes y los efectos generales a la luz del

[11] García Ramírez, Sergio, "La navegación americana de los Derechos Humanos: Hacia un Ius Commune", en Fix-Fierro, Héctor, *et.al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2016, p. 462.

análisis de un caso que se somete a conocimiento de los tribunales, los efectos que la decisión del juez irradie para la completitud del contenido de los derechos. El dinámico proceso de interpretación de los derechos propicia una producción normativa profusa en muchos campos abordando temas sobre los nuevos desafíos sociales y permitiendo garantizar a las víctimas de violaciones a derechos humanos.

IV. Conclusiones

A lo largo de la lucha histórica por la protección de los derechos humanos, y en la búsqueda permanente de fortalecer su reconocimiento, garantía y protección, razonar sobre la universalidad de su contenido nos lleva a serias y confusas reflexiones, si bien bajo la óptica de la pluralidad de culturas e intereses se ha ido construyendo el andamiaje propio de la individualidad, también es cierto que bajo la idea de valores comunes intrínsecos a todas las personas se consigue afirmar la "universalidad de los derechos":

Podría afirmarse entonces, que el propósito principal de la Declaración Universal es reconocer desde el plano internacional la igualdad entre todas las personas y encuentra como una de sus manifestaciones la presencia de las leyes constitucionales de los Estados. En ese entendido, dicho ordenamiento surge en contra del autoritarismo, como una forma de expresión impulsada por la comunidad internacional para la tutela de los derechos humanos.

Una exploración sobre los efectos de la universalidad nos indica que la titularidad de los derechos es atribuida a cualquier persona, extendiéndose en cualquier momento y a todo tipo de sociedades. Debe advertirse, por lo tanto, que todas las personas deben gozar y ser acreedoras de estos beneficios sin distinción de raza, origen étnico o nacional, o cualquiera otra circunstancia que la hace diferente pero no desigual.

Las diversas jurisdicciones se plantean, a partir de la Declaración Universal, las condiciones necesarias para el reconocimiento de los derechos humanos, propiciando la creación de instrumentos diversos que generen las condiciones para la eficacia de

los derechos, así los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual sin discriminación alguna, dejando claro que la universalidad traspasa fronteras territoriales y de tiempo, propiciando obligaciones conjuntas que nos obligan a discutir sobre este tema.

Bibliografía

Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Volumen 5, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

Campo Cervera, Ignacio (Editor), *Una discusión sobre la Universalidad de los Derechos Humanos y la inmigración*, Fundación El Monte, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Unión Europea, 2006.

Fix-Fierro, Héctor, *et.al*., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2016.

García Ramírez, Sergio, Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, Serie Doctrina Jurídica, Número 106, México, UNAM, 2002.

Lara Chagoyán, *Roberto, El principio de Universalidad en el razonamiento jurídico, en Revista* de la Facultad de Derecho de México, Número 247, Tomo LVII,Enero-Junio de 2007.

La DUDH y el régimen de derecho para la protección de los derechos humanos: el largo camino hacia un *Ius Commune* Universal

*Zamir Andrés Fajardo Morales**

> La primera declaración de los derechos humanos estableció un estándar que inspira a los refugiados, a todos los que han sido forzados a vivir en la miseria, a los que han sido excluidos y humillados; es un estándar que afirma que esos sufrimientos no son un destino natural. Con la traducción del primer derecho humano en derecho positivo surgió el deber legal de cumplir con requerimientos morales rigurosos, y esto es algo que ha quedado grabado en la memoria colectiva de la humanidad.
>
> Jürgen Habermas[1]

Sumario: I. La Declaración Universal como punto de inflexión. II. Los derechos humanos y el régimen de derecho para su pro-

---

* A la fecha de consolidación del presente artículo, el autor es el Tercer Visitador General de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. La difusión de información y opiniones que aquí se realiza, únicamente comprometen a su autor y no pretende representar la postura de la institución con la que actualmente trabaja.

1 Ver, Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, en, Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM) y FCE, *Diánoia*, volumen LV, número 64, México, 2010, pág. 7.

tección. III. Los derechos humanos como derechos subjetivos. IV. Los niveles de protección. V. Las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. Una propuesta de tipología. VI. Revisitando la Carta Internacional [ampliada] de Derechos Humanos a 70 años de la DUDH. VII. Los pasos dados hacia un ***Ius Commune*** universal. Construyendo la universalidad de la CIaDH. VIII. Bibliografía.

En 1999 el libro de los *Guinness Records* incluyó a la Declaración Universal de los Derechos Humanos ("la Declaración" o "la DUDH") como el documento más traducido del mundo; entonces la DUDH contaba con 298 versiones en diversos idiomas y dialectos. Dicho reconocimiento se actualizó en 2009 al llegar a las 370 versiones; en noviembre de 2016 la Declaración alcanzó las 500 traducciones, con lo que cada día cobra más sentido identificar, en el lenguaje de los derechos humanos que está consagrado en la DUDH, una suerte de código universal que materializa lo que Robinson denomina el "*lenguaje común de la humanidad*".[2]

En este mismo sentido, el presente ensayo se propone identificar y analizar algunos elementos conceptuales y normativos que permitan realizar una aproximación general respecto a la manera como ese "***lenguaje universal***" ha evolucionado jurídicamente, durante las últimas siete décadas.

Uno de los principales elementos de este *lenguaje universal* lo constituye el concepto de humanidad, que subyace al de derechos humanos. Al respecto nos enseña Radbruch:[3]

---

[2] Mary Robinson sostiene: "*This project bears a special symbolism. It immediately brings to us a sense of the world's diversity; it is a rich tapestry with so many different languages and peoples. But, at the same time, it shows that all of us, in our different forms of expression, can speak the "common language of humanity", the language of human rights, which is enshrined in the Universal Declaration of Human Rights*", Ver, *https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/WorldRecord.aspx*. Última consulta: 26.02.2019.

[3] Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, Décima reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 153-155.

> El concepto de humanidad tiene una larga y hermosa historia[...][4]
>
> [...] Pero fué [sic], sobre todo, Kant quien más contribuyó a desarrollar el concepto de humanidad en el sentido de la dignidad humana, la idea de que todo hombre debe ser considerado como un fin en sí, de que no es lícito utilizar a nadie simplemente como un medio al servicio de fines ajenos [...]
>
> El concepto de humanidad ha trascendido al campo del Derecho en tres puntos del orden jurídico:
>
> 1) En lo tocante a los Derechos del Hombre [sic], como garantía de la libertad exterior indispensable para el cumplimiento del deber y, por ende, para la salvaguardia de la dignidad humana [...]
>
> 2) En el capítulo de los "delitos contra la humanidad", definidos en el Estatuto del Tribunal Militar de Nurenberg [...] La humanidad entera asume una garantía solidaria en cuanto al carácter humano del modo de conducirse el Estado en cada nación.
>
> 3) La idea de humanidad se trasluce e impone también en el Derecho penal dentro de cada Estado. [...]

Siguiendo a Radbruch es claro que, en el ámbito jurídico, el concepto de humanidad ha sentado las bases para el desarrollo de los derechos humanos (como salvaguardias de la dignidad humana),[5] así como para la redefinición y desarrollo del derecho penal tanto nacional como internacional y, debe agregarse, también para otras disciplinas del derecho internacional.[6]

---

[4] En este punto Radbruch refiere los orígenes y el desarrollo de la palabra *humanitas* desde Cicerón, pasando por Aulo Gelio, hasta la renovación del concepto por el humanismo y el neohumanismo, inclusive la influencia de ciertas ideas masónicas (reflejadas en el *Nathán* de Lessing, *La Flauta encantada* de Mozart, *Las Cartas sobre Humanidad* de Herder, la *Ifigenia* de Goethe, entre otros).

[5] Habermas sostiene que "[l]*a defensa de los derechos humanos se nutre de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana. De modo que si esto configura su punto de partida histórico, tendrían que estar también presentes vestigios del vínculo conceptual entre la dignidad humana y los derechos humanos desde los inicios del desarrollo del derecho mismo (Recht)*". Ver, Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana*, *op. cit*., p. 6.

[6] El concepto de humanidad también ha permitido, en diversos grados, el desarrollo de lo que podríamos denominar el derecho internacional de protección de la persona humana, el cual incluye, por lo menos cinco

En el principio de universalidad encontramos un segundo concepto cardinal a los derechos humanos que amerita una breve reflexión. Según Peces-Barba,[7] para mantener la imprescindible idea de universalidad [*a priori*] hay que elevarse desde las pretensiones morales concretas que respaldan cada derecho, a la moralidad genérica que respalda al conjunto de los derechos humanos; así, la existencia de derechos universales, en el sentido de derechos racionales y válidos para todos los seres humanos, permite situarnos en diversos contextos históricos, culturales y geográficos; siendo de esta manera, consideramos que el multiculturalismo[8] no sólo coexiste con la universalidad sino que es una condición necesaria para su existencia.

---

diferentes manifestaciones: el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el derecho internacional humanitario (DIH), el derecho internacional de protección de las personas refugiadas (DIR), el derecho internacional del trabajo (DIT) y el derecho penal internacional (DPI, al que indirectamente alude Radbruch). Al respecto puede consultarse Fajardo Morales, Zamir, *Control de Convencionalidad. Fundamentos y Alcance. Especial referencia a México*, en Colección sobre protección constitucional de los derechos humanos, Fascículo 16, CNDH, México, 2015. La tipología propuesta en dicho opúsculo corresponde a la desarrollada en la "Nota introductoria" a la obra "*Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona, aplicables en México*", en cuya construcción participó el autor del presente artículo.

7 Peces-Barba, Gregorio, *La universalidad de los derechos humanos*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm 15-16, 1994, disponible en http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10645.

8 Sin perjuicio de la importancia de reconocer el multiculturalismo y los desafíos permanentes que éste trae frente a la universalidad de los derechos humanos, debe hacerse notar que "[m]*ientras que algunos gobiernos enfatizan al máximo* [los] *particularismos culturales, sus sociedades civiles reivindican la universalidad de los derechos humanos, incluidos los de las mujeres y los niños. Es el caso paradigmático de la República Islámica del Irán y Arabia Saudí, pues ambos utilizan la islamización de la cultura como cortina de humo tras la cual se ocultan serias violaciones de derechos humanos*". Ver, Villán Durán, Carlos, La obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal, en Proner, Carol, *et al.* (coord.), 70° aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 115. Asimismo, debe considerarse que "*un proceso de intercambio cultural y religioso puede llevar a una evolución hacia la implementación práctica de la dignidad humana, que refleje un consenso universal sobre derechos y libertades fundamentales*". Ver,

De otro lado, es ineludible analizar el concepto de dignidad humana. Tal como correctamente lo enfatiza Habermas, el concepto de derechos humanos es una síntesis [inverosímil] entre la moral internalizada y justificada racionalmente y el derecho promulgado positivo y coercitivo; siendo que la dignidad humana *sirvió como el eje conceptual que permitió establecer dicha conexión*[9] y alcanza su materialización, en tal sentido, hasta después de la Segunda Guerra Mundial en los textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales recientes.

Habermas sostiene que después de doscientos años de historia constitucional moderna, poseemos ya un mejor entendimiento de lo que distinguió este desarrollo desde sus inicios: la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho;[10] siendo que la DUDH permite la materialización de dicho portal. Asimismo, Ferrer Mc-Gregor, sostiene que la De-

---

De Zayas, Alfred, *Dignidad y Derechos Humanos*, en Proner, Carol, et al. (Coord.), *op. cit.,* p. 64. De otro lado, De Sousa, aboga por el reconocimiento de la naturaleza incompleta de cada cultura y la necesidad de entrar en diálogos entre culturas ("hermenéutica diatópica"), posibilitando un discurso y una práctica de derechos humanos cosmopolitas. Ver, De Sousa Santos, Boaventura, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", ILSA, Revista El otro Derecho, No. 28, Colombia, 2002. Disponible en *http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/Sousa%20-%20Concepci%C3%B3n%20multicultural%20de%20DDHH.pdf*. En este mismo sentido la DUDH, en su Preámbulo, estableció que es de la mayor importancia el alcanzar una concepción común de los derechos humanos.

9 Según ilustra Habermas, siempre ha existido —aunque inicialmente sólo de modo implícito— un vínculo conceptual interno entre los derechos humanos y la dignidad humana; así, las condiciones históricas cambiantes simplemente nos han hecho conscientes de algo que ya estaba inscrito desde el inicio en los derechos humanos: el sustrato normativo de la igual dignidad de cada ser humano que los derechos humanos únicamente precisan con más detalle. Para Habermas los aspectos de la dignidad humana especificados y actualizados de esta manera podrían conducir tanto al agotamiento más acentuado de los derechos existentes, como al descubrimiento y construcción de nuevos derechos. Ver, Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana*, *op. cit*., pp. 5-8.

10 Ver, Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana*, *op. cit*., p. 10.

claración "*constituye el primer paso de la internacionalización del derecho constitucional en cuanto establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad, deviniendo en el eje o piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos*".[11]

I. La Declaración Universal como punto de inflexión

La DUDH se construye a partir de ideales, valores, principios y reglas que la comunidad internacional ha reconocido como imprescindibles para precavernos de las implicaciones que aparejan el menosprecio de la dignidad humana. El artículo 28 de la DUDH, reconoce que "[t]*oda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos*". Sin duda, el mundo entero vive una dialéctica de los derechos humanos, en la que el discurso que los rodea ha tomado una solidez plausible, pero en la práctica las personas padecen inaceptables violaciones a sus derechos: hambre, torturas, discriminación y humillaciones de todo tipo, desapariciones forzadas, graves fallas en los sistemas de salud, violencia contra las mujeres y un largo etcétera. El ***derecho humano a la plena efectividad de los derechos humanos*** que perentoriamente establece el artículo 28 de la Declaración, es una tarea siempre en curso, que nos recuerda que las estructuras sociales y las relaciones internacionales deben ser permanentemente revisadas y adecuadas a las necesidades de vida de cada sociedad, en cada momento histórico.

Frente a esta dialéctica de los derechos humanos, reducir la brecha entre el deber ser (discurso moral y jurídico) y la realidad es una tarea que requiere que la humanidad en su conjunto realice: el éxito o el fracaso de cada generación (y sus instituciones)

[11] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix- Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coord.), Formación y perspectivas del Estado en México, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2010, pp. 160 y 161; disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf

debería medirse, entonces, a partir de sus aportes para reducir o no dicha brecha.

En esta enorme tarea el Derecho ha jugado y tiene que seguir jugando un papel central. El Derecho no es (no debe ser) ajeno a la consecución de los fines de la humanidad. Aquello que lesiona la conciencia de la humanidad (***lesa humanidad***) debe ser prevenido, investigado y castigado inexorablemente; asimismo, aquello que da vida y forma a la dignidad humana (los derechos humanos) debe ser buscado hasta el máximo de los esfuerzos, tanto en una sumatoria universal, como en cada caso en concreto: cada persona, cada familia, cada colectividad, cada grupo, cada comunidad, cada pueblo, cada nación, cada región, todas y todos en suma, tenemos derecho a la plena efectividad de los derechos humanos.

En este contexto, el Derecho ha debido redefinirse y constituirse como partícipe esencial en materia de derechos humanos. La propia DUDH desde su Preámbulo estableció que es "*esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho...*". El régimen de derecho para la protección de los derechos humanos que fue establecido como esencial por la DUDH, constituye un punto de inflexión para la historia del derecho, al cifrar en un lenguaje universal la confluencia de la moral y el derecho a partir de una síntesis potente: los derechos humanos universales.

En el lenguaje jurídico, a partir de un enfoque de derechos humanos, la separación absoluta entre derecho y moral no es aceptable, el contenido de las normas importa[12] y los derechos

[12] Esta hipótesis implica separarse de la premisa del positivismo jurídico según la cual "*cualquier contenido que sea, puede ser derecho*". Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 16a Edición, México, Porrúa, 2011, pág. 205. O de aquélla otra que postula que "un sistema legal no democrático, basado en la negación de los derechos humanos [...] puede, en principio, ajustarse a los requisitos del estado de derecho mejor que cualquiera de los sistemas legales de las más ilustradas democracias occidentales [...] La ley podrá... institucionalizar la esclavitud sin violar el estado de derecho". Ver, Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979, pp. 211 y 221, citado en Bingham, Tom, *El Estado de Derecho,* Tirant lo Blanch, México, 2018, pág. 127.

humanos tienen supremacía axiológica[13] y jurídica[14] sobre los restantes temáticas del sistema jurídico. Así, los derechos humanos han alcanzado una posición en el ámbito jurídico de tal entidad que, considerados en conjunto, representan lo que Radbruch denominó derecho *supralegal;*[15] *siendo la DUDH un punto de inflexión para el surgimiento y desarrollo de dicho régimen de derecho.*

II. Los derechos humanos y el régimen de derecho para su protección

Partamos de una premisa básica: no hay estado de derecho sin protección de los derechos humanos. Cuando el preámbulo de la DUDH proclama que es "*esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho*", vincula inescindiblemente al estado de derecho como un instrumento para la protección de los derechos humanos, siendo que esta relación instrumen-

---

[13] En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 21/2011-PL estableció:

> **121.** En suma, los criterios de validez centrados en esta segunda acepción del principio de supremacía constitucional ponen el acento en la protección del estado de cosas que el ordenamiento reconoce como valioso, por lo cual se prescribe no sólo su protección, sino también su promoción al ser considerados como auténticos bienes constitucionales. Por lo tanto, lo relevante es el establecimiento de un conjunto de principios objetivos mediante el cual se reconstruye el sistema jurídico recurriendo a la idea de la jerarquía axiológica —**en cuya cúspide se encuentran los derechos humanos** reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por México—. La idea de coherencia o unidad valorativa se vuelve el criterio central para la identificación de los estándares jurídicos correspondientes.

Ver, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 21/2011-PL, sentencia del 9 de septiembre de 2013, párr.45. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

[14] Ver, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011-PL, sentencia del 3 de septiembre de 2013. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

[15] Alexy refiere que el derecho *supralegal* se especifica sobretodo "*como derechos humanos*". Ver, Alexy, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña, No. 5, 2001, pág. 92.

tal se transforma paulatinamente en una condición de existencia del estado de derecho mismo. Entonces, siguiendo a Ferrajoli podríamos referirnos al estado de derecho aludiendo a "*aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales*".[16]

El estado de derecho y los derechos humanos son, entonces, dos proyectos que se condicionan mutuamente: no hay estado de derecho sin el reconocimiento y garantía de los derechos humanos y éstos a su vez, requieren estructuralmente al estado de derecho para obtener su existencia formal como derechos subjetivos plenamente exigibles, lo que les permite tomar fuerza y eficacia.

Coincidimos con Habermas[17] en que

> En virtud de que la promesa moral de igual respeto a todo ser humano debe ser cambiada a una moneda legal, los derechos humanos exhiben un rostro que, como el de Jano, observa simultáneamente la moral y el derecho. A pesar de su contenido exclusivamente moral, los derechos humanos tienen la forma de derechos subjetivos exigibles que conceden libertades y pretensiones específicas. Han sido diseñados para ser traducidos en términos concretos en la legislación democrática; para ser especificados, caso por caso, en las decisiones judiciales, y para hacerlos valer en casos de violación. De modo que los derechos humanos se circunscriben de manera precisa sólo en aquella parte de la moral que puede ser traducida al ámbito de la ley coercitiva y transformarse en una realidad política mediante la fórmula robusta de derechos civiles efectivos.

Además del estatus jurídico de derechos subjetivos que tienen los derechos humanos, el régimen de derecho para su protección debe analizarse considerando que existen por lo menos

---

16 Ferrajoli, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho,* en Neoconstitucionalimos (Edición de Miguel Carbonell), Editorial Trotta, Madrid, España, 2005, 3era edición, págs. 13 y 14. Ver también, Bingham, Tom, *El estado de derecho*, op. cit, pp. 127 y ss.

17 Ver, Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana*, *op. cit*, pág. 11.

dos niveles de protección: uno nacional y otro internacional.[18] En el marco de nuestro análisis, entendemos que estos niveles de protección no son entidades aisladas, sino que constituyen un *contínuum* de interacciones recíprocas de una triada de elementos conformada por las normas, las instituciones y los procedimientos de cada uno de los sistemas normativos, que sustentan dichos niveles de protección.[19]

En suma, consideramos fundamental para el análisis del ***régimen de derecho para la protección de los derechos humanos***, abordar dos elementos: el estatus jurídico de derechos subjetivos que tienen los derechos humanos y los niveles de protección de estos derechos.

III. Los derechos humanos como derechos subjetivos

La construcción de los sistemas legales modernos tiene como punto de partida[20] a los derechos subjetivos;[21] de ahí que la

[18] Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el sistema interamericano de protección "consta de un **nivel nacional** que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] y de sancionar las infracciones que se cometieren", de tal manera que "si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un **nivel internacional** en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte". Ver, Corte IDH, *Caso Palmeras vs. Colombia*, sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C No. 90, párr. 33. En Europa además se reconoce el nivel de protección ***supranacional*** que se refiere a la protección otorgada por el derecho de la Unión Europea. En este sentido se sugiere consultar Bandeira G., George, Urueña, René y Torres P., Aida (coords.), *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, España, 2013, 469 pp.

[19] Esto no implica desconocer que tanto el derecho internacional de los derechos humanos, como los derechos internos de los Estados, son sistemas jurídicos que cuentan con sus propios criterios de validez formal y material de las normas y con sus propios sistemas de interpretación. Aunque estos sistemas cada vez tienen mayores vasos comunicantes y mayores "diálogos" normativos y jurisprudenciales.

[20] Ver, Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana*, *op. cit*, pág. 12.

[21] Éstos pueden ser entendidos como "*una pretensión o facultad atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos frente a otro sujeto o clase de sujetos a quienes se*

existencia de un verdadero ***régimen de derecho para la protección de los derechos humanos*** tenga como condición necesaria, que estos derechos sean reconocidos jurídicamente como derechos subjetivos[22]. En el derecho constitucional mexicano,[23] los derechos humanos están reconocidos claramente como ***derechos*** de rango constitucional, que deben contar con las ***garantías*** necesarias para su protección y aparejan ***obligaciones*** correlativas a cargo del Estado en su conjunto, así como de todas las autoridades públicas en el ámbito de sus competencias. Asimismo, en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), encontramos esta triada de elementos: reconocimiento explícito como derechos (en los tratados internacionales y otras fuentes), obligaciones del Estado y garantías de diversos tipos.

---

les impone una prestación normativa correlativa. El contenido del derecho subjetivo sería el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto [...] *Los derechos son, pues, pretensiones justificadas y relativas a normas o sistemas de normas*" Ver, De Páramo, Juan Ramón, "Derecho Subjetivo", en, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, volumen 11: El Derecho y la Justicia, Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, segunda edición, España, 2000, pág. 367. Para Nino, el concepto de "derecho" implica que "*se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso*". Ver, Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, segunda edición, Astrea, Argentina, 2005, pág. 39.

22 No escapa a nuestra consideración que el alcance y caracterización de los derechos humanos como derechos subjetivos, implica un estudio profundo del tema, que excede el objeto del presente apartado, sin perjuicio de lo cual, consideramos que, como lo explica claramente Alexy, para el estudio del concepto de derechos subjetivos, se deben considerar por lo menos tres tipos de problemas: normativos, empíricos y analíticos. Ver, Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 151-163.

23 Al resolver la Contradicción de Tesis 21/2011-PL, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación calificó expresamente los derechos humanos como derechos subjetivos. Ver, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 21/2011-PL, *op. cit*, párr. 45.

IV. Los niveles de protección

Hablar de niveles de protección de los derechos humanos implica hablar [no sólo, pero ineludiblemente] de sistemas jurídicos para la protección de tales derechos. Así nos referimos, *inter alia*, a los sistema jurídicos mexicano o colombiano, como sistemas que concretan niveles internos de protección de los derechos y también hablamos del sistema interamericano, del sistema europeo, del sistema africano, del sistema árabe y del sistema universal, para referir diversos niveles de protección internacional.

Consideramos con Bulygin[24] que una secuencia de sistemas jurídicos pueden constituir un orden jurídico;[25] en este tenor, para el caso mexicano, el orden jurídico para la protección de los derechos humanos, en el marco de su propio derecho constitucional, está integrado por los sistemas jurídicos locales[26] (SSJJLL, 32 en total), el sistema jurídico federal (SJF), el sistema interamericano (SIDH) y el sistema universal (SUDH). Cada uno de estos sistemas cuenta con un conjunto de instrumentos normativos, instituciones y procedimientos que interactúan y se condicionan de manera permanente, bajo diversas fórmulas de validez, complementariedad y eficacia.

Dicho orden jurídico para la protección de los derechos humanos en México (OJP-DDHH-Mx), podría representarse gráficamente, como sigue:

---

24 Bulygin, Eugenio, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 9, 1991, pp. 257-279, disponible en *http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunas-consideraciones-sobre-los-sistemas-jurdicos-0/*

25 El presente ensayo no pretende ofrecer una aproximación desde la filosofía del derecho a los conceptos de sistema y orden jurídicos, el uso del concepto es meramente ilustrativo.

26 A nivel local destaca la recientemente entrada en vigor Constitución Política de la Ciudad de México, que cuenta con una *vis* protectora muy amplia. Así, el artículo 5.A.6 de la referida Constitución local establece que la Ciudad de México "*contará con un Sistema Integral de Derechos Humanos, articulado al sistema de planeación de la Ciudad, para garantizar la efectividad de los derechos de todas las personas*". A la fecha de publicación del presente artículo aun no se ha publicado la ley para regular el Sistema Integral de Derechos Humanos, que estable el artículo OCTAVO transitorio de dicha Constitución.

De esta manera, un análisis *sistemático* (por alusión a los sistemas jurídicos) de los derechos humanos y el régimen de derecho para su protección, debe considerar la triada de elementos ya referida (derechos subjetivos, obligaciones y garantías) a los que, en conjunto, denominaremos ***dimensión material*** *vis-a-vis* una ***dimensión "formal"*** que considera una segunda triada de elementos, constituida por las disposiciones normativas, las instituciones y los procedimientos. Esquemáticamente, podemos resumir, el orden jurídico, aplicable en México, para la protección de los derechos humanos, como sigue:

I. Nivel nacional de protección en México:
   1. Sistemas jurídicos locales de protección de los Derechos Humanos
   2. Sistema Jurídico Federal de protección de los Derechos Humanos

II. Nivel internacional de protección:
   1. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos
   2. Sistema universal de protección de los derechos humanos.

Las siguientes tablas contienen los elementos que se proponen[27] para el análisis.

[27] Estos esquemas no pretenden ser un punto de llegada para el análisis sistemático planteado, por el contrario, son un punto de partida para su mejora y consolidación posteriores.

I. NIVEL NACIONAL DE PROTECCIÓN EN MÉXICO:

1. Sistemas jurídicos locales de protección de los Derechos Humanos

Tabla 1. SSJJLL (32)

	1. Instrumentos normativos	*2. Instituciones (Organismos)*	*3. Procedimientos (Mecanismos)*
A. Derechos	A.1. Instrumentos normativos del ámbito local que regulan el goce y ejercicio de los derechos humanos (titularidad, contenido, alcance, límites y restricciones, *inter alia*).	A.2. Organismos locales con competencia para adoptar instrumentos normativos relativos al goce y ejercicio de los derechos humanos.	A.3. Mecanismos locales a través de los cuales se adoptan los instrumentos normativos relativos al goce y ejercicio de los derechos humanos.
B. Obligaciones	B.1. Instrumentos normativos del derecho local que establecen obligaciones de las autoridades (y de los particulares) en materia de derechos humanos.	B.2. Organismos locales con competencia para establecer el incumplimiento de obligaciones por parte de las autoridades (y de los particulares) en materia de DDHH.	B.3. Procedimientos locales en el marco de los cuales se determina la responsabilidad de autoridades (y de particulares) por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de DDHH.
C. Garantías	C.1. Instrumentos normativos locales que establecen procedimientos para determinar la responsabilidad de autoridades públicas (y de los particulares) por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de DDHH.	C.2. = B.2.	C.3. = B.3.

2. Sistema Jurídico Federal de protección de los Derechos Humanos

Tabla 2. SJF

	1. Instrumentos normativos	*2. Instituciones (Organismos)*	*3. Procedimientos (Mecanismos)*
A. Derechos	A.1. Instrumentos normativos del derecho mexicano con alcance general o federal que regulan el goce y ejercicio de los derechos humanos (titularidad, contenido, alcance, límites y restricciones, *inter alia*).	A.2. Organismos federales con competencia para adoptar instrumentos normativos relativos al goce y ejercicio de los derechos humanos.	A.3. Mecanismos federales a través de los cuales se adoptan los instrumentos normativos relativos al goce y ejercicio de los derechos humanos.
B. Obligaciones	B.1. Instrumentos normativos con alcance general o federal que establecen obligaciones de las autoridades (y de los particulares) en materia de derechos humanos.	B.2. Organismos federales con competencia para establecer el incumplimiento de obligaciones por parte de las autoridades (y de los particulares) en materia de DDHH.	B.3. Procedimientos federales en el marco de los cuales se determina la responsabilidad de autoridades (y de particulares) por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de DDHH.
C. Garantías	C.1. Instrumentos normativos con alcance general o federal que establecen procedimientos para determinar la responsabilidad de autoridades públicas (y de los particulares) por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de DDHH.	C.2. = B.2.	C.3. = B.3.

I. NIVEL INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN:

1. Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos

Tabla 3. SIDH

	1. Instrumentos normativos	*2. Instituciones (Organismos)*	*3. Procedimientos (Mecanismos)*
A. Derechos	A.1. Instrumentos normativos del SIDH que regulan el goce y ejercicio de los derechos humanos (titularidad, contenido, alcance, límites y restricciones, *inter alia*).	A.2. Organismos internacionales del SIDH con competencia para establecer estándares relativos al goce y ejercicio de los derechos humanos.	A.3. Mecanismos internacionales del SIDH a través de los cuales se establecen los estándares relativos al goce y ejercicio de los derechos humanos.
B. Obligaciones	B.1. Instrumentos normativos del SIDH que establecen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (para los Estados y para los particulares).	B.2. Organismos internacionales del SIDH con competencia para establecer la responsabilidad internacional de Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales.	B.3. Procedimientos internacionales del SIDH en el marco de los cuales se determina la responsabilidad internacional de Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales en materia de DDHH.
C. Garantías	C.1. Instrumentos normativos del SUDH que establecen procedimientos internacionales determinar la responsabilidad internacional de Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales en materia de DDHH.	C.2. = B.2.	C.3. = B.3.

2. Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos

Tabla 4. SUDH

	1. Instrumentos normativos	*2. Instituciones (Organismos)*	*3. Procedimientos (Mecanismos)*
A. Derechos	A.1. Instrumentos normativos del SUDH que regulan el goce y ejercicio de los derechos humanos (titularidad, contenido, alcance, límites y restricciones, *inter alia*).	A.2. Organismos internacionales del SUDH con competencia para establecer estándares relativos al goce y ejercicio de los derechos humanos.	A.3. Mecanismos internacionales del SUDH a través de los cuales se establecen los estándares relativos al goce y ejercicio de los derechos humanos.
B. Obligaciones	B.1. Instrumentos normativos del SUDH que establecen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (para los Estados y para los particulares).	B.2. Organismos internacionales del SUDH con competencia para establecer la responsabilidad internacional de Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales.	B.3. Procedimientos internacionales del SUDH en el marco de los cuales se determina la responsabilidad internacional de Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales en materia de DDHH.
C. Garantías	C.1. Instrumentos normativos del SUDH que establecen procedimientos internacionales determinar la responsabilidad internacional de Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales en materia de DDHH.	C.2. = B.2.	C.3. = B.3.

V. Las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. Una propuesta de tipología

De los esquemas que se acaban de proponer, podríamos identificar una tipología de fuentes en tres categorías: *i)* fuentes jurídicas que regulan el goce y ejercicio de los derechos humanos; *ii)* fuentes jurídicas que establecen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos; *iii)* fuentes jurídicas que establecen procedimientos para determinar la responsabilidad internacional de Estado. Así, en las celdas A.1, B.1, y C.1 de las tablas 3 y 4, se encuentran los principales criterios para determinar las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.

De manera meramente enunciativa, consideramos que dicha tipología podría desarrollarse como sigue:

Tabla 5. Propuesta de tipología de las fuentes del DIDH

Fuentes jurídicas del DIDH que regulan el goce y ejercicio de los derechos humanos	*Fuentes jurídicas del DIDH que establecen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos*	*Fuentes jurídicas del DIDH que establecen procedimientos para determinar la responsabilidad internacional de Estado*
1. *Ius cogens* 2. Costumbre 3. Tratados 4. Jurisprudencia 5. Principios generales del Derecho 6. Derecho comparado (diversas fuentes) 7. *Soft law* 8. Doctrina.	a. Fuentes directas de las obligaciones 1. *Ius cogens* 2. Costumbre 3. Tratados 4. Actos unilaterales del Estado 5. Acto ilícito internacional 6. Jurisprudencia 7. Actos de terceros (teoría del riesgo) 8. Principios generales del Derecho b. Fuentes auxiliares para la interpretación de obligaciones 9. *Soft law* 10. Derecho comparado (diversas fuentes) 11. Doctrina	1. Tratados internacionales; 2. Resoluciones de organismos con representatividad interestatal

Naturalmente la tipología que se acaba de presentar no es exhaustiva, su pretensión es dejar asentados algunos criterios generales para una próxima discusión.

VI. Revisitando la Carta Internacional [ampliada] de Derechos Humanos a 70 años de la DUDH

Se conoce como **Carta Internacional de Derechos Humanos**[28] al conjunto normativo integrado por la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sus correspondientes protocolos facultativos. En nuestro criterio, la ***versión ampliada y actualizada de la Carta Internacional de Derechos Humanos***, además de la DUDH y los dos Pactos Internacionales, debe considerar los restantes siete tratados básicos del SUDH y todos los protocolos de estos nueve tratados. En este sentido, la referida carta ampliada estaría constituida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y por los siguientes 18 tratados internacionales de derechos humanos del SUDH:

1. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR);

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sus dos protocolos facultativos (3. P.F. que faculta al correspondiente Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales y 4. S.P.F. destinado a abolir la pena de muerte);

5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su protocolo facultativo (6. P.F. que faculta al correspondiente Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales);

7. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y su protocolo facultativo (8. P.F. que faculta al correspondiente Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales);

[28] Sobre este punto se puede consultar *https://www.un.org/es/rights/overview/charter-hr.shtml*

9. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT) y su protocolo facultativo (10. P.F. que establece un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes);

11. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y sus tres protocolos facultativos (12. P.F. Relativo a la participación de los niños en conflictos armados; 13. S.P.F. Relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; y 14. T.P.F. Relativo al procedimiento de comunicaciones individuales);

15. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CITMF);

16. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CPD) y su protocolo facultativo (17. P.F que faculta al correspondiente Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales); y

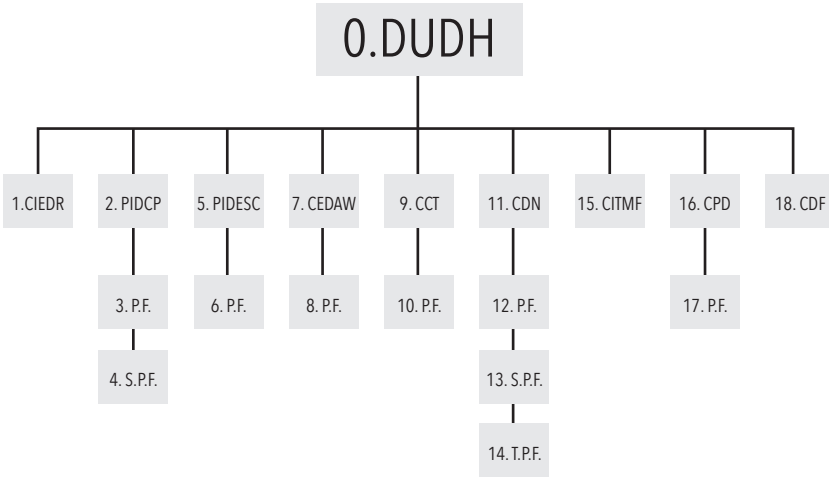
18. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CDF).

Gráficamente, podríamos sintetizar la Carta Internacional ampliada de Derechos Humanos (CIaDH) como se muestra en el mapa conceptual de la siguiente página:

Consideramos importante precisar que si bien la CIaDH se expresa sólo en el marco de una de las fuentes del SUDH, esto es, en el marco de los tratados internacionales, aquélla se nutre de manera evolutiva y permanente de un amplio espectro de fuentes jurídicas (las cuales ya tuvimos oportunidad de enlistar preliminarmente). De esta manera, parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe un amplio *corpus iuris* de derechos humanos que, en el SUDH,[29] tiene como eje cardinal a la CIaDH.

[29] En el SIDH, por otro lado, contamos con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y con nueve tratados básicos en materia de derechos humanos: 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); 2. Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salva-

Mapa conceptual



De otro lado, de la CIaDH surge un conjunto de organismo internacionales encargados de llevar a cabo diversos procedimientos encaminados a la protección de los derechos humanos. Así, existen 9 Comités[30] que se encargan de interpretar y supervisar el cumplimiento de los nueve tratados básicos del SUDH (identificados con los números 1, 2, 5, 7, 9, 11, 15, 16 y 18, en el listado inmediato anterior). La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos[31] ha sinteti-

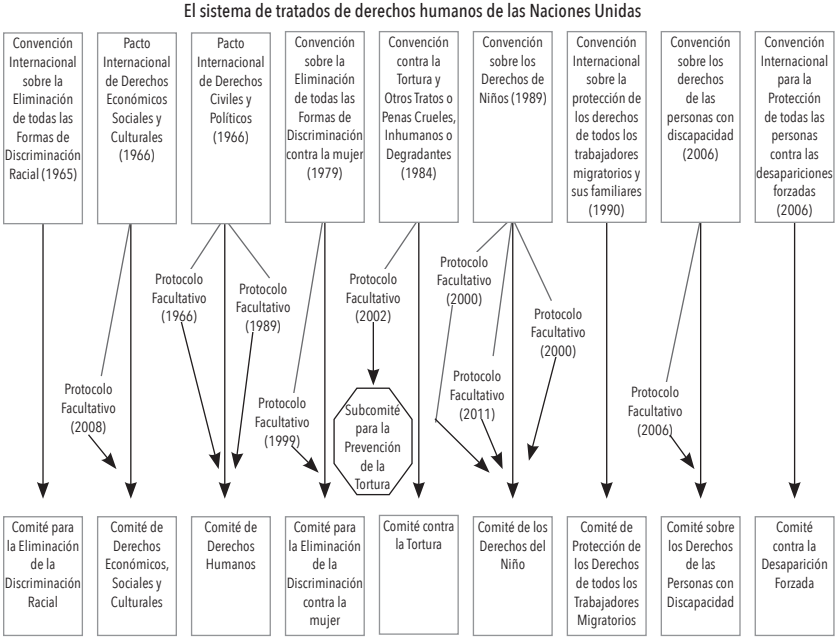
---

dor"); 3. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 4. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"); 5. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; 6. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; 7. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; 8. Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia; y 9. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

30 También existe un Subcomité creado convencionalmente mediante el Protocolo identificado con el número 10 en el listado inmediato anterior).

31 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Folleto informativo No. 30, Ginebra, 2012, pág. 5; disponible en *https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf*

zado la información presentada en este apartado de la siguiente manera:



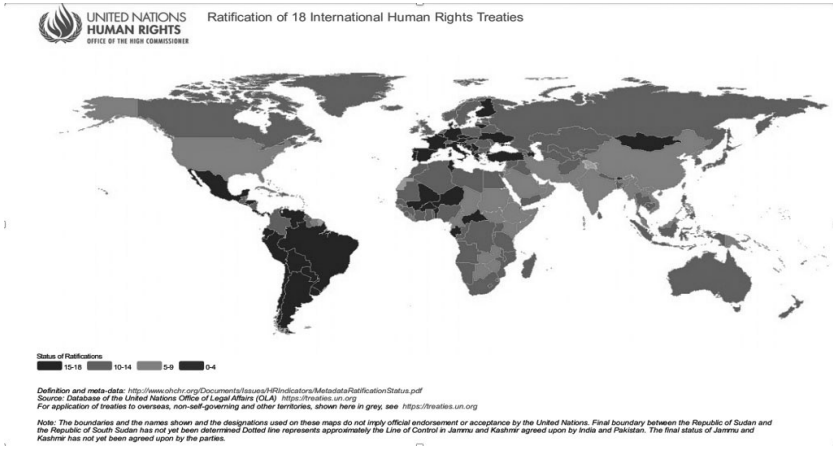
VII. Los pasos dados hacia un *ius commune* universal. Construyendo la universalidad de la CIaDH

Actualmente la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), se encuentra midiendo el avance de la universalización jurídica de los 18 tratados referidos en el apartado anterior.[32] Dicha medición la está realizando a partir un indicador al que denomina ***ratificación de 18 tratados internacionales de derechos humanos*** y la medición se realiza respecto de 197 Estados vinculados con el Sistema Universal. En este marco de análisis, la OACNUDH utiliza tres categorías: a*)* si el Estado es (jurídicamente) Parte en el tratado; *b)* Si el Estado firmó el tratado (pero aun no lo ratifica) y *c)* si el

[32] Ver, tablero interactivo sobre el estado de la ratificación de los 18 tratados en materia de derechos humanos del SUDH: *http://indicators.ohchr.org/*

Estado no se ha vinculado de ninguna manera con el tratado. En el análisis general de los 18 tratados de derechos humanos del sistema universal, la OACNUDH ha clasificado a los 197 estados en cuatro grupos: *i.* Estados que son Parte en un rango de entre 0 y 4 de los 18 tratados; *ii.* Estados que son Parte en un rango de entre 5 y 9 de los 18 tratados; *iii.* Estados que son Parte en un rango de entre 10 y 14 de los 18 tratados; y *iv.* Estados que son Parte en un rango de entre 15 y 18 de los 18 tratados.

Gráficamente,[33] siguiendo el indicador de la OACNUDH, el estado actual de la universalidad de la Carta Internacional ampliada de Derechos Humanos (CIaDH), podría representarse de la siguiente manera:



Podemos observar que México está en el grupo iv, dado que a la fecha es Estado Parte en 16 de los 18 tratados internacionales de derechos humanos de la ONU.

La herramienta estadística que está desarrollando actualmente la OACNUDH, resulta de especial relevancia y permitirá analizar, desde un enfoque jurídico, el estado que guarda la búsqueda de universalidad de la CIaDH. Al respecto, consideramos importante sistematizar la parte de la información aportada por dicha plataforma estadística, lo cual realizamos bajo la siguiente tabla que:

33 Mapa tomado de *http://indicators.ohchr.org/*

Tabla 6. Avances hacia la universalidad de la CIaDH_2019

Tratado Internacional	*Estados parte*	*Estados que lo han firmado, sin ratificarlo*	*Estados que no se han vinculado de ninguna manera con el tratado*
1. CIERD	180	4	13
2. PIDCP	172	6	19
3. PIDCP-PF	116	3	78
4. PIDCP-SPF	87	1	109
5. PIDESC	169	4	24
6. PIDESC-PF	24	25	149
7. CEDAW	189	2	6
8. CEDAW-PF	112	13	72
9. CCT	166	6	25
10. CCT-PF	89	14	94
11. CDN	196	1	0
12. CDN-PF	168	12	17
13. CDN-SPF	176	9	12
14. CDN-TPF	44	19	135
15. CITMF	54	13	131
16. CPD	177	12	9
17. CPD-PF	94	28	76
18. CDF	59	49	89

Fuente: realización propia con información del tablero interactivo sobre el estado de la ratificación de los 18 tratados en materia de derechos humanos del SUDH, de la OACNUDH.

Para poder consolidar una línea de base para la medición del indicador propuesto por la OACNUDH, consideramos necesario proponer algunos elementos estadísticos. Por ello a continuación calculamos los porcentajes de avance que representa el número de Estados Parte en cada tratado, respecto del universo de Estados vinculados con el Sistema Universal (197). Asimismo, se presentan los porcentajes de los Estados que han suscrito los tratados internacionales, pero no los han ratificado *vis-a-vis* el

universo de 197 Estados vinculados con el Sistema Universal y los porcentajes de los Estados que no se han vinculado jurídicamente de ninguna manera con los tratados también respecto de los 197 Estados vinculados con el Sistema Universal.

Tabla 7. Porcentajes de la línea de base para la universalidad de la CIaDH_2019, respecto de los 197 Estados

Tratado Internacional	*Estados Parte*	*Estados que lo han firmado, sin ratificarlo*	*Estados que no se han vinculado de ninguna manera con el tratado*
1. CIERD	91.4	2.0	6.6
2. PIDCP	87.3	3.0	9.6
3. PIDCP-PF	58.9	1.5	39.6
4. PIDCP-SPF	44.2	0.5	55.3
5. PIDESC	85.8	2.0	12.2
6. PIDESC-PF	12.2	12.7	75.6
7. CEDAW	95.9	1.0	3.0
8. CEDAW-PF	56.9	6.6	36.5
9. CCT	84.3	3.0	12.8
10. CCT-PF	45.2	7.1	47.7
11. CDN	99.5	0.5	0
12. CDN-PF	85.3	6.1	8.6
13. CDN-SPF	89.3	4.6	6.1
14. CDN-TPF	22.3	9.6	68.5
15. CITMF	27.4	6.6	66.5
16. CPD	89.8	6.1	4.6
17. CPD-PF	47.7	14.2	38.6
18. CDF	29.9 %	24.9 %	45.2 %
Promedio total	64.1 %		

Fuente: realización propia con información del tablero interactivo sobre el estado de la ratificación de los 18 tratados en materia de derechos humanos del SUDH, de la OACNUDH.

En este sentido podríamos establecer que, a la fecha, los 197 Estados vinculados con el SUDH han logrado un avance conjunto del 64.1 % en la Universalización de la CIaDH. En este mismo tenor, si consideráramos únicamente los nueve tratados básicos (1. CIERD; 2. PIDCP; 5. PIDESC; 7. CEDAW; 9. CCT; 11. CDN; 15. CITMF; 16. CPD; 18. CDF), sin incluir ninguno de los protocolos, a la fecha, los 197 Estados vinculados con el SUDH han logrado un avance conjunto del 76.8 % en dicha Universalización. El camino hacia la Universalidad está en curso y los avances son claros, aunque insuficientes.

Sin perjuicio de los números globales analizados, al organizar en quintiles los porcentajes de Estados Parte en los tratados internacionales antes referidos, proponemos cinco grupos que nos permitirán tener una línea de base para dar seguimiento y evaluar los avances en el indicador propuesto, de la siguiente manera: grupo 1 (avance deficiente) entre el 0 y el 20%; grupo 2 (avance insuficiente) entre el 21 y el 40%; grupo 3 (avance medio) entre el 41 y el 60%; grupo 4 (avance aceptable) entre el 61 y el 80%; y grupo 5 (buen avance) entre el 81 y el 100%.

La siguiente tabla muestra dicha clasificación:

Tabla 8. Porcentajes de la línea de base para la universalidad de la CIaDH_2019, por quintiles

Tratado Internacional	*Porcentaje de Estados Parte respecto de los 197 Estados*	*Grupo al que pertenece*	*Calificación del avance*
1. CIERD	91.4 %	G5	BUEN AVANCE
2. PIDCP	87.3 %	G5	BUEN AVANCE
3. PIDCP-PF	58.9 %	G3	AVANCE MEDIO
4. PIDCP-SPF	44.2 %	G3	AVANCE MEDIO
5. PIDESC	85.8 %	G5	BUEN AVANCE
6. PIDESC-PF	12.2 %	G1	AVANCE DEFICIENTE

Tratado Internacional	*Porcentaje de Estados Parte respecto de los 197 Estados*	*Grupo al que pertenece*	*Calificación del avance*
7. CEDAW	95.9 %	G5	BUEN AVANCE
8. CEDAW-PF	56.9 %	G3	AVANCE MEDIO
9. CCT	84.3 %	G5	BUEN AVANCE
10. CCT-PF	45.2 %	G3	AVANCE MEDIO
11. CDN	99.5 %	G5	BUEN AVANCE
12. CDN-PF	85.3 %	G5	BUEN AVANCE
13. CDN-SPF	89.3 %	G5	BUEN AVANCE
14. CDN-TPF	22.3 %	G2	AVANCE INSUFICIENTE
15. CITMF	27.4 %	G2	AVANCE INSUFICIENTE
16. CPD	89.8 %	G5	BUEN AVANCE
17. CPD-PF	47.7 %	G3	AVANCE MEDIO
18. CDF	29.9 %	G2	AVANCE INSUFICIENTE

Fuente: realización propia con información del tablero interactivo sobre el estado de la ratificación de los 18 tratados en materia de derechos humanos del SUDH, de la OACNUDH.

En este sentido, el 50% (9) de los 18 tratados internacionales de derechos humanos que integran la CIaDH, presentan un buen avance (grupo 5) en la vinculación jurídica de los Estados, mientras que el 27.8% (5 tratados) presentan un avance medio (grupo 3), el 16.7% (3 tratados) un avance insuficiente (grupo 2) y el 5.5% (1 tratado) un avance deficiente (grupo 1).

A 70 años de la adopción de la DUDH el orden jurídico para la protección de los derechos humanos es una realidad potente. En el caso del Estado mexicano, su participación en esta universalización de la CIaDH ha sido notable, siendo Parte en 16 de los 18 tratados antes referidos. Parte de la agenda pendiente para universalización de la CIaDH, respecto del estado mexicano, se puede resumir, como sigue:

Tabla 9. Vinculación de México con la CIaDH_2019

Tratado Internacional	*¿México es Estado parte?*	*Tratado Internacional*	*¿México es Estado parte?*
1. CIERD	SÍ	10. CCT-PF	SÍ
2. PIDCP	SÍ	11. CDN	SÍ
3. PIDCP-PF	SÍ	12. CDN-PF	SÍ
4. PIDCP-SPF	SÍ	13. CDN-SPF	SÍ
5. PIDESC	SÍ	14. CDN-TPF	NO
6. PIDESC-PF	NO	15. CITMF	SÍ
7. CEDAW	SÍ	16. CPD	SÍ
8. CEDAW-PF	SÍ	17. CPD-PF	SÍ
9. CCT	SÍ	18. CDF	SÍ

Respecto de México, podríamos establecer que, a la fecha es Estado Parte en el 88.9% de los 18 tratados internacionales de derechos humanos de dicho sistema; y en el 100 % de los 9 tratados básicos. Los dos Protocolos (6. PIDESC-PF; y 14. CDN-TPF) de los que México aun no es Parte, facultan al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Comité de los Derechos del Niño para recibir y considerar comunicaciones individuales.

La agenda pendiente de México respecto de la universalización de la CIaDH, en principio, radica en ampliar los mecanismos de garantía internacional de los derechos humanos, permitiendo que las niñas y los niños mexicanos, o extranjeros que se encuentren en su territorio, tengan un mecanismo internacional que pueda evaluar las violaciones a derechos humanos que el Estado mexicano pudiera cometer en su contra.

Asimismo, tal como puede observarse en la tabla No. 8, el Protocolo que faculta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para recibir y considerar comunicaciones individuales, es el único tratado de la CIaDH que presenta un avance deficiente (grupo 1) en la vinculación jurídica de los Estados, con

apenas un 12% de Estados Parte. Este dato nos da una evidencia clara, sobre la necesidad de seguir analizando los pendientes y renovando la agenda respecto de la justiciabilidad y exigibilidad directa de los DESCA en el mundo.

Sin perjuicio del bajo porcentaje de Estados Parte en el Protocolo que faculta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), para recibir y considerar comunicaciones individuales, lo cierto es que dicho Comité ya tiene en marcha su función contenciosa y ya existe una jurisprudencia emergente, muy interesante. A la fecha, el Comité ha adoptado 19 decisiones, con los siguientes alcances: dos (2) de desistimiento, trece (13) de inadmisibilidad y cuatro (4) de fondo. Estas cuatro corresponden a los casos *I.D.G;*[34] *López Rodríguez;*[35] *y Ben Djazia y otros*[36] *los tres respecto de España y el caso Trujillo Calero vs. Ecuador*.[37]

De otro lado, nos permitimos poner en evidencia que, en el ámbito regional interamericano resulta esperanzador que la Corte IDH está consolidando su doctrina jurisprudencial relativa a la justiciabilidad directa de los DESCA. Así, dicha Corte regional,[38] desde el caso *Acevedo Buendía* reivindicó su competencia material para decidir si los Estados Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos habían incurrido en violación e incumplimiento de los DESCA reconocidos en el artículo 26 de dicho tratado. Así, en avance de dicha doctrina, en la sentencia

---

34 CDESC, *caso I.D.G. vs. España*, dictamen del 17 de junio de 2015, documento E/C.12/55/D/2/2014, (disponible en *https://juris.ohchr.org/Search/Details/2010*).

35 CDESC, *caso López Rodríguez vs. España*; dictamen del 4 de marzo de 2016, documento E/C.12/57/D/1/2013, (disponible en *https://juris.ohchr.org/Search/Details/2095*).

36 CDESC, *caso Ben Djazia et al vs. España*, Dictamen del 20 de junio de 2017, Documento E/C.12/61/D/5/2015, (disponible en *https://juris.ohchr.org/Search/Details/2407*).

37 CDESC, *caso Trujillo Calero vs. Ecuador*, Dictamen del 26 de marzo de 2018, Documento E/C.12/63/D/10/2015, (disponible en *https://juris.ohchr.org/Search/Details/2409*).

38 Aunque en el presente artículo deliberadamente omitimos analizar a detalle los sistemas regionales, nos permitimos hacer algunas consideraciones sobre la justiciabilidad directa de los DESCA en el SIDH dada la actualidad del debate y la relevancia para la agenda del DIDH.

del caso *Lagos del Campo*[39] la Corte IDH desarrolló y concretó por primera vez una condena específica y en forma autónoma, del artículo 26 de la Convención Americana. A partir de dicha sentencia, la Corte ha considerado en diversas ocasiones,[40] que los derechos derivados del ya referido artículo 26 pueden ser justiciables de manera directa a través del mecanismo de peticiones individuales ante el sistema interamericano.

En el caso *Cuscul Pivaral y otros*, la Corte IDH, realizó una interpretación literal, sistemática, teleológica y evolutiva sobre el alcance del artículo 26. concluyendo que "*el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento* [...] *Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCA, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección*".[41]

---

[39] Ver, Corte IDH, *caso Lagos del Campo vs. Perú,* sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C No. 340. Para un análisis más profundo de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en esta materia ver, Ferrer Mc-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (Coordinadores), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Colección Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018. Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37411.pdf*

[40] *Cfr*. Corte IDH, *caso Muelle Flores vs. Perú*, sentencia del 06 de marzo de 2019, serie C No. 375*; caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C No. 359; *caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú,* sentencia del 23 de noviembre de 2017, serie C. No. 344; *caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, sentencia del 08 de febrero de 2018, serie C No. 348; *caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, sentencia del 08 de marzo de 2018, serie C No. 349. Ver también, *Medio ambiente y derechos humanos, Opinión Consultiva OC-23/17*, del 15 de noviembre de 2017, serie A No. 23, párr. 57.

[41] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral, op. cit,* párrs. 75 a 97.

En nuestro criterio, debe destacarse la importancia de este precedente, también en términos de sus implicaciones conceptuales. Así, en esta sentencia la Corte IDH se toma en serio la ***remisión explícita*** que se hace en el artículo 26 a la Carta de la OEA, para determinar cuáles son los DESCA protegidos por el artículo 26 de la CADH, con lo que está integrando un "***bloque de convencionalidad***". Más allá de otros usos que se le puedan dar a este concepto, lo cierto es que su origen se encuentra en una aplicación por analogía del concepto de bloque de constitucionalidad; respecto del cual podemos reiterar:

> La adopción de la categoría bloque de constitucionalidad más que crear una situación jurídica o generar nuevas implicaciones en el derecho constitucional, se propone ofrecer una explicación respecto de una realidad normativa en la que es el propio texto de la Constitución el que hace remisión a otras normas, tales como los tratados internacionales. Esta categoría/concepto reconoce que la propia remisión que hace el texto constitucional a ciertas normas, implica que éstas adquieran un alcance y un valor constitucional, para los efectos que la propia Constitución determina, generándose de esta manera una integración sistemática de las normas específicas de la Constitución con aquéllas a las que el propio texto constitucional remite. Sin embargo, debe aclararse que dicho alcance y valor constitucionales no derivan del uso del concepto bloque de constitucionalidad sino de la cláusula de remisión que la propia Constitución establece, por lo que, se reitera, el bloque de constitucionalidad es una mera herramienta descriptiva y no prescriptiva.[42]

Mutatis mutandi, el ***bloque de convencionalidad*** que implícitamente fue declarado por la Corte DIH en *Cuscul Pivaral,* más que crear una situación jurídica o generar nuevas implicaciones en el derecho convencional, ofrece un estándar interpretativo respecto de una realidad normativa contenida en el propio texto del artículo 26 de la CADH: dicha disposición convencional hace remisión explícita a otras normas contenidas en la Carta de la OEA.

---

[42] Ver, Fajardo Morales, Zamir, et al, *Bloque de constitucionalidad en México*, en ReformaDH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, módulo No. 2, SCJN, ONU-DH y CDHDF, México, 2013, pág. 20. Disponible en *https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/2-Bloque-constitucionalidad.pdf*

Así, la categoría/concepto ***bloque de convencionalidad*** reconoce que la propia remisión que hace el texto del artículo 26 convencional a las ***normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA*** implica que éstas normas adquieren un alcance y un valor convencionales, para los efectos que la propia CADH establece, esto es, para determinar cuáles son los DESCA protegidos por su artículo 26, generándose de esta manera una integración sistemática de las normas específicas del artículo 26 de la CADH, con aquéllas ***normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA*** a las que el propio artículo 26 remite.

La universalidad de la CIaDH, entonces, requiere de un enfoque que identifique los campos de oportunidad para alcanzar los avances esperados. La exigibilidad directa de los DESCA en el ámbito internacional es uno de estos campos de oportunidad. En este sentido, resulta de particular importancia observar que diversos ordenamientos jurídicos nacionales han venido obteniendo significativos avances en la justiciabilidad de los DESCA y dichos avances pueden permitir una ***segunda ola*** de constitucionalización del derecho internacional (parafraseando a Ferrer Mc-Gregor) ahora en materia de DESCA.

Otro campo de oportunidad a nivel interno se concreta en la enorme potencialidad que tiene la CIaDH (y las fuentes del DIDH en su conjunto) para la ***interpretación conforme convencional*** que se estableció normativamente en nuestro país desde el año 2011, en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[43]

[43] Si bien en el fascículo "*Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance. Especial referencia a México*" del año 2015, nos permitimos plantear algunas consideraciones respecto a la relación entre el principio de interpretación conforme y el control de convencionalidad, en ningún apartado de aquél documento se sostuvo, como falsamente lo afirma Karlos Castilla, en su artículo " El llamado control de convencionalidad en la jurisprudencia del Poder Judicial Federal mexicano: realidades de un mito" (2017) que el principio de interpretación conforme surgió en México en el año 2011. Al respecto, el Dr. Castilla sostiene: "Quienes analizan superficialmente estos temas *afirman que la interpretación conforme surgió en México en el año 2011. **Por todos**, nuevamente Fajardo Morales, Zamir Andrés, op. cit., pp. 146-154*". No combato la crítica del Dr. Castilla en el sentido de que

En este marco de análisis consideramos que la consolidación de un *Ius Commune* universal en materia de derechos humanos es proyecto viable y en curso. El legado que significó la DUDH para la humanidad impone a las generaciones presentes la responsabilidad de seguir avanzando esta enorme empresa civilizatoria. Desde el ámbito del derecho tenemos mucho que trabajar para consolidar, con rigor técnico y enfoque garantista, el estatus de derechos subjetivos que les corresponde a los derechos humanos y para posibilitar que los órdenes jurídicos sean medios efectivos para la protección de los derechos humanos universales.

Las tendencias regresivas, los intereses en juego, las miles de inercias y las oposiciones abiertas a la agenda de los derechos humanos, entre otros factores, hacen prever que la consolidación de un *Ius Commune* Universal en materia de derechos humanos seguirá siendo un proyecto inacabado. Siempre actual estará aquélla profunda advertencia de Albert Camüs cuando en su clásico ***La Peste***, sentencia: "yo los despreciaba porque, pudiendo tanto, se atrevieron a tan poco". Tenemos que atrevernos a seguir buscando un mundo en el que el valor jurídico de los derechos humanos sea una máxima universal inobjetable, que sirva como medio [uno de los muchos que deben confluir] para lograr la plena eficacia de los derechos humanos universales... Si no nos atrevemos a seguirlo intentando, mereceremos el desprecio de las generaciones venideras.

---

mi análisis pueda ser calificado como superficial (invito a su lectura para hacerse un juicio propio), pero me siento impelido a separarme de la afirmación vertida por mi muy respetado colega, porque además de ser falsa, me pone como referente de un grupo abstracto ("todos" los que analizan superficialmente los temas) y ello no me parece razonable en el ámbito académico en el que debe imperar el debate de las ideas (y no las generalizaciones *ad hominen*). La paternidad moral del texto difamado me impone salir en su defensa, máxime si se considera que en él no se ofreció hacer un estudio sobre la historia del concepto de interpretación conforme en México (objetivo nada desdeñable, pero no por ello imprescindible), sino analizar los elementos explícitamente establecidos en el segundo párrafo del artículo 1o. Constitucional, a partir de su redacción actual y la relación de tales elementos con el control de convencionalidad, tema del que el referido académico ha sido crítico permanente.

Bibliografía

Doctrina

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

——, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña, No. 5, 2001.

Bandeira G., George, Urueña, René y Torres P., Aida (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*. Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, España, 2013.

Bingham, Tom, *El Estado de Derecho,* Tirant lo Blanch, México, 2018.

Bulygin, Eugenio, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 9, España, 1991.

De Páramo, Juan Ramón, "Derecho Subjetivo", en, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, volumen 11: El Derecho y la Justicia, Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, segunda edición, España, 2000.

De Zayas, Alfred, *Dignidad y Derechos Humanos*, en Proner, Carol, 70° aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión, Tirant lo Blanch, 2018.

Fajardo Morales, Zamir, et al, *Bloque de constitucionalidad en México*, en ReformaDH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, módulo 2, SCJN, ONU-DH y CDHDF, México, 2013.

Fajardo Morales, Zamir, *Control de Convencionalidad. Fundamentos y Alcance. Especial referencia a México*, en Colección sobre protección constitucional de los derechos humanos, Fascículo 16, CNDH, México, 2015.

Ferrajoli, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho,* en Neoconstitucionalimos (Edición de Miguel Carbonell), 3era edición, Trotta, Madrid, España, 2005.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix- Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coord.), Formación y perspectivas del Estado en México, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2010.

Ferrer Mc-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (Coordinadores), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Colección Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, en, Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM) y FCE, *Diánoia*, volumen LV, número 64, México, 2010.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 16a Edición, México, Porrúa, 2011.

Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, segunda edición, Astrea, Argentina, 2005.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Folleto informativo No. 30, Ginebra, 2012.

Peces-Barba, Gregorio, *La universalidad de los derechos humanos*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm 15-16, España, 1994.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, Décima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

Villán Durán, Carlos, *La obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal*, en Proner, Carol, *et al.* (coord.), 70° aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión, Tirant lo Blanch, España, 2018.

Sistema Interamericano

Corte IDH, *caso Palmeras vs. Colombia*, sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C No. 90.

Corte IDH, *caso Lagos del Campo vs. Perú,* sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C No. 340.

Corte IDH, *caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú,* sentencia del 23 de noviembre de 2017, serie C. No. 344.

Corte IDH, *caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, sentencia del 08 de febrero de 2018, serie C No. 348.

Corte IDH, *caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, sentencia del 08 de marzo de 2018, serie C No. 349.

Corte IDH, *caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C No. 359.

Corte IDH, *caso Muelle Flores vs. Perú*, sentencia del 06 de marzo de 2019, serie C No. 375.

Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos*, Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, serie A No. 23.

Sistema Universal de Derechos Humanos

CDESC, *caso I.D.G. vs. España*, dictamen del 17 de junio de 2015, documento E/C.12/55/D/2/2014, (disponible en *https://juris.ohchr.org/Search/Details/2010*).

CDESC, *caso López Rodríguez vs. España*; dictamen del 4 de marzo de 2016, documento E/C.12/57/D/1/2013, (disponible en *https://juris.ohchr.org/Search/Details/2095*).

CDESC, *caso Ben Djazia et al vs. España*, Dictamen del 20 de junio de 2017, Documento E/C.12/61/D/5/2015, (disponible en *https://juris.ohchr.org/Search/Details/2407*).

CDESC, *caso Trujillo Calero vs. Ecuador*, Dictamen del 26 de marzo de 2018, Documento E/C.12/63/D/10/2015, (disponible en *https://juris.ohchr.org/Search/Details/2409*).

Derecho Interno Mexicano

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 21/2011-PL, sentencia del 9 de septiembre de 2013, Ministro Ponente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, sentencia del 3 de septiembre de 2013, Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Otros

http://indicators.ohchr.org/

https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/WorldRecord.aspx

https://www.un.org/es/rights/overview/charter-hr.shtml

Parte II
Los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

El derecho a la vida desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos*

*Namiko Matzumoto Benítez***

Sumario: I. Contexto histórico y perspectivas de la tutela internacional de los derechos humanos. II. El desarrollo de la protección al derecho a la vida. III. Conclusiones.

I. Contexto histórico y perspectivas de la tutela internacional de los derechos humanos

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos busca contrarrestar las debilidades que aquejan a las personas

Los derechos humanos son el antídoto de la humanidad para neutralizar las desgracias que acechan su condición.[1] Por un lado, existen debilidades naturales —como el ciclo de la vida, y los pro-

* Agradezco al Lic. Miguel Ángel Córdova Álvarez por su colaboración para el desarrollo del contenido de este artículo.

** Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Presidenta de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Veracruz, y de la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Derechos Humanos.

1 Cfr. Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 2.

cesos biológicos—[2] que menguan la fortaleza del cuerpo humano con el paso de los años, y amenazan nuestros planes, nuestras aspiraciones, y nuestros afectos. Y existen relaciones desiguales de poder que crean debilidades artificiales que, a su vez, colocan a algunos grupos de personas en condiciones de vulnerabilidad.[3]

Para contrarrestar estas debilidades, los derechos humanos atrincheran jurídicamente los bienes y valores que son más caros para la humanidad,[4] y actúan como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia.[5]

Por ello, la protección de los derechos humanos en instrumentos normativos de carácter internacional no es una ocurrencia de los tiempos que nos tocan vivir. Tampoco es el producto de una casualidad.

En efecto, en 1948, cuando la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (la Declaración Universal),[6] los horrores de la Segunda Guerra Mundial eran todavía demasiado recientes. La humanidad nunca había enfrentado un régimen que combinara la ambición de dominar al mundo con una doctrina explícita de superioridad racial, de tal manera que sus actos constituyeran formas de desprecio flagrante a los valores humanos más esenciales.[7]

En aquella época, una de las necesidades más apremiantes que enfrentaba la incipiente ONU era contar con un catálogo de

---

2 V. Arendt, Hannah. *The Human Condition,* 2ª ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1958, p. 7.

3 V. Ackerman, Bruce. "Beyond Carolene Products", *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985; Cançado Trindade, Antonio Augusto. *The Access of Individuals to International Justice,* Croydon, Oxford University Press, 2011, pp. 125 y ss.

4 Cfr. Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos, op. cit., supra* nota 1, p. 223; SCJN. *Amparo en Revisión 237/2014*, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sentencia de la Primera Sala de 4 de noviembre de 2015, p. 31.

5 Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 362 y ss.

6 ONU. Resolución 217 (A) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/217(III)[A], 10 de diciembre de 1948.

7 Cfr. Nino, Carlos Santiago. *Radical Evil on Trial,* New Haven, Yale University Press, 1996, p. 5.

derechos humanos. En consecuencia, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU tuvo la encomienda de elaborar el proyecto de una declaración de derechos.[8] Ésta no tendría fuerza vinculante para los Estados Parte, pero esa característica permitió alcanzar un consenso significativo en un periodo muy breve.[9]

Así, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración Universal con 48 votos a favor, ninguno en contra, y 8 abstenciones. Estas últimas fueron enarboladas por Sudáfrica, que recién inauguraba su régimen de *apartheid*;[10] Arabia Saudita, que se opuso a la libertad de las personas a cambiar su religión; y la URSS y sus Estados satélite.

2. La Declaración Universal no es un tratado internacional, pero sí es una fuente de derecho

En este sentido, la Declaración Universal no es un tratado internacional y, por lo tanto, no posee fuerza vinculante en sentido formal. Se trata de una resolución de la Asamblea General de la ONU, con un peso moral y político superlativo, pues representa la consciencia histórica de los valores fundamentales de la humanidad a mediados del siglo xx.[11] Sin embargo, la Declaración ha alcanzado el carácter de costumbre internacional,[12] y constituye el punto de partida de la codificación del derecho internacional de los derechos humanos.[13]

---

8 Cfr. De Schutter, Olivier. *International Human Rights Law,* 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 17.

9 *Idem.*

10 V. Fowkes, James. *Building the Constitution,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

11 Cfr. Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos,* trad. de Rafael Asís de Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 72; Cançado Trindade, Antonio Augusto. *The Access of Individuals to International Justice, op. cit., supra* nota 3, p. 206.

12 Cfr. De Schutter, Olivier. *International Human Rights Law, op. cit., supra* nota 8, pp. 61-66.

13 Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto. *The Access of Individuals to International Justice, op. cit., supra* nota 3, p. 19; Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos, op. cit., supra* nota 11, p. 69;

Por ello, la Declaración Universal actúa en la práctica como una auténtica fuente de derecho internacional que, además, impone obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos a los Estados parte de la ONU.

Hoy, a 70 años de distancia, el reconocimiento internacional de los derechos humanos en documentos normativos cumple un propósito especialmente relevante: emancipar a la persona humana del Estado del que es nacional, y constituirla en auténtico sujeto de derecho internacional, capaz de reclamar en sede jurisdiccional la protección y garantía de sus derechos.[14] En consecuencia, el Estado debe verificar que sus agentes coloquen a las personas, y a sus derechos, en el centro de sus responsabilidades y ejercicios de gobierno.[15]

3. El derecho internacional de los derechos humanos se articula a través de instrumentos vivos

Para dotar de efectividad este cometido, las autoridades públicas deben embarcarse en un proyecto interpretativo. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos se articula a través de instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.[16]

Esto demanda que los agentes estatales —o cualquier encargado de proteger los derechos humanos— adopten una actitud

[14] Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto. *The Access of Individuals to International Justice, op. cit., supra* nota 3, p. 196.

[15] Cfr. Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo. "Prólogo" en Breyer, Stephen. *Cómo hacer funcionar nuestra democracia,* trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 22.

[16] Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 89; *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245; "Voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot", párr. 48, en Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

interpretativa específica. Así, no deben mirar hacia el pasado, buscando soluciones en la voluntad de quienes escribieron las normas básicas del derecho internacional de los derechos humanos en 1948 —como lo haría historiador o un arqueólogo—,[17] sino que debe actuar como una especie de artífice jurídico.

Lo anterior implica poner al día las palabras de la norma que consagre el derecho en cuestión; averiguar el contexto social existente; ensamblar y compensar los valores en juego; imaginar las consecuencias de su decisión; y finalmente, diseñar un producto interpretativo: el contenido y alcance de un derecho.[18]

Con esto no pretendo minimizar el valor de los textos normativos, ni la sabiduría de los precedentes. Únicamente quiero resaltar que no podemos enfrentar los problemas del presente, y del futuro, con soluciones del pasado.

De esta manera, las autoridades pueden expandir el ámbito de protección de los derechos humanos frente a nuevos conflictos, y nuevos escenarios. Después de todo, si un Estado asume el compromiso internacional de proteger los derechos humanos, sus operadores jurídicos no pueden convertirse en meros repetidores de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos,[19] sino que deben velar activamente para garantizarlos.[20]

Así, el derecho internacional de los derechos humanos constituye un estándar mínimo común denominador que los Estados deben respetar y garantizar.[21] Es decir, que son acuerdos nor-

---

17 Cfr. Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy,* Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006, p. 149.

18 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución,* 2ª ed., México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2016, p. 31.

19 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro. *La constitución bajo tensión,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 408.

20 Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339; *Caso Gelman Vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193.

21 Cfr. Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos, op. cit., supra* nota 1, p. 4.

mativos generales, y los Estados deben determinar su contenido específico en casos concretos, en el contexto de su margen de apreciación.[22] De esta manera, cada Estado —a partir de sus circunstancias particulares— puede desarrollar estándares de protección más amplios o más garantistas.

Desde esta óptica me propongo analizar el desarrollo jurisprudencial del derecho a la vida, fundamentalmente desde la jurisprudencia nacional e interamericana, y tomando como punto de partida el texto de la Declaración Universal.

Sin duda, las condiciones de 1948 no son las mismas de 2018; por ello, al celebrar los 70 años de tan importante documento, es de suma importancia reflexionar sobre el punto de partida de la tutela internacional del derecho a la vida para arrojar nuevas luces sobre los actuales senderos jurisprudenciales y, eventualmente, sobre los posibles puntos de llegada.

II. El desarrollo de la protección al derecho a la vida

1. ¿Por qué se debe proteger la vida de las personas?

Existen al menos tres razones —todas igualmente válidas— por las que vale la pena proteger jurídicamente la vida humana.

En primer lugar, porque es un bien intrínsecamente valioso; esto es, se trata de un interés de la humanidad que no puede dejarse de lado para perseguir otros fines más valiosos.[23] De tal manera, la muerte prematura de alguien es un hecho objetivamente lamentable,[24] y es deseable evitar que ello suceda. Por eso, deben

[22] Cfr. Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución, op. cit., supra* nota 18, p. 330; Barak, Aharon. *Proportionality,* trad. de Doron Kalir, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, pp. 418-421; Sunstein, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict,* 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2018, p. 36.

[23] Cfr. Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos, op. cit., supra* nota 1, p. 261.

[24] Cfr. Dworkin, Ronald. *Life´s Dominion,* Nueva York, Vintage Books, 1994, pp. 69 y ss.

existir normas que establezcan obligaciones de hacer, y no hacer, para proteger la vida de las personas.

La segunda razón es lógica. Esto obedece a que, como advierten la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el derecho a la vida es el presupuesto lógico u ontológico,[25] o un prerrequisito,[26] para poder ejercer los demás derechos.

En efecto, al nivel más esencial, la ausencia del derecho a la vida afecta la existencia misma de su titular; de modo que si no se garantiza la protección del derecho a la vida, los demás derechos carecen de sentido. No obstante, sería equivocado afirmar que, por esta condición, el derecho a la vida se ubica en una posición de superioridad jerárquica respecto a los demás.[27] La prioridad lógica no implica la prioridad normativa.

Por último, la tercera razón enfatiza el carácter autoritativo del derecho. Así, cuando existe una norma que ordena proteger un bien jurídico en especial —en este caso, el derecho a la vida—, el Estado tiene dos obligaciones: la primera consiste en establecer obligaciones y prohibiciones para asegurar la vigencia del derecho, y la segunda en crear mecanismos que sancionen o invaliden los actos que violen esas obligaciones y prohibiciones.[28]

Por estas razones, en 1948, los Estados miembros de la Asamblea General de la ONU acordaron proteger el derecho a la vida. En el Preámbulo, las razones que se invocaron como sustento de

---

25 SCJN. *Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*, sentencia del Pleno de 28 de agosto de 2008, M.P. Sergio Salvador Aguirre Anguiano, p. 153.

26 Cfr. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*, *op. cit., supra* nota 16, párr. 172; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

27 V. ONU. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 6,* Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143, 1982, párr. 1.

28 Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit., supra* nota 5, pp. 45 y ss.

dicho documento resaltan, justamente, el valor intrínseco de los derechos humanos, su utilidad y su importancia normativa:

> Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familiahumana;
>
> Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;
>
> Considerando 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;

Así, en el artículo 3, plasmaron que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."

Esta redacción dio pie a otros textos normativos de carácter internacional. Por ejemplo, en el sistema universal, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privadode la vida arbitrariamente."

Por su parte, en el sistema europeo, el artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé que "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena".

Por último, en el sistema interamericano, el artículo 4.1 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) señala que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

2. El sujeto del derecho a la vida

Salvo la CADH, ninguno de los instrumentos citados establece a partir de qué momento debe protegerse la vida humana. Daniel O'Donell concluye que la expresión "en general" del artículo 4.1 de la CADH habilita a los Estados para que, dentro de su margen de apreciación, determinen cuándo inicia el deber de proteger la vida humana.[29]

En el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, la Corte IDH sostuvo que la expresión "en general" del artículo 4.1 de la CADH tiene la finalidad de que los Estados puedan balancear adecuadamente derechos e intereses en conflicto.[30]

Es decir, que constituye un estándar mínimo que no vincula a los Estados a una concepción específica de la vida humana,[31] ni resultados determinados en la resolución de casos concretos.

Por lo tanto, aunque los Estados pueden determinar libremente el momento en el que inicia la protección de la vida prenatal, al hacerlo no pueden obviar los intereses de la madre. Cualquier otra solución desconoce la dignidad de la mujer, y la reduce a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses jurídicamente relevantes que ameriten protección.[32]

De esta manera, la Corte IDH concluyó que un embrión no puede concebirse como una persona para efectos del artículo 4.1 de la CADH y, por lo tanto, no goza de ese derecho.[33] Ahora, esto

---

29 Cfr. O'Donell, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos,* Bogotá, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, 2004, p. 99.

30 Cfr. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*, *op. cit., supra* nota 16, párr. 263.

31 V. Sunstein, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict, op. cit., supra* nota 22.

32 Cfr. "Voto particular que formula el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea" en SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 11/2009, Sentencia del Pleno del 28 de septiembre de 2011, M.P. José Fernando Franco González Salas, p. 14.

33 Cfr. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*, *op. cit., supra* nota 16, párr. 264.

no significa que el no nacido no sea merecedor de ninguna clase de tutela jurídica; de hecho, la protección de su vida es gradual, y su nivel de intensidad aumenta conforme avance la gestación.

En efecto, el hecho de no salir del vientre materno no excluye la posibilidad de proteger jurídicamente la vida de un no nacido. La vida es un valor jurídicamente relevante que el Estado debe proteger y cobija a quienes aún no alcanzan el status de personas;[34] y aunque sólo las personas gozan del derecho a la vida, los fetos o los embriones también pueden ser merecedores de tutela jurídica.

En cualquier caso, los alcances de dicha protección deben armonizarse con la autonomía de las mujeres[35] y con su derecho al libre desarrollo de la personalidad,[36] a medida que se acerca la viabilidad del *nasciturus.*[37]

3. El contenido del derecho a la vida

Lo expuesto hasta ahora ya deja entrever que el contenido del derecho a la vida es bastante amplio. Sin duda, su relevancia social, moral, y jurídica, hacen que sea un derecho que despliega sus efectos en distintos tipos de relaciones entre la persona y el Estado.

En este sentido, el desarrollo de su contenido sigue la estructura lógica de las normas de derechos humanos. Es decir, por un lado implica obligaciones negativas o de no hacer a cargo del Estado; y por otro obligaciones positivas o de hacer.[38] En la juris-

---

34 Cfr. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-327,* Sentencia de la Sala Plena de 22 de junio de 2016, párrs. 38-39.

35 Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo,* trad. de Perfecto Andrés Ibañez, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 132 y ss.

36 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay, op. cit., supra* nota 20, párr. 97.

37 Cfr. "Voto particular que formula el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea", *op. cit., supra* nota 32, p. 14.

38 Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit., supra* nota 5, pp. 19 y ss; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María. "Artículo 1. Obligación de respetar los derechos", en Steiner,

prudencia interamericana, estas obligaciones se conocen como de respeto, y garantía, respectivamente.

3.1 El Estado no puede privar arbitrariamente a las personas de la vida

La dimensión negativa del derecho a la vida constituye un auténtico límite para la acción del Estado; dicho así, el deber de respetar la vida humana presupone que ninguna persona sea privada de la vida en condiciones de arbitrariedad.[39]

Este deber alcanza a toda la estructura estatal, de modo que todos sus agentes tienen que abstenerse de atentar contra la vida de las personas bajo su jurisdicción. Aunque, toda vez que el desarrollo jurisprudencial de esta vertiente del derecho a la vida se da en casos de ejecuciones extrajudiciales, pareciera que esta obligación se dirige únicamente a las fuerzas policiales y a las fuerzas armadas de un Estado.

Esto obedece a que estos agentes utilizan regularmente la fuerza para mantener —o restablecer— el orden público. En consecuencia, la Corte IDH sostiene que aunque los Estados tienen la obligación de garantizar el orden y la seguridad en su territorio, esta finalidad no los habilita para alcanzar esos fines sin observar ciertos límites.[40]

De lo anterior resulta que las fuerzas de seguridad de un Estado sí pueden utilizar la fuerza pública para cumplir sus funciones; incluso, es legítimo recurrir al uso letal de la fuerza. Sin embargo, éstas acciones deben formularse previamente en una ley que habilite a dichos funcionarios para tales efectos, y estas

---

Christian y Uribe Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario,* Bolivia, Konrad-Adenauer Stiftung, 2014, pp. 42 y ss; Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando. *Derechos Fundamentales,* 2ª ed., México, Porrúa, 2013, p. 587.

39 Cfr. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párr. 258.

40 *Ibidem,* párr. 262.

facultades deben interpretarse restrictivamente. Así, el empleo de la fuerza pública se minimiza, y se utiliza únicamente cuando es absolutamente necesario en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler.[41]

No obstante, una persona puede ser privada de la vida arbitrariamente cuando actúan particulares con el apoyo, o tolerancia del Estado. Así, en el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, la Corte IDH sostuvo que el Estado puede ser responsable de esta clase de violaciones a derechos humanos por actos de particulares que, de inicio, no son atribuibles al Estado. Esto atiende a que

> [...] Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.[42]

Adicionalmente, la Corte IDH ha sostenido que la pena de muerte obligatoria también puede considerarse como una forma de privación arbitraria de la vida. En efecto, aunque la CADH no prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte, ésta posibilidad debe interpretarse restrictivamente.[43]

En la Opinión Consultiva 3/83, la Corte IDH afirmó que hay tres grupos de limitaciones a la pena de muerte. Estos son i) que

---

41 *Idem*.

42 Cfr. Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111.

43 Cfr. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 99.

la aplicación de dicha pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales de observancia estricta; ii) que su ámbito de aplicación se reduzca al de los delitos más graves y no conexos con delitos políticos; y iii) que se atienda a ciertas consideraciones propias del reo, las cuales pueden excluir la aplicación de la pena capital.[44]

Así, en Boyce y otros vs. Barbados, la Corte IDH sostuvo que una pena de muerte impuesta legalmente puede ser arbitraria si no distingue entre los distintos grados de culpabilidad del acusado, ni toma en consideración las circunstancias particulares de cada delito.[45] Cuando esto sucede el condenado no recibe el trato de un ser humano único, sino como parte de una masa anónima, homogénea, sujeta a la imposición ciega de la pena de muerte.[46]

Todo lo anterior da cuenta de que la dimensión negativa del derecho a la vida obliga a la totalidad del Estado —poderes ejecutivo, legislativo, y judicial— a respetar este derecho. Asimismo, dada su trascendencia, los actos de particulares que atenten contra la vida de las personas que son consentidos o tolerados por el Estado también pueden constituir violaciones a este derecho y acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

3.2 El Estado debe garantizar una existencia digna a las personas

El derecho a la vida no se agota cuando Estado asegura la mera supervivencia biológica de las personas. El Estado, además, debe generar condiciones adecuadas para que las personas vivan dignamente.

---

44 Cfr. Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 55.

45 Cfr. Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 57.

46 Cfr. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, op. cit., supra* nota 43, párr. 105.

En el Caso de los Niños de la Calle, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli signaron un voto concurrente. En dicho documento, ambos jueces resaltaron que el derecho a la vida no puede concebirse restrictivamente —como una mera prohibición de privar directamente de la vida a las personas—; sin embargo, también sostuvieron que cuando no se evitan las circunstancias que conducen a la muerte de unas personas se atenta arbitrariamente contra su vida.[47]

Es decir, que la protección de un bien jurídico de tal relevancia no puede consistir en una mera prohibición para el Estado, sino que incluye también obligaciones de hacer para perfeccionar su tutela.[48] De tal manera, la Corte IDH sostuvo que "...el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna."[49]

Esta unión entre el derecho a la vida y la dignidad humana se convierte en una precondición para el ejercicio de otros derechos humanos y para la realización individual de la persona.[50] En efecto, una vida digna comprende la posibilidad de acceder a comida, agua, vivienda, salud, y educación —que son condiciones mínimas— para que una persona pueda darle sentido a su existencia.

El Pleno de la Corte IDH desarrolló un estándar mínimo de vida digna en el Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay. En esa sentencia, el tribunal afirmó que ese estándar comprende la posibilidad real de acceder a: *i)* cantidades de agua suficiente, y de calidad

47 Cfr. "Voto concurrente conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trintade y A. Abreu Bureli" en Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, op. cit., supra* nota 26, párr. 3.

48 Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto. *The Access of Individuals to International Justice, op. cit., supra* nota 3, p. 152.

49 Cfr. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, op. cit., supra* nota 26, párr. 144.

50 Cfr. Barak, Aharon. *Human Dignity,* trad. de Daniel Kayros, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 289; Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit., supra* nota 5, p. 338.

adecuada;[51] *ii)* provisiones alimentarias para satisfacer medianamente las necesidades básicas de alimentación de cualquier persona;[52] *iii)* acceso físico y geográfico a centros de salud, y servicios sanitarios aceptables;[53] y *iv)* acceso gratuito a la educación básica.[54]

En la jurisprudencia de la SCJN, el derecho a la vida digna tiene una íntima relación con la alimentación, el vestido, la vivienda, la educación, y la salud. De acuerdo con el Pleno, cuando una persona tiene esas necesidades satisfechas se encuentra en condiciones de alcanzar un nivel de vida adecuado.[55]

Estos criterios dan cuenta de la interdependencia que hay entre el derecho a la vida y otros derechos humanos. Además, resaltan cómo es que la vida es la precondición para el ejercicio de otros derechos, y cómo esta amalgama de prerrogativas permite que la persona tenga condiciones para realizarse individualmente.

3.3 Todas las personas deben tener la posibilidad de diseñar libremente su proyecto de vida

Cuando el Estado tiene una estructura que previene y disuade las violaciones al derecho a la vida, y asegura que las personas vivan en condiciones dignas, existen los presupuestos para éstas diseñen su proyecto de vida. Es decir, que cada quien pueda fijarse expectativas razonablemente determinadas que den sentido a su existencia, y acceder a ellas.[56]

---

51 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op. cit., supra* nota 26, párr. 196.

52 *Ibidem*, párr. 200.

53 *Ibidem*, párr. 208.

54 *Ibidem*, párr. 211.

55 Cfr. SCJN. *Amparo Directo en Revisión 230/2014,* Sentencia de la Primera Sala de 19 de noviembre de 2014, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 17.

56 Cfr. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 147.

El Pleno de la SCJN sostiene que el proyecto de vida engloba la posibilidad de que cada individuo elija libremente como quiere ser, sin estar sometido a coacciones ni controles injustificados. De este modo puede cumplir las metas u objetivos que se fije —como contraer matrimonio, procrear hijos, escoger su apariencia personal, su profesión o actividad laboral, y determinar libremente su sexualidad— de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.[57] Lo anterior no se cuantifica sobre hechos ciertos, sino sobre hechos meramente probables.

Para Nino, esto requiere que el Estado no establezca estándares de lo que es bueno para un individuo. En efecto, cuando existen patrones normativos de formas de vida, de ideales de excelencia humana, o de intereses personales, el Estado establece unilateralmente lo que las personas pueden o no pueden ser, y funciona como un árbitro que determina lo que es adecuado para cada ellas;[58] pero también hace falta que el Estado no influya en las conductas o cursos de acción que las personas elijan para satisfacer sus planes de vida.[59]

En el mismo tenor, Barak afirma que las leyes no pueden establecer modelos de lo que la vida humana debe ser. Cada persona es libre de establecer su destino, de acuerdo a lo que estima bueno o valioso.[60]

Lo anterior implica que el perfeccionismo y el paternalismo establecen límites a la posibilidad de que cada persona determine —desde su autonomía— su proyecto de vida. Sin embargo, el Estado restringe radicalmente esta posibilidad cuando altera unilateralmente el desarrollo natural del individuo, y modifica su proyecto de vida como consecuencia de actos violatorios de sus derechos humanos.[61]

---

57 V. SCJN. *Amparo directo 6/2008,* Sentencia del Pleno de 6 de enero de 2009, M.P. Sergio A. Valls Hernández.

58 Cfr. Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos, op. cit., supra* nota 1, p. 204 y ss.

59 *Ibidem*, p. 414.

60 Cfr. Barak, Aharon. *Human Dignity, op. cit., supra* nota 50, p. 128.

61 Cfr. Ayala Corao, Carlos y Rivero, María Daniela. "Artículo 4. Derecho a la vida" en Steiner, Christian y Uribe Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario, op. cit., supra* nota 38, p. 130.

Esta situación pone de relieve el delicado equilibrio que existe entre las dos dimensiones del derecho a la vida cuando las personas pueden elegir su propio destino. Por un lado, ésta posibilidad es una mera ilusión cuando la supervivencia biológica de los individuos no está garantizada; y una vida digna adquiere significado sólo cuando cada persona puede moldearla de acuerdo a sus convicciones más íntimas, y a su propia escala de valores.

De este modo, el proyecto de vida dota de estructura, cohesión, y sentido a las dos dimensiones del derecho a la vida.[62]

III. Conclusiones

Las consideraciones vertidas en los apartados anteriores dan cuenta de una realidad: la protección de los derechos humanos es una labor constante. Ésta requiere del transcurso del tiempo para afianzar sus avances —ya sea en la costumbre, en la jurisprudencia, o en algún tratado—, y de interpretaciones valientes que amplíen gradualmente sus alcances y contenidos.

En el caso específico del derecho a la vida es fácil detectar tres áreas firmemente desarrolladas, cuya materialización corre a cargo del Estado: *i)* la prohibición de privar arbitrariamente de la vida a las personas; *ii)* la obligación de garantizar una existencia digna a los individuos; y *iii)* el deber de facilitar que todos sean libres para diseñar y realizar su proyecto de vida.

En suma, debe existir una estructura normativa que cumpla una doble función: prevenir las violaciones al derecho a la vida y, por otro lado, disuadirlas. Ello requiere que los agentes del Estado ajusten su conducta a las obligaciones positivas y negativas que este derecho les impone para asegurar su pleno y libre ejercicio a todas las personas bajo su jurisdicción.[63]

---

62 Cfr. Barak, Aharon. *Human Dignity, op. cit., supra* nota 50, pp. 289 y ss.

63 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op. cit., supra* nota 26, párr. 186.

México y la prohibición de la tortura

*Juan Carlos Arjona Estévez**

Sumario: I. Introducción. II. Prohibición de la tortura en el derecho internacional. III. Desarrollo normativo de la prohibición de la tortura a nivel internacional. IV. México y la Prohibición de la Tortura. V. Conclusiones

I. Introducción

Con la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional constituyó un organismo universal, y diversos organismos regionales, a través de los cuales estableció un mínimo común de derechos humanos que todos los Estados deberían de respetar. Uno de estos derechos es la prohibición de la tortura.

Setenta años han transcurrido y con ello, el contenido de lo que entendemos por tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha evolucionado. De la misma forma, se han diseñado una serie de mecanismos de protección nacional e internacional, de carácter preventivo y sancionatorio, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, para atribuir responsabilidad subjetiva y objetiva, y que buscan reparar de la forma más integral a las víctimas.

* Licenciado en Derecho y Maestro en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Actualmente es Cuarto Visitador General de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Los comentarios aquí vertidos son a título personal y no representan los de la institución.

El artículo que a continuación se presenta busca contribuir con una revisión de los diversos avances que la comunidad internacional ha hecho para erradicar la tortura, la participación de México en la aceptación de las obligaciones que han emanado internacionalmente y la relación de este país con los mecanismos de protección internacional en la materia. Asimismo, se da cuenta desde cuando existe la persecución penal de la tortura en México.

II. Prohibición de la tortura en el derecho internacional

2.1. De 1948 a 1984. Los orígenes de la prohibición de la tortura y los primeros organismos internacionales de protección

En 1948, se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH o Declaración Universal),[1] la cual está compuesta por 30 artículos que contienen los principios comunes que para entonces 58 Estados miembros decidieron deberían de respetarse a nivel mundial. Uno de estos principios es la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que se encuentra reconocido en el artículo cinco de la siguiente forma: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes." Es importante resaltar que la redacción dicha prohibición, es amplia, es decir, no se concreta a prohibir la tortura en centros de reclusión, o en los casos en los que las personas están vinculadas de alguna forma a un proceso penal, sino que, en cualquier circunstancia, incluso ajena a estas antes mencionadas, los Estados deben de prohibir la tortura.

Originalmente la Declaración Universal fue concebida como un instrumento internacional de carácter declarativo en contraposición de lo que sería un tratado o convenio internacional. Esta distinción que los Estados hicieron no era cosa menor en esa época, porque las obligaciones estatales eran ampliamente

[1] Declaración Universal de los Derechos Humanos. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III)

diferentes. En el primero de los casos, los Estados no tenían una obligación de cumplir con las disposiciones de la DUDH porque ésta era concebida como un camino a seguir por parte de la comunidad internacional, mientras que un tratado internacional establecía una serie de obligaciones concretas que los Estados parte tienen que cumplir.

Es así, qué, de forma inicial, la prohibición de la tortura se identificó como algo que los Estados debían proscribir, pero no se obligaban a ello, y tampoco aclararon que se entendería por tortura, ni porque habría que hacer una diferencia entre otros términos tales como los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Parece que el sentido común sería capaz de distinguir entre unas conductas y otras, o bien, que al final como todas las conductas se prohibieron por igual no era indispensable dilucidar sus diferencias en el derecho.

Un año después del surgimiento de la Declaración Universal, se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra[2] que contienen parte de la regulación sobre los conflictos armados, enfocados particularmente, a la protección de las víctimas. En dichos tratados internacionales, los Estados parte se obligaron en el artículo 3 común, a prohibir las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios, así como los tratos humillantes y degradantes. Los Convenios de Ginebra son a la postre los primeros instrumentos internacionales de carácter convencional posteriores a la Segunda Guerra Mundial que establecen la prohibición de la tortura.[3]

---

[2] Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III); Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV). Los cuatro convenios son conocidos como los Convenios de Ginebra, aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

[3] Convenios de Ginebra, artículo 3 común, Convenio I, artículos 12 y 50; Convenio II, artículos 12 y 51; Convenio III, artículos 17, 87 y 130; Convenio IV, artículos 32 y 147.

De la misma forma que con la Declaración Universal, sólo se establece que se prohibirá la tortura sin dar más contenido a que se entiende por la misma, y la inclusión de mutilaciones, tratos crueles y suplicios en el mismo enunciado hace entender que podrían ser conductas diferentes, sin embargo, la intención de los gestores de estos instrumentos fue la de abarcar todas aquellas prácticas que se consideraron atroces en cualquier circunstancia, incluso en el desarrollo de un conflicto armado, y lejos estaba cualquier disquisición "técnico-jurídica" que complicase la prevención y sanción de estos hechos.

A nivel regional, se aprobaron dos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. El mismo año que la Declaración Universal, incluso unos meses antes, la Organización de Estados Americanos dio origen a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento declarativo que no proscribe explícitamente la tortura, sin embargo, si incluye en el artículo 25 que toda persona privada de su libertad tiene derecho a un tratamiento humano.[4] En 1950, el Consejo de Europa creó el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el cual se prohibieron la tortura y cualquier otro trato o pena inhumano o degradante. A partir de la creación de este Convenio se contó en Europa de una Comisión y una Corte Europea de Derechos Humanos ante la cual se podrían presentar quejas individuales por presuntos actos de tortura.[5]

Casi veinte años después de la creación de la Declaración Universal, se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y se convirtió en el primer instrumento internacional convencional clasificado propiamente como de derechos humanos, que prohíbe la tortura. Este mandato convencional añade a la prohibición de la tortura, u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el que no se lleven a cabo experimentos médicos o científicos sin el consentimiento de las personas; además, se precisa que las personas privadas de libertad deben de recibir un trato digno. A la par de la creación de este Pacto, se

[4] Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

[5] Done at Rome this 4th day of November 1950.

aprobó el Primer Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con el que se la facultó al Comité de Derechos Humanos a recibir quejas individuales por presuntos actos de tortura.[6]

A tres años de la aparición del Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos, se aprobó en el continente americano el primer instrumento regional que prohíbe de forma explicita la tortura, el señalar que "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes [y reafirmar que] toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano." Este instrumento fortaleció el mecanismo de peticiones individuales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el sistema dual de Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos.[7]

Es hasta 1975 que la Organización de las Naciones Unidas decide acuñar un primer concepto jurídico universal de lo que se debe entender por tortura, al aprobar la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Declaración contra la Tortura).[8] La definición de tortura es:

> todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la

---

6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, artículos 7 y 10. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966, artículos 1 y 2.

7 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en San José, Costa Rica en noviembre de 1969, artículos 5, 33, 44 y 51.

8 Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

> privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. (artículo 1)

Y, es este mismo instrumento declarativo que se expresa la distinción entre la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Dos de los elementos que la diferencian son que la tortura es una forma (i) agravada y (ii) deliberada de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 1).

Con la aparición de este instrumento internacional, se da cuenta de una serie de obligaciones asociadas a la prohibición de la tortura y cualquier otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, entre ellas que:

- Está prohibida en cualquier lugar y circunstancia, y nunca se podrán argumentar causas excepcionales para cometer dichas conductas (artículos 2 y 3).
- Se deben de tomar medidas para prevenir las conductas (artículo 4).
- En la capacitación de las policías y demás funcionarios responsables de personas privadas de libertad se debe dar a conocer que están prohibidas estas conductas (artículo 5).
- Los métodos de interrogatorio y de custodia se revisarán periódicamente para prevenir estas conductas (artículo 6).
- Serán consideradas delitos las mencionadas conductas (artículo 7).
- Las denuncias de estas conductas serán investigadas, y en su caso sancionadas y reparadas (artículos 8, 9, 10 y 11).
- No se puede usar ninguna prueba obtenida bajo tortura (artículo 12).

En 1977, se reafirmó en el Protocolo I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales que la tortura está prohibida en cualquier circunstancia[9].

[9] Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977,

Para 1981, el organismo regional africano adoptó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, indicando como instrumentos convencionales anteriores que la tortura y otros o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes están prohibidas.[10]

2.2. De 1984 a 1989. Las convenciones internacionales contra la tortura, y protección reforzada a sectores específicos

Un parteaguas en la prohibición de la tortura fue la adopción en 1984 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura), porque con su aparición en la normatividad internacional, se convirtió en el primer instrumento que establecía obligaciones concretas para erradicar la tortura. Sin duda alguna, el contenido de este instrumento internacional recupera el aprendizaje de varias décadas para eliminar la tortura, en particular lo ya acordado en la Declaración contra la Tortura. Dentro de las principales nuevas aportaciones en el marco de las obligaciones están que:

- Se deben de tomar medidas administrativas, legislativas y jurisdiccionales para impedir actos de tortura (artículo 2).
- No se excluirá la responsabilidad por actos de tortura, aun cuando fuesen instrucciones de un superior jerárquico (artículo 2).
- Se establezcan penas apropiadas para el delito de tortura que tomen en consideración la gravedad de esta conducta (artículo 4).
- No se podrá expulsar o extraditar a una persona cuando exista el riesgo de que puedan ser víctimas de tortura (artículo 3).

artículo 75. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, artículo 4.

[10] Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Adoptada el 27 de junio de 1981, artículo 5.

- Se debe extraditar o juzgar a presuntos perpetradores de tortura (artículos 5, 6 y 7).
- Se reconoce que la Convención contra la Tortura es un tratado de extradición para los Estados parte (artículo 8).

En la Convención contra la Tortura se establece una definición de tortura, en la que existen ciertos matices que en la establecida en la Declaración contra la Tortura:[11]

- En lugar de hablar de penas graves se menciona dolores graves.
- Se incluye dentro de las finalidades de la tortura la de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.
- Se añade que la tortura puede cometerse directamente por autoridades, o a través de terceros, por ello, se precisa que ésta se también se comete a instigación, consentimiento o aquiescencia.
- Se elimina la mención de que las penas vinculadas a la privación de la libertad tienen que estar en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Con la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura se creó el Comité contra la Tortura, mismo que se sumo a una serie de mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, como son la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, la entonces Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, y el Comité de Derechos Humanos, por mencionar algunos foros en los que se denuncian casos de tortura.

El Comité contra la Tortura se compone por diez expertos/as independientes y tiene diversas facultades de supervisión de los Estados parte.[12] La revisión de informes periódicos es la principal, porque es la aplicable a todos los países que ratificaron la Convención contra la Tortura y consiste en que éstos deben de

[11] *Cfr.* Declaración contra la Tortura, artículo 1 *vis a vis* Convención contra la Tortura, artículo 1.

[12] Convención contra la Tortura, artículo 17.

presentar a este Comité, cada cuatro años un informe de sobre las medidas para cumplir con las obligaciones convencionales.[13] El Comité también puede recibir quejas individuales e interestatales cuando exista la presunción de que se cometieron actos de tortura y se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna.[14] Por último, el Comité puede solicitar información e incluso ser invitado a realizar una investigación en la jurisdicción de un Estado parte de la Convención contra la Tortura, si se recibe información de que en dicha jurisdicción se están perpetrando torturas de forma sistemática.[15] El Comité contra la Tortura en su práctica reciente ha emulado lo que otros comités han hecho de forma más recurrente y es la de emitir Observaciones Generales, las cuales consisten en hacer una interpretación en abstracto de las obligaciones de los Estados parte de la Convención contra la Tortura, al momento son cuatro.

Un año después de la creación del Comité contra la Tortura, la entonces Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas creó la Relatoría Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Dicha relatoría ha sido encabezada por seis personas de 1985 a la fecha. Dentro de sus funciones para promover y proteger contra actos de tortura están, la de transmitir acciones urgentes a los Estados miembro de la Organización de las Naciones en las que exista información de que personas puedan estar en riesgos de ser víctimas de tortura, la de realizar visitas a los Estados miembro de la Organización de las Naciones Unidas, y la de presentar los informes de sus visitas y temáticos a la entonces Comisión de Derechos Humanos, ahora Consejo de Derechos Humanos como parte de su informe anual de actividades.

En ese mismo año, la Organización de Estados Americanos aprobó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,[16] la cual establece obligaciones similares a las ya con-

13 Convención contra la Tortura, artículo 19.

14 Convención contra la Tortura, artículos 21 y 22.

15 Convención contra la Tortura, artículo 20.

16 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia el 12 de septiembre de 1985.

tenidas en la Convención contra la Tortura. Dentro de las diferencias sustanciales que se explican continuamente en la doctrina entre ambas convenciones es en la definición que establecen:

- En lugar de hablar de dolores se refiere a penas.
- El que los dolores o sufrimientos sean graves no está establecido en la definición.
- Las finalidades de los dolores o sufrimientos que se infligen tienen una redacción diferente que se concreta en cinco definidas y una indefinida. Las cinco definidas es para fines de investigación criminal, medio intimidatorio, castigo personal, medida preventiva, y pena; y la indefinida es por cualquier otro fin.
- Incluye una forma de tortura equiparada, al indicar que también es la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

En 1989, se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se prohíbe la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contra niños y niñas, y se establece que se garantizarán medidas apropiadas para la recuperación de estas conductas.[17] Un año después se adoptó la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que también prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en contra de este sector de la población,[18] lo cual resulta relevante si se considera que las detenciones de personas migrantes por razones migratorias ponen en riesgo a las personas de ser víctimas de estas conductas. Finalmente, y fuera del rango que cubre esta sección, en 2006, se dio origen a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad también prohíbe la tortura en contra de estas personas, lo que es importante si se considera que en particular las personas con discapacidad psico-

[17] Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículos 37 y 39.

[18] Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, artículo 10.

social o intelectual son sometidos a tratamientos médico sin su consentimiento directo, así como puestos a diversas formas de aislamiento.[19]

2.3. De 1989 a la fecha. Nuevos mecanismos de prevención de la tortura y herramientas para la lucha contra la impunidad

En 1989, se vislumbró una nueva forma para prevenir la tortura. El Consejo de Europa a partir de los aprendizajes de diversos mecanismos de protección de los derechos humanos a nivel universal y regional, así como las medidas que el propio Comité Internacional de la Cruz Roja realiza para la supervisión de las condiciones de las víctimas de los conflictos armados, incluidos los prisiones de guerra, optó por crear un mecanismo conformado por expertos/as independientes para visitar los lugares en los que las personas están privadas de libertad de los países parte de dicho Convenio, con el propósito de prevenir actos de tortura o cualquier otro trato o pena cruel, inhumano o degradante.[20]

Después de la experiencia del Comité Europeo para Prevenir la Tortura, los Estados miembro de la Organización de las Naciones Unidas aprobaron el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura u Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,[21] a través del que crearon un mecanismo dual de prevención de la tortura, uno de origen internacional y otro a nivel local en cada uno de los Estados parte del Protocolo. El mecanismo internacional se denomina Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura compuesto por diez

19 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/RES/62/170, de 13 de diciembre de 2006, artículo 15.

20 Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura u Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptado el 1 de febrero de 1989.

21 Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura u Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptado en New York por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2002.

expertos/as independientes (artículo 2), y el local se llama Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (artículo 3).

Además de estos nuevos mecanismos para prevenir la tortura, en 2004 publicó el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, también conocido como el Protocolo de Estambul. Dicho Protocolo es una guía práctica para el personal de salud (médicos, psicólogos, psiquiatras, etc.) para documentar casos de tortura.[22]

Adicional a los mecanismos de prevención y documentación antes mencionados, está la creación de diversos mecanismos para atribuir la responsabilidad subjetiva o personal, en la que las personas físicas deben ser sancionadas por la comisión de actos de tortura. Si bien gran parte del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos enfocado a la prohibición de la tortura establece que se debe sancionar la tortura, a través del derecho penal a nivel interno, se ha desarrollado también una vertiente del derecho penal internacional desde la instalación de los Tribunales Penales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio, pasando por los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, y los tribunales mixtos para Sierra Leona, Timor Leste, y Camboya, hasta la creación de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma establece que una de las conductas prohibidas que forma parte de los crímenes de lesa humanidad y de guerra es la tortura, la cual no exige para su encuadre legal que el perpetrador/a de la misma sea una autoridad.[23]

III. Desarrollo normativo de la prohibición de la tortura a nivel internacional

Como se describió en el apartado, la Convención contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas y la Convención In-

[22] Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Serie de Capacitación Profesional Nº 8 Rev.1. Nueva York y Ginebra, 2004.

[23] Estatuto de Roma. Aprobado el 17 de julio de 1998, enmendado el 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.

teramericana para Prevenir y Sancionar la Tortura definen lo que se entiende por tortura. Desde entonces han existido avances significativos tanto en los alcances de la obligación de prohibir la tortura, así como de su contenido. Este apartado dará cuenta en forma breve de los más relevantes para el autor.

3.1. Carácter inderogable de la tortura

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la prohibición de la tortura forma parte de las normas de *ius cogens*, es decir, son normas de orden público internacional que no admiten pacto en contario, inclusive en los momentos más difíciles de gobernabilidad del Estado, o en situaciones de conflicto armado.[24] El carácter inderogable también está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al establecer la prohibición de la tortura como parte de los derechos humanos que nunca se pueden suspender bajo ninguna circunstancia.[25]

3.2. Severidad (grave) de los dolores o sufrimientos

Los elementos que conforman la definición de la tortura han sido analizados por la doctrina para desentrañar en que consiste cada uno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos aprovechó la oportunidad de hacerlo en el caso Bueno Alves contra Argentina. En dicho caso se determinó que con relación a si los dolores o sufrimientos infligidos llegan al umbral de considerarse actos de tortura debe de tomarse en cuenta los factores endógenos, es decir, "la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar", y los exógenos, que son "las

[24] Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 76.

[25] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27.

condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal".[26]

3.3. Violación sexual como forma de tortura

En diversas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado casos en los que existen hechos de violencia sexual que han sido determinado como tortura. Uno de los casos más emblemáticos es el Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, en el que se reafirmó que la "violencia sexual cometida por agentes estatales, mientras las víctimas se encuentran bajo su custodia, es un acto grave y reprobable", en particular las violaciones sexuales "constituyen experiencias sumamente traumáticas que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima 'humillada física y emocionalmente', situación difícilmente superable por el paso del tiempo", y resalta que "Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales". La violencia sexual como forma de tortura ha sido analizada por diversos organismos internacionales -Consejo de Seguridad, tribunales penales internacionales-, y han coincidido que se utiliza como "una forma intencional y dirigida de control social".[27]

3.4. Violencia familiar o doméstica y tortura

En el informe anual de actividades de 2007 presentado por el Relator contra la Tortura de la Organización de Naciones Unidas, Manfred Nowak, se hace un comparativo entre los elementos que constituyen actos de tortura y su semejanza con la violencia fa-

[26] Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 83.

[27] Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párrs. 196 y 200.

miliar y doméstica. En el documento se señala que las mujeres víctimas de tortura y de violencia familiar/doméstica sufren en ambos casos: (i) golpes, patadas, estrangulamientos, acuchillamientos y quemaduras; (ii) violación y otras formas de violencia sexual; (iii) una escalada de violencia que las deja desfiguradas, mutiladas o muertas; y (iv) depresión, ansiedad, y baja autoestima. También se indica en el informe, que las mujeres difícilmente se pueden alejar del contexto violento en el que viven, en virtud de que las leyes se lo impiden, por ejemplo, prohibiendo el divorcio, que puedan heredar, u obtener propiedades, así como, limitando sus posibilidades para obtener la custodia de sus hijos/as. Y, aun cuando el Estado tenga leyes vigentes que sancionen la violencia contra las mujeres, si ésta es ineficaz, se puede considerar que se incumple la obligación de prevenir la tortura.[28]

3.5. Mutilación Genital Femenina y Tortura

En el informe del Relator contra la Tortura, Manfred Nowak se indica que la Mutilación Genital Femenina inflige dolores y sufrimientos graves a las mujeres, y éstos se incrementan dependiendo de las herramientas utilizadas para realizarla. El dolor o sufrimiento hace que las mujeres entren en shock, y les genera una serie de consecuencias, desde infecciones de diversa índole hasta dificultades para ejercer sus derechos sexuales y derechos reproductivos. En la gran mayoría de las ocasiones, la práctica se realiza cuando las mujeres cumplen 10 años de vida. Esta práctica puede ser contraria a las obligaciones para prevenir y sancionar la tortura, ya sea que el Estado tenga vigente legislación que la permita, o bien, no realice acciones para evitarla, más aún si se considera que las mujeres no serían aceptadas socialmente en sus comunidades si no se practican esta mutilación.[29]

---

[28] Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Manfred Nowak, del 15 de enero de 2008, párrs. 44-49. (A/HRC/7/3)

[29] Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Manfred Nowak, del 15 de enero de 2008, párrs. 50-55. (A/HRC/7/3)

3.6. Trata de personas y Tortura

El Relator contra la Tortura, Manfred Nowak, señaló que el contexto en que las víctimas de trata viven, podría considerarse una forma de tortura si se tome en cuenta que viven privadas de libertad, en constante vigilancia, sometidas al uso forzado de drogas, golpes, y humillaciones como forma de control, y trabajan periodos extensos (18 a 24 horas al día).[30]

3.7. Castigos corporales a niños y niñas, y Tortura

El Relator contra la Tortura recabó información sobre la práctica de castigos corporales en la casa, en las escuelas, en instituciones estatales y en centros de justicia juvenil, y pudo constatar que la práctica era legal y culturalmente aceptada. Entre algunas de las prácticas para implementar los castigos corporales están el uso de cinturones, bastones y sandalias para golpear a los niños y niñas. Estas prácticas causan dolores o sufrimientos físicos o mentales severos, e incluso han causado la muerte de niños y niñas, por ello sostuvo que estas conductas son inconsistentes con la obligación de prohibir la tortura.[31]

3.8. Castigos corporales a niños y niñas, y Tortura

En el informe del Relator contra la Tortura, Manfred Nowak se estudió las condiciones que viven las personas con discapacidad y su relación con la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De la investigación se pudo constatar que las personas con discapacidad comúnmente son institucionaliza-

30 Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Manfred Nowak, del 15 de enero de 2008, párrs. 56-58. (A/HRC/7/3)

31 Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Theo van Boven, del 2 de julio de 2002, párrs. 46-48. (A/57/173)

das, sea en reclusorios, centros de asistencia social, orfanatos, y hospitales psiquiátricos. Esta institucionalización es prolongada y sin su consentimiento, y durante su privación de libertad son amarradas, mantenidas en aislamiento prolongado, sometidas a todo tipo de violencia sexual, y en ocasiones a experimentaciones científicas.[32]

IV. México y la Prohibición de la Tortura

4.1. México y la Prohibición de la Tortura a nivel internacional

México es parte de la Organización de las Naciones Unidas, por lo que se encuentra vinculado a los preceptos de la Declaración Universal desde ese momento. Asimismo, México formó parte de los Estados miembro de la Organización de Estados Americanos desde sus inicios, y de la misma forma que con la DUDH, la Declaración Americana de Derechos y Deberes el Hombre le vincula. A su vez, México ha ratificado los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que le establecen la obligación de prohibir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre los que destacan varios de los anteriormente expuestos, los Cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo I a los Cuatro Convenios de Ginebra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

[32] Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Manfred Nowak, del 28 de julio de 2008. (A/63/175)

Como parte de las obligaciones convencionales, México ha participado en siete procesos de informes periódicos con el Comité contra la Tortura (CAT/C/MEX/CO/5-6, CAT/C/MEX/CO/4, SUPLEMENTO NO. 44 - A/52/44, SUPLEMENTO No. 44 - A/48/44, y SUPLEMENTO No. 46 - A/44/46). Este comité además visitó a México en 2003 como parte de su facultad de investigación y determinó que en México existe una práctica sistemática de tortura (CAT/C/75). También se ha determinado la responsabilidad internacional del Estado mexicano en la única queja que se ha presentado por la detención y tortura de cuatro personas en Baja California. (CAT/C/55/D/500/2012). Asimismo, la Relatoría contra la Tortura ha realizado dos visitas oficiales a México, una en los años noventa por el ya fallecido Sir Nigel Rodley (E/CN.4/1998/38/ADD.2), y otra por Juan Méndez (A/HRC/28/68/ADD. 3). Finalmente, ha recibido dos visitas del Subcomité para Prevenir la Tortura (CAT/OP/MEX/1), y desde 2007, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en su calidad de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura ha llevado a cabo una serie de visitas a centros de reclusión en todo México.[33]

Además de los pronunciamientos de los organismos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos se han pronunciado en diversas ocasiones en casos contra México en los que se determina que hubo tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sólo haré referencia al caso Martin Del Campo Dodd, aunque hay más pronunciamientos al respecto, y de la Corte Interamericana, van desde el caso Rosendo Radilla, los casos de Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú, el caso García Cruz y Sánchez Silvestre, y el caso de Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera.[34]

[33] *http://www.cndh.org.mx/MNPT-Informes*

[34] En este caso particular la Corte Interamericana no se pronunció directamente porque se hubiesen violentado las obligaciones en materia de prohibición de la tortura, pero instruyó a México a investigar y en su caso sancionar las conductas en contra de los señores Montiel y Cabrera.

4.2. México y la implementación de sus obligaciones en materia de prohibición de la tortura a nivel local

En México el 27 de mayo de 1986, se publicó la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura,[35] misma que fue sustituida por una ley del mismo nombre en 1991.[36] La publicación de esta ley en 1986, parecía el camino a la erradicación de la tortura en México, sin embargo, en virtud de la composición como Estado Federal, todas y cada una de las jurisdicciones estatales debía emitir un tipo penal de tortura, lo cual sucedió a mediados de inicios del siglo XXI. No obstante lo anterior, la práctica de la tortura ha persistido y la impunidad de los actos continúa, siendo uno de los factores la diversidad de tipos penales para sancionar la tortura, cuestión que fue atendida el 26 de junio de 2017 con la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.[37] Esta ley, además de homologar el delito de tortura a nivel nacional, establece una serie de delitos asociados, así como responsabilidades de diversas autoridades por la comisión de la tortura y la complicidad para dejar de actuar ante estos actos. También se prescribe en esta ley diversas herramientas pensadas para prevenir la tortura, entre ellas el fortalecimiento de los mecanismos de supervisión de las detenciones, y la creación de un Programa Nacional en la materia.

La problemática de la tortura es preocupante en México y la información demuestra su ascenso en los últimos diez años.[38] La práctica de la tortura se ha hecho más notoria en parte por la buena práctica asumida por los jueces y juezas constitucionales de dar vista al Ministerio Público cuando conocen de indicios de

---

35 *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4795004&fecha=27/05/1986*

36 *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4768858&fecha=27/12/1991*

37 *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5488016&fecha=26/06/2017*

38 Para más información consultar: Denise González-Núñez (2018) The widespread use of torture in Mexico and its impacts on the rule of law, The International Journal of Human Rights, 22:10, 1335-1354, DOI: 10.1080/13642987.2018.1556901

que existieron actos de tortura, lo anterior se ha expresado de la siguiente forma: "Consecuentemente, cuando los órganos jurisdiccionales, con motivo de sus funciones, tengan conocimiento de la manifestación de una persona que afirme haber sufrido tortura, oficiosamente deberán dar vista con tal afirmación a la autoridad ministerial que deba investigar ese probable ilícito."[39]

V. Conclusiones

A setenta años de la aparición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en ella, la prohibición de la tortura, el derecho internacional de los derechos humanos ha gestado una serie de herramientas destinadas a la erradicación de esta práctica, que van desde la creación de tratados internacionales con obligaciones concretas a realizar, el origen y funcionamiento de diversos mecanismos de supervisión, como la Relatoría contra la Tortura, el Comité contra la Tortura, el Subcomité para Prevenir la Tortura, la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión y Corte Africanas de Derechos Humanos, los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura, entre otros. Asimismo, se ha creado una herramienta para documentar de mejor manera la tortura, conocida internacionalmente como Protocolo de Estambul. Además, el entendimiento de lo que es y no es tortura también ha ido evolucionando y ha considerado en el proceso la aplicación del enfoque diferencial para entender como ciertas prácticas impactan a las diversas personas, a partir de sus características y condiciones. México, como parte de todo este desarrollo internacional, ha interactuado con estos diversos mecanismos, y se ha creado normatividad para erradicar esta práctica.

[39] Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Actos de tortura. Cuando los órganos jurisdiccionales, con motivo de sus funciones, tengan conocimiento de la manifestación de una persona que afirme haberlos sufrido, oficiosamente deberán dar vista con tal afirmación a la autoridad ministerial que deba investigar ese probable ilícito. Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2 Pag. 1107. Reg. 2001218

El Derecho a la Personalidad Jurídica

*Salvador Herencia Carrasco**

Sumario: I. Introducción II. La Personalidad Jurídica en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos III. La Personalidad Jurídica en el Sistema de Naciones Unidas. IV. Conclusiones

I. Introducción

El derecho a la personalidad jurídica se encuentra reconocido en los principales instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, "DIDH"). La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, (en adelante, "DADDH")[1] la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, "DUDH"),[2] el Pacto Internacional de Dere-

* Director de la Clínica de Derechos Humanos del Centro de Investigación y Enseñanza en Derechos Humanos (HRREC) de la Universidad de Ottawa y catedrático del curso de Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Correo electrónico: shere045@uottawa.ca

1 *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,* O.E.A. Res. XXX, adoptada en la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (1948).

2 *Declaración Universal de Derechos Humanos*, GA Res 217A (III), UNGAOR, 3rd Sess, Supp No 13, UN Doc A/810 (10 de diciembre de 1948).
Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

chos Civiles y Políticos[3] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH"),[4] entre otros, la reconocen y es la base para analizar el resto de otros derechos establecidos en dichos instrumentos.

En este contexto, es precisamente la DADDH[5] el instrumento que mejor desarrolla el contenido y alcance de este derecho:

> Artículo XVII. Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

Como se puede observar, la personalidad jurídica puede ser descrita como "el derecho a tener derechos".[6] Sin embargo, ha sido la jurisprudencia de los tribunales internacionales y Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, "ONU") lo que han permitido precisar su contenido, particularmente frente a situaciones de discriminación de grupos de especial protección.

Este artículo es parte de una publicación que conmemora los setenta años de la DADDH y de la DUDH. En lo que correspon-

---

3 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 19 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171, No 47 (entrada en vigor el 23 de marzo de 1976).
Artículo 16. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

4 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, 9 I.L.M. 99 (entrada en vigor el 7 de julio de 1978).
Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

5 Sin querer desmerecer la importancia que tuvo la Declaración Americana en el desarrollo del DIDH, quisiera manifestar la necesidad de que los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos adopte una resolución que modifique el término "del Hombre", por el "de las personas". La DADDH es un instrumento de plena aplicación a los 35 Estados que integran este foro y es el instrumento que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos utiliza para medir el cumpliemiento de los Estados que no han ratificado la CADH.

6 Andreu Guzmán, Federico, "Artículo 3. Derecho a Reconocimiento de la Personalidad Jurídica", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Fundación Konrad Anenauer, 2014, p. 100.

de a la personalidad jurídica, el objeto es analizar cuál ha sido la interpretación que los organismos internacionales de DDHH le han dado a este derecho, con el fin de establecer su relevancia así como la identificación de temas que ameritan un mayor desarrollo. En el caso de la DADDH, se utilizará principalmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH"), mientras que en el caso de la ONU, se priorizará las opiniones de los distintos Comités.

Quisiera terminar esta introducción con una confesión personal. Cuando recibí la invitación por parte de los editores para participar en esta publicación, debo confesar que tuve cierta reticencia en aceptarla pues al ver que la invitación se refería al derecho a la personalidad jurídica, inmediatamente recordé con pavor mis clases de Derecho Civil y los atributos de la personalidad. Si la memoria no me falla, creo que esto fue incluso una de las preguntas de mi examen final en el curso de Derecho Civil en mi primer año de la carrera.

Yo acepté la invitación pensando que la mayor parte del contenido se centraría en el estudio de la desaparición forzada de personas a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que implicaría analizar también los derechos a la libertad y seguridad personales, entre otros. Sin embargo, al realizar la investigación pude constatar que el derecho a la personalidad jurídica no solo se centraba en temas de desaparición sino que esta ha tenido una aplicación muy importante en la protección de los derechos a la tierra y al territorio[7] de pueblos indígenas[8] y recientemente en el reconocimiento de la igualdad de género.

Si bien veremos cómo ha sido el desarrollo de esta jurisprudencia, es importante resaltar que el derecho a la personalidad jurídica puede y debe ser utilizado como medio para la elimina-

[7] Ver: Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 11: Pueblos Indígenas y Tribales*, San José, Corte IDH, 2015.

[8] Ver: Quintana, Karla y Flores, Rogelio (coord.), *Los derechos de los Pueblos Indígenas: Una visión desde el Sistema Interamericano de Proteccion de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

ción de barreras en el ejercicio de derechos. Si bien la desaparición forzada se centra en la remoción de la víctima del amparo de la ley, en el caso de los pueblos indígenas y de la personas LGBTI, esto se centra en la remoción de límites impuestos por la ley.

Esto es importante pero, y esto lo veremos en las conclusiones, a lo mejor el derecho a la personalidad jurídica debería también centrarse en el estudio de las condiciones materiales para el ejercicio de estos derechos. Si bien esto se relaciona con el derecho a la igualdad (Art. II de la DADDH y Art. 1 y 24 de la CADH), la personalidad jurídica podría contribuir a dar una mejor respuesta para la protección, ejercicio y goce de los derechos humanos de las personas.

II. LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Tanto la DADDH como la CADH reconocen el derecho a la personalidad jurídica pero es el Art. XVII de la Declaración que mejor precisa su contenido. Esta norma, que es aplicable para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos y es fuente de interpretación para la Corte IDH, tiene dos elementos principales: (i) el reconocimiento de este derecho se aplica a toda persona; y (ii) el ejercicio de este derecho se aplica en todo lugar sujeto a la jurisdicción del Estado.

Cabe destacar que este derecho no es absoluto pues más allá de su lenguaje amplio, se acepta que el Estado puede regular el ejercicio o adquisición de esta capacidad. Esto se refiere a temas de edad, capacidad mental o situación de personas privadas de libertad. Lo que no se permite es la restricción injustificada o arbitraria en el ejercicio de este derecho, tal como lo desarrollará la jurisprudencia de la Corte IDH.[9]

[9] Ver: Suárez López, Beatriz Eugenia y Fuentes Contreras, Édgar Hernán, "Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica: Concepto y Desarrollo en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XVIII, núm. 36, julio-diciembre, 2015, pp. 65-80.

La discusión con respecto a la conveniencia de incluir e derecho a la personalidad jurídica en la DADDH[10] se centró en la posible duplicidad que éste podría tener con el derecho a la igualdad, la cual ya estaba recocido en el Art. II del mismo instrumento. Por ejemplo, en la discusión respecto a la aprobación del Art. XVII de la DADDH, la posición del delegado de México contribuyó a mantener tanto el derecho a la igualdad como el derecho a la personalidad jurídica en dicho instrumento de forma autónoma. El argumento presentado fue el siguiente:

> El Artículo II se refería a la igualdad de todos los hombres ante la Ley, y el Artículo XVII contemplaba el derecho de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas, suprimiendo así toda posibilidad de esclavitud y de la llamada *capitis diminutio* del derecho romano (es decir, la incapacidad de las personas para disfrutar de los derechos y ser sujetos de obligaciones). Dijo que, en su opinión, éste era uno de los artículos que daban mayor altura al proyecto; y que, en consecuencia, su delegación se oponía a que fuera suprimido.[11]

No se puede negar la relación que existe entre ambos derechos pues ambos procuran reconocer que no existe una supremacía entre las personas pero si bien el Art. II es un principio/derecho de igualdad y no-discriminación, la personalidad jurídica es el medio bajo el cual permite a la persona desarrollarse pero a su vez, nos permite identificar límites o barreras en la ley que puedan ser violatorias de los derechos humanos.

Un aspecto adicional que se debe tener en cuenta es la relación existente entre la DADDH y la CADH. Si bien estos son instrumentos distintos, tanto la Comisión Interamericana como la Corte IDH han utilizado estos instrumentos para interpretar y precisar las obligaciones en derechos humanos por parte de los Estados en las Américas. Esta relación es posible dado el contenido del Art. 29, literal d) de la CADH:

---

[10] Sobre el proceso de discusión y elaboración de la DADDH, ver: Paúl, Álvaro, *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y del origen remoto de la Corte Interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

[11] *Ibid*, p. 279.

> Artículo 29. Normas de Interpretación
>
> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
>
> d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De forma complementaria, la Corte IDH ha precisado que por más que la DADDH no sea un tratado, los Estados no están exentos de cumplir con lo establecido en ella en su calidad de miembros de la Organización de Estados Americanos:

> 46. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.
>
> 47. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto.[12]

Es importante tener en cuenta lo anterior pues el objeto de este estudio es analizar el impacto de la DADDH. En el caso del derecho a la personalidad jurídica, este se centra en el uso que la Corte IDH da al Art. XVII de la DADDH y al Art. 3 de la CADH para definir el conjunto de obligaciones sobre la materia. En este sentido, la Corte IDH ha utilizado la DADDH como un instrumento interpretativo para desarrollar el contenido de la CADH. Ya en el caso *Bámaca Velásquez*, la Corte IDH determinó de forma muy escueta este punto y relación entre estos instrumentos:

[12] Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva del 14 de julio de 1989, Serie A 10, párrs. 46-47.

> 178. El artículo 3 de la Convención establece que "[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.
>
> 179. El citado precepto debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (...).El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes.[13]

La jurisprudencia de la Corte IDH se ha centrado mayoritariamente a analizar el derecho a la personalidad jurídica en el ámbito de las desapariciones forzadas y en el reconocimiento de pueblos indígenas. Con la adopción de la Opinión Consultiva OC-22/17, se contribuye a analizar este derecho en el caso de identidad de género.

La Corte IDH ha establecido que el derecho a la personalidad jurídica "(...) implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes".[14] Sobre la base de esta definición general, la Corte IDH ha desarrollado una serie de elementos para asegurar su protección, goce y ejercicio:

- el Estado no puede derogar este derecho pues no se encuentra bajo las causales establecidos en el Art. 27 de la CADH;[15]
- el Estado tiene el deber de adoptar los medios necesarios para que este derecho sea ejercido de forma libre y plena por las personas sujetas a su jurisdicción;[16]

---

13 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C 70, párrs. 178-179.

14 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C 130, párr. 176.

15 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 282, párr. 265.

16 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay,* **Sentencia de 29 de marzo de 2006 (**Fondo, Reparaciones y Costas**), Serie C 146, párr. 189.**

- el no reconocimiento de este derecho viola, como mínimo, el derecho a la dignidad de toda persona o grupo de personas las coloca en una situación de vulnerabilidad;[17] y
- el no reconocimiento impide el ejercicio personal de derechos subjetivos y de realizar actos personales o patrimoniales.[18]

A continuación se presentarán algunos de los principales lineamientos establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH referido al derecho a la personalidad jurídica.[19]

1. La Personalidad Jurídica y la Desaparición Forzada de Personas

La desaparición forzada de personas es uno de los crímenes internacionales que el SIDH más ha desarrollado,[20] incluyendo casos emblemáticos contra México.[21] Desde el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH ha establecido que la desaparición forzada "(...) constituye una violación múltiple y continuada de nume-

17 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *supra* note 14, párr. 179.

18 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* note 13, párr. 179.

19 Para efectos de este artículo, los ejemplos y estándares se centrarán en lo desarrollado por la Corte IDH. Sin embargo, se debe resaltar el papel que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido en todo este proceso. Tanto en el litigio de estos casos como en la publicación de informes temáticos, la Comisión ha contribuido significativamente en los desarrollos que el derecho a la personalidad jurídica ha tenido en el SIDH.

20 Ver: Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*, San José, Corte Interamericana y GIZ, 2017.

21 Ver: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia del 6 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 205; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia del 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 209; Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México*, Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 370;

rosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar".[22] De acuerdo a la práctica de la Corte IDH, la perpetración de este delito es una violación a una norma de Ius Cogens.[23]

La relación entre la desaparición forzada con la violación al derecho a la personalidad jurídica se estableció en el caso *Anzualdo Castro,* pues anteriormente la Corte IDH había descartado esta relación dado que no habían llegado casos que ameritasen analizar la responsabilidad del Estado frente al Art. 3 de la CADH por casos de desaparición forzada.[24] Sin embargo, un examen detenido de la definición de este crimen en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas sí permitiría este tipo de análisis.[25]

Para la Corte IDH, la justificación por el qué la desaparición forzada de personas constituía en una violación del derecho a la personalidad jurídica, reconsiderando su posición anterior que había desestimado el análisis de este derecho para este tipo de casos fue la siguiente:

---

22 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C 4, párr.155.

23 Ver: Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", *Nordic Journal of International Law*, No. 81, 2012, pp. 507-536.

24 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* note 13, párr. 180.

25 *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, 9 de junio de 1994, 33 I.L.M. 1429 (entrada en vigor el 28 de marzo de 1996).
El Artículo II define la desaparición forzada de personas de la siguiente forma:
ARTICULO II
Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

> 90. (...) dado el carácter múltiple y complejo de esta grave violación de derechos humanos, el Tribunal reconsidera su posición anterior y estima posible que, en casos de esta naturaleza, la desaparición forzada puede conllevar una violación específica del referido derecho: más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional.[26]

En este tipo de situaciones, dado el carácter pluriofensivo de la desaparición forzada de personas, la Corte IDH determinó que el acto de sustraer a la víctima del amparo de la ley, lleva a una violación del derecho a la personalidad jurídica. Siguiendo el mismo caso *Anzualdo Castro*, la Corte IDH determinó que:

> 101. (...) en casos de desaparición forzada de personas se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, en una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos.[27]

Esto luego fue reafirmado por la Corte IDH en varios casos, incluyendo el caso *Radilla Pacheco*:

> 156. Este derecho representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate y si los puede ejercer, por lo que la violación de aquel reconocimiento hace al individuo vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser

[26] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, Sentencia de 22 de septiembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 202, párr. 90.

[27] Ibid, párr. 101.

> ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho.[28]

En el caso *Chitay Nech*, la Corte IDH hace énfasis en las obligaciones positivas que tiene el Estado para garantizar el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica:

> 99. (...) el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares. Dicho reconocimiento determina su existencia efectiva ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana.[29]

En el caso de una desaparición forzada de personas, el foco de atención es la sustracción de la persona de la protección de la ley, tal como quedó consolidado en el caso *Rodríguez Vera*.

> 323. (...) la ejecución de una desaparición forzada conlleva la vulneración específica del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, debido a que la consecuencia de la negativa a reconocer la privación de libertad o paradero de la persona es, en conjunto con los otros elementos de la desaparición, la "sustracción de la protección de la ley" o bien la vulneración de la seguridad personal y jurídica del individuo que impide directamente el reconocimiento de la personalidad jurídica. En el presente caso, el Tribunal considera que las presuntas víctimas desaparecidas forzadamente fueron puestas en una situación de indeterminación jurídica, que impidió su posibilidad de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, por lo cual conllevó una violación de su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.[30]

---

28 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *supra* note 20, párr. 156.

29 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 212, párr. 99.

30 Corte IDH.*Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, Sentencia del 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 287, párr. 323.

Sobre la base de lo anterior, la Corte IDH ha establecido, desde el caso *Anzualdo Castro*, la relación existente entre una desaparición forzada con la violación al derecho a la personalidad jurídica. En este tipo de casos, la sustracción del amparo de la ley impide a la persona de presentar recursos judiciales o de actuar en un plano de igualdad así como la violación directa de otros derechos como la integridad personal o la libertad. La relación entre la DADDH y la CADH con respecto a la personalidad jurídica, permite consolidar la protección de las personas frente a este tipo de crímenes.

2. La personalidad jurídica colectiva de los Pueblos Indígenas

Un segundo ámbito de desarrollo del Art. XVII de la DADDH y del Art. 3 de la CADH ha sido con respecto al reconocimiento jurídico del derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas. Este reconocimiento colectivo ha sido de suma importancia para el desarrollo del marco actual de protección de los pueblos indígenas en el SIDH.[31] La dimensión colectiva ha sido objeto de especial atención para los pueblos indígenas, particularmente en el desarrollo del Art. 21 de la CADH,[32] relativo al derecho a la propiedad.[33]

Si bien el derecho a la personalidad jurídica está redactado de una forma que se entiende la protección de derechos individuales, la Corte IDH ha enfatizado que la interpretación y protección de estos derechos deben ser efectuadas de una forma que permi-

[31] Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 11: Pueblos Indígenas y Tribales*, San José, Corte IDH, 2015.

[32] Ver: Gonza, Alejandra, "Artículo 21- Derecho a la Propiedad Privada" en: Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 503-530.

[33] Ver: Fuentes, Alejandro Fuentes, "Judicial Interpretation and Indigenous Peoples' Rights to Lands, Participation and Consultation. The Inter-American Court of Human Rights' Approach", *International Journal on Minority and Group Rights*, No. 23:1, 2016, pp. 39-79.

ta el ejercicio útil de estos derechos. Esto cobra especial relevancia para los pueblos indígenas. Por ejemplo, en el caso de la *Comunidad Moiwana*, la Corte IDH determinó que si bien Surinam reconocía el ejercicio de la personalidad jurídica a los individuos, la legislación del Estado no reconocía a estas comunidades como entidades jurídicas.[34]

Como fue establecido en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, la Corte IDH igualmente reiteró la importancia del Estado de adoptar los medios para asegurar el reconocimiento de la personalidad jurídica, particularmente de aquellas personas de grupos vulnerables:

> 189. Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.[35]

Sin embargo, es en el caso *Saramaka* en el que la Corte IDH establece la importancia del derecho a la personalidad jurídica para asegurar la protección del derecho a la tierra y territorio. Esto es de suma importancia pues la Corte IDH demuestra como el reconocimiento de un derecho debe llevar a cambios legislativos y administrativos para que estos puedan ser efectivos:

> 167. La Corte ha *tratado* en otras ocasiones el tema del derecho a la personalidad jurídica en el contexto de las comunidades indígenas y ha sostenido que los Estados tienen el deber de procurar los medios y condiciones jurídicas en general necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. La cuestión en el presente caso es de distinta

[34] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, Sentencia del 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 124, párr. 86.5.

[35] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 146, párr. 189.

> naturaleza. Aquí la cuestión reside en si la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka lo convierte en inelegible conforme al derecho interno para recibir el título comunal de sus tierras como comunidad tribal y tener acceso igualitario a la protección judicial de sus derechos de propiedad. La cuestión no gira en torno al derecho individual a que el Estado reconozca la personalidad jurídica de cada miembro. En Surinam, todas las personas, sean miembros individuales Saramaka o no, tienen derecho a ser propietarios y a obtener protección judicial contra toda violación de ese derecho individual. Aún así, el Estado no reconoce al pueblo Saramaka como entidad jurídica capaz de usar y gozar de la propiedad comunal como un grupo tribal. Asimismo, el Estado no reconoce al pueblo Saramaka como una entidad jurídica capaz de obtener acceso igualitario a la protección judicial ante toda violación de sus derechos de propiedad comunal.[36]

La anterior cita es extensa pero es relevante al demostrar las dificultades que los pueblos indígenas siguen enfrentando para hacer efectivo sus derechos. Los argumentos del Estado se basan en una falsa alusión de igualdad, circunscribiéndola al ámbito individual. Esto desconoce no sólo la relación comunal que los pueblos indígenas tienen con la tierra sino que reitera conductas de discriminación hacia grupos de especial protección.

Siguiendo con el caso *Saramaka*, la Corte IDH concluye que no se puede equiparar el reconocimiento individual del derecho a la personalidad jurídica a la noción colectiva del mismo, puesto que la suma de estos individuos no representa a la comunidad en su conjunto:

> 169. En un sentido jurídico, estos miembros individuales no representan a la comunidad en su conjunto. Las decisiones correspondientes al uso de tal propiedad individual dependen del individuo y no del pueblo Saramaka conforme a sus tradiciones. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un conjunto ayudaría a evitar esas situaciones, ya que los representantes verdaderos de la personalidad jurídica serían elegidos conforme a sus propias tradiciones y auto-

[36] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 172, párr. 167.

> ridades locales, y las decisiones que afecten la propiedad sería la responsabilidad de aquellas autoridades y no la de los miembros individuales.[37]

Algunos años más tarde, nuevamente en un caso contra Surinam, la Corte IDH reitera gran parte de los planteamientos establecidos en los casos Moiwana y Saramaka relativo a la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas. En el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono, la Corte IDH reitera el incumplimiento de esta obligación por parte del Estado y cómo esta representa una forma de afectación a este derecho:

> 114. (...) ya que el ordenamiento jurídico interno de Surinam no reconoce el ejercicio de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y tribales de manera colectiva, esta Corte considera que el Estado ha violado el artículo 3 de la Convención Americana, en perjuicio de los Pueblos Kaliña y Lokono, en relación con el artículo 2 de la misma.[38]

Más allá de los temas vinculados a la tierra y el territorio, la Corte IDH ha establecido cómo la marginalización de los pueblos indígenas frente a los servicios del Estado puede constituir una violación al derecho a la personalidad jurídica. Si bien la Corte IDH toma en cuenta los esfuerzos de un Estado para revertir situaciones de marginalización histórica, esto no impide determinar su responsabilidad internacional. Por ejemplo, en el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, se hizo énfasis en la importancia de que todas las personas tengan acceso a un registro oficial de identidad:

> 252. Si bien el Estado ha realizado esfuerzos para superar la situación de subregistro de los miembros de la Comunidad, del acervo probatorio se desprende que no ha garantizado el acceso adecuado a los procedimientos de registro civil, atendiendo a la particular situación de vida que enfrentan los miembros de la Comunidad, a fin

[37] Ibid, párr. 169.

[38] Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, Sentencia del 25 de nobiembre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 309, párr. 114.

de lograr la expedición de documentos de identificación idónea a su favor.[39]

Estos casos demuestran la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas frente al Estado. Los casos contra Surinam son significativos dado que la falta de flexibilidad de las normas y la delimitación de la personalidad jurídica a un contexto individual, menoscaban el ejercicio de sus derechos reconocidos en el Art. 3 y Art. 21 de la CADH. A su vez, los casos contra Paraguay demuestran como la ausencia del Estado, en el cual un número significativo de miembros de estos pueblos indígenas no tenían siquiera un documento de identidad o registro civil, representa no solo una violación al Art. 3 de la CADH. Pues si no se sabe cuál es la población beneficiaria ni cuáles son sus necesidades, toda política pública será ineficaz.

3. Personalidad jurídica y derecho a la Identidad de Género

Desde la adopción del caso *Atala Rifo e hijas*,[40] la Corte IDH ha adoptado una serie de sentencias[41] con respecto a los derechos de las personas LGBTI.[42] Sin embargo, la Opinión Consultiva[43]

39 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, Sentencia del 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 214, párr. 252.

40 Ver: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas. vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 239.

41 Ver: Javier Corrales, "Understanding the Uneven Spread of LGBT Rights in Latin America and the Caribbean 1999-2013" (2017) 7:1 *Journal of Research in Gender Studies*, No. 7:1, 2017, pp. 52-82.

42 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 19: Derecho de las Personas LGBTI*, San José, Corte IDH, 2018.

43 Ver: Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva del 24 de noviembre de 2017, Serie A 24.

de la Corte IDH establece un marco de protección de suma importancia, el cual ha contribuido para el desarrollo de derechos y normas en algunos Estados parte de la CADH.

En lo que corresponde al derecho a la personalidad jurídica y la identidad de género, la Corte IDH empieza estableciendo la relación entre ambos, reiterando gran parte de su jurisprudencia, particularmente en lo que corresponde al derecho de pueblos indígenas:

> 103. (...) necesariamente el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares. La falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace a la persona vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares. Asimismo, su falta de reconocimiento supone desconocer la posibilidad de ser titular de derechos, lo cual conlleva la imposibilidad efectiva de ejercitar de forma personal y directa los derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial.[44]

Uno de los aspectos que la Corte IDH tenía que precisar en esta opinión consultiva era con respecto a las obligaciones del Estado con respecto a la identidad de género y los derechos que se desprenden de este reconocimiento, la cual incluye el derecho a que el nombre de la persona guarde concordancia con su género. En este caso, el marco para respetar la identidad sexual y de género de una persona encuentra su protección en la personalidad jurídica, entre otros derechos:

> 115. (...) se puede concluir que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artícu-

[44] Ibid, párr. 103.

> lo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18).[45]

Una vez identificado el marco de derechos aplicable a este caso, la Corte IDH determina que este reconocimiento de la identidad de la persona es indispensable para que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones:

> 115. (...) Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional.[46]

La conclusión a la que llega a la Corte IDH relativo con el marco de protección del derecho a la identidad de género y el cambio de nombre formulada por Costa Rica es que la identidad de género está protegida por una amplia gama de derechos de la CADH, incluyendo la personalidad jurídica, y los Estados tienen la obligación de reconocer y adoptar los medios para asegurar su ejercicio efectivo.

> 116. El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género autopercibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (dere-

[45] Ibid, párr. 115.

[46] Ibid.

> cho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.[47]

La sentencia del caso *Atala Riffo* fue adoptada el 2012, mientras que la Opinión Consultiva fue publicada a fines de 2017. En este lapso de cinco años, el SIDH[48] ha adoptado una serie de estándares para el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI.[49] La relación entre la identidad de género y el derecho a la personalidad jurídica contribuye a establecer medidas concretas que permitan no solo el reconocimiento de este grupo de especial protección sino que amplía el análisis para identificar limitaciones que se mantienen en el ordenamiento jurídico.

III. La Personalidad Jurídica en el Sistema de Naciones Unidas

A diferencia del SIDH, el Sistema de la ONU no ha desarrollado ampliamente el derecho a la personalidad jurídica, por más que este derecho se encuentra reconocido tanto en el Art. 6 de la DUDH como en el Art. 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos. La explicación que se da para este desarrollo más escueto es que tanto los Comités de los diversos tratados de la ONU han dado preferencia a otros derechos,[50] ta-

47 Ibid, párr. 116.

48 En este caso, es de especial importancia el siguiente informe temático: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, Washington, CIDH, 2015,

49 Ver: Hincapié, Sandra y López, Jairo, "Medio Ambiente y Diversidad en el Activismo Legal Transnacional: Agenda y Redes de Presión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Análisis Político*, No. 30, 2017, pp. 18-36.

50 Ver: Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

les como la igualdad y no-discriminación o el derecho al debido proceso.[51]

En el proceso de elaboración de la DUDH,[52] el texto original referido al derecho a la personalidad jurídica establecía la posibilidad de establecer límites:

> Artículo 12. Todos tienen el derecho a la personalidad jurídica. Nadia podrá ser restringido en el ejercicio de sus derechos civiles excepto por motivos basados en la edad o condición mental, así como sanción por una ofensa criminal.[53]

Sobre este punto cabe destacar que por más que tanto la versión final del texto de la DUDH como de la DADDH no establecen límites, la doctrina entiende que los Estados pueden establecer ciertos límites en la capacidad de actuar de las personas. Por ejemplo, el establecimiento de una edad mínima para contraer matrimonio es una de ellas. La necesidad de este derecho se basaba en reconocer a todas las personas como iguales sujetos de derecho, contribuyendo a poner fin a la esclavitud. También se pretendía que este derecho permitiese a las personas, independientemente de su estatus legal en un Estado, de contraer matrimonio o de celebrar algunos contratos.[54]

Versiones posteriores de este derecho incluían la posibilidad de establecer aun más restricciones:

> Artículo 12. Todos tienen el derecho a la personalidad jurídica. Nadia podrá ser restringido en el ejercicio de sus derechos civiles excepto por motivos basados en la edad o condición mental, así como sanción por una ofensa criminal o bajo otra forma permitida en este instrumento. [55]

---

51 Ver: Sarah Joseph y Castan, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, Tercera edición, pp. 329-339.

52 Ver: Schabas, William, *The Universal Declaration of Human Rights: The Travaux Préparatoires Volume 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

53 Ibid, p. 283.

54 Ibid, p. 805

55 Ibid, p. 713.

En otras versiones, este derecho contemplaba también la posibilidad de contraer matrimonio,[56] pero esta fue posteriormente descartada pues se centraba en aspectos más vinculados a la igualdad y no-discriminación.[57] La principal preocupación con respecto a este derecho era su vinculación con el derecho de acceso a la justicia y la protección de ciudadanos extranjeros.[58]

Luego de una serie de discusiones en la que se muestra una amplia participación de las delegaciones latinoamericanas, se llega a un texto más simple, el cual evite confusión o duplicidad en la aplicación de otros derechos,[59] tales como el derecho de garantías judiciales, no-discriminación o derecho a contraer matrimonio. Posteriormente es que se logra adoptar el texto que se encuentra en el Art. 6 de la DUDH, la cual establece simplemente:

> Artículo 6
>
> Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica

Como se puede observar, el debate frente a la redacción del derecho a la personalidad jurídica en la DUDH tuvo mayor énfasis en diferenciar entre la capacidad de actuar y la titularidad de derechos, teniendo en cuenta algunos problemas de especial preocupación: esclavitud, discriminación contra las mujeres y las personas extranjeras. Al dejar un contenido mínimo, la DUDH permite aplicar esta disposición a distintos contextos. Sin embargo, la práctica del sistema de la ONU ha sido más escueta, centrando su análisis en la capacidad de las mujeres de contratar, la protección de personas contra la desaparición forzada de personas y la protección de niños.[60]

---

56 Ibid, p. 839.

57 Ibid, p. 858.

58 Ibid, p. 861.

59 Ibid, p. 2312-2319.

60 Ver: Sarah Joseph y Castan, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, *supra* note 51, pp. 337-339.

IV. Conclusiones

El objeto del presente artículo fue demostrar la interpretación que los órganos internacionales de derechos humanos, principalmente la Corte IDH, le ha dado al derecho a la personalidad jurídica. En este punto, se debe destacar el papel que los países latinoamericanos han tenido para que este derecho esté en los instrumentos del DIDH. Tanto en la negociación de la DUDH como en la adopción de la DADDH, los países de nuestra región reconocieron la importancia de tener un reconocimiento expreso del derecho a la personalidad jurídica.

En el caso del SIDH, la Corte IDH ha reconocido la aplicación de este derecho, reconocido tanto en el Art. XVII de la DADH y el Art. 3 de la CADH, para temas relativos a la nacionalidad, pueblos indígenas, personas LGBTI y como uno de los derechos violados en casos de desaparición forzada de personas. Este marco debería contribuir a darnos herramientas para analizar si nuestros marcos jurídicos o incluso políticas públicas no están haciendo lo suficiente para garantizar el ejercicio de la personalidad jurídica a las personas, particularmente a las personas que pertenecen a grupos de especial protección.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: su importancia actual y su desconcertante futuro

Patricia del Arenal Urueta

> Artículo 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Introducción

Si Eleanor Roosevelt o René Cassin pudieran regresar a la vida por arte de magia y analizar la utilidad práctica de las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que contribuyeron a redactar, probablemente se encontrarían alegremente sorprendidos al ver que el artículo 6 hoy puede servir como punto de origen de una discusión tan compleja como ineludible, y que versa sobre la posibilidad de identificar el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica de sujetos distintos a los seres humanos, algunos vivos, como los chimpancés, pero también de otros entes como los ríos o del medio ambiente en general, e incluso de la inteligencia artificial.

Los redactores de la Declaración (en adelante, la DUDH) quizás también sentirían satisfacción al ver que la decisión de mantener este artículo ha permitido dar fundamento jurídico a

conversaciones sobre derechos a los que ahora atribuimos una relevancia que entonces estaba lejos de ser obvia: por ejemplo, el reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, el derecho de las víctimas de desaparición forzada a no perder la titularidad de sus derechos, entre otros.

El propósito de este comentario es reflexionar sobre el potencial práctico de un derecho humano cuya relevancia suele darse por sentada. Efectivamente, a primera vista, su alcance parecería no ser problemático ni exigir demasiada reflexión. Sin embargo, mi propósito es demostrar que, contrario a esa primera impresión, hay razones para discutir sobre su significado y, a partir de ello, revalorar su importancia en el discurso de los derechos humanos. Estructuro la argumentación en cuatro apartados para analizar (i) su origen; (ii) su relevancia práctica hasta ahora; (iii) sus complejidades conceptuales; y (iv) su posible fundamento filosófico.

I. Su origen

Como se adelantaba, una primera lectura del artículo 6 quizás sugeriría que su significado es autoevidente o incluso que su presencia en la DUDH es innecesaria por redundante.[1] Su preámbulo ya incluye diversas referencias a la igualdad y la dignidad como fundamento de la misma. Además, el artículo 7 de la DUDH pros-

[1] Pese a esas dudas, cabe destacar que el derecho a la personalidad jurídica está reconocido en la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes. El artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reitera esta protección en los mismos términos que la Declaración. Lo mismo el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos también protege este derecho en su artículo 5, al señalar que "todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal." Es interesante notar que este derecho no encuentra una protección equivalente en la Convención Europea de Derechos Humanos o en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según Daniel Thym esto obedece, precisamente, a que se consideró un derecho autoevidente. *Cfr*, Thym Daniel "Ambiguities of Personhood, Citizenship, Migration and Fundamental Rights in EU Law", en *Constructing the Person in EU Law*, editado por Loic Azoulai, *et al.*Oxford y Portland, Oregon, 2016. p. 112.

cribe la discriminación legal.[2] Lógicamente, para que una persona pueda ser igual ante la ley primero debe ser reconocida en cuanto tal por el orden jurídico. Por todo ello, no sorprende saber que algunos de los creadores de la DUDH mostraron escepticismo sobre la pertinencia o el potencial práctico de esta cláusula en particular.

De acuerdo con Johannes Morsink, serias dudas anteceden la decisión de incluir este derecho a la DUDH, al cual, curiosamente, él mismo califica como atípico. Según comenta, cada vez que los redactores recordaban las violaciones cometidas en contra de este derecho durante el régimen Nazi cuestionaban su utilidad y consideraban que era demasiado básico para ser incluido.[3]

Su inclusión en el primer texto propuesto tiene orígenes curiosos. Morsink narra que John P. Humphrey, encargado de preparar un primer borrador, investigó qué derechos ya estaban protegidos por las constituciones de los países miembros del sistema de Naciones Unidas. Respecto a la protección de la "personalidad legal", encontró que las constituciones de Bélgica[4] y Grecia[5] hacían referencia a la abolición de la muerte civil.[6] Esas referencias bastaron a John P. Humphrey para proponer la inserción de este derecho en el artículo 12[7] en el primer borrador propuso.

---

2 Artículo 7.Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

3 *Cfr*, Morsink Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999, pp. 43 a 45.

4 En su momento, el artículo 13 de la Constitución de Bélgica establecía: "queda abolida la muerte civil y no podrá ser restablecida". Actualmente, su artículo 18 reitera esta protección.

5 La Constitución de Grecia de 1911 establecía en su artículo 18 que la muerte civil quedaba abolida.

6 Es interesante notar que si bien pocas constituciones reconocían este derecho, eso no quiere decir que no fuese reconocido en otros ordenamientos. Por ejemplo, Thym narra que el Código Civil francés de 1804 señalaba que debía existir igual personalidad entre ciudadanos y foráneos. *Op. cit*, p. 114

7 Incluso, el primer borrador de Humphrey tenía una redacción más extensa. Reconocía que todo ser humano tenía derecho a la personalidad jurídica,

Roosevelt manifestó tener dudas sobre su conveniencia, pues consideraba que el concepto de "personalidad jurídica" no parecía tener un uso relevante en Estados Unidos de Norteamérica. Confirmando ese escepticismo, las delegaciones representantes de Inglaterra/India y China votaron en contra de su incorporación. En esencia, estimaban que la protección garantizada por esta cláusula ya estaba cubierta por otros artículos, como el de igualdad ante la ley.[8]

René Cassin (en representación de la delegación francesa) fue quizás quien mejor defendió su incorporación bajo el argumento de que esta cláusula estaba dirigida a prohibir formas modernas de esclavitud. Según narra Morsink, Cassin incluso señaló que no sería necesario incorporar una prohibición tan básica de no ser porque el régimen Nazi había buscado revivir la antigua idea de que un individuo considerado esclavo podía ser privado del derecho al matrimonio, a contraer obligaciones crediticias, o a la propiedad privada.[9]

Cassin también expuso que el Comité de Redacción estaba obligado a proclamar a todo el mundo que no existía ser humano alguno que no estuviera en aptitud de poseer derechos y obligaciones.[10] A su vez, Alexie P. Pavlov, de la delegación Rusa, señaló que era necesario conservar esta cláusula porque aún existían legislaciones civiles restrictivas, como aquellas que no reconocían a las mujeres una personalidad jurídica independiente de sus esposos.[11]

---

pero agregaba que nadie podría ser restringido en el ejercicio de sus derechos civiles excepto por razones basadas en la edad, las condiciones mentales o como castigo por la comisión de un delito. *Cfr*, Glendon, Mary Ann, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. Random House, Trade paperbacks, Nueva York, 2001. p. 272

8 Morsink, Johannes, *op.cit* p. 44.

9 *Cfr, idem*.

10 Es interesante comentar que el mismo Cassin experimentó una suerte de muerte civil. Tras la invasión de Hitler en Francia, Cassin y de Gaulle, ambos en exilio en Inglaterra, fueron declarados muertos por traición *in absentia* por un tribunal del régimen de Vichy. Sus activos fueron apropiados y se les privó de la nacionalidad francesa.

11 Morsink, Johannes, *op.cit* p. 44.

Finalmente, el texto fue aprobado y colocado en el artículo 6. Pero ¿cómo explicar la superación de las dudas expuestas por las delegaciones? Por más autoevidente que resultara su contenido, los integrantes de la Comisión Redactora operaron con la certeza de que, históricamente, el derecho al reconocimiento jurídico de las personas sí había padecido violaciones y, a fin de cuentas, asumieron que formaba parte del conjunto básico de derechos humanos merecedores de protección internacional.

No hay que olvidar que el artículo 6 integraba lo que Cassin en su momento caracterizó como la primera de cuatro columnas que sostienen el pórtico de la Declaración Universal, la cual incluye los primeros once artículos.[12] Según narra Mary Anne Glendon, este conjunto de disposiciones estaban dirigidas a proteger derechos individuales que ya eran familiares para los Estados miembros y, por tanto, no provocaron mayor debate durante los trabajos preparatorios.[13]

Así, al final, los redactares coincidieron en su aprobación, seguramente apostando que el futuro probaría su relevancia práctica. Pero ¿ha sido así?, ¿podríamos decir que estos setenta años han evidenciado su necesidad? Esta cláusula no ha tenido una presencia tan obvia o recurrente en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, ni en los informes emitidos por los organismos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, sí podría decirse que, aunque su relevancia es sutil, no por ello es menor.

II. Su relevancia práctica hasta ahora:

En la práctica, esta disposición ha contribuido a entablar debates complejos sobre las repercusiones de ciertas violaciones graves de derechos humanos. Como anunciaba, quizás el ejemplo más significativo se da en el contexto del fenómeno de desaparición forzada de personas. Tanto el Grupo de Trabajo so-

12 *Cfr*, Glendon, Mary Ann, *op cit*. p. 172

13 *Ibidem,* p. 180

bre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas como la Corte Interamericana han reconocido que la desaparición forzada es una violación paradigmática del derecho a la personalidad jurídica. [14]

De acuerdo con el comentario general del Grupo de Trabajo en la materia, esto obedece a que la desaparición forzada implica que la persona sea colocada fuera del marco de protección del orden jurídico, en una especie de limbo legal y en estado de franca indefensión.[15] En sus palabras:

> The disappeared person may keep his or her name, at least when the birth has been registered (.....), but he/she is not shown in the record of detainees; neither is the name kept in the registers of deaths. The disappeared is *de facto* deprived of his or her domicile. His/her properties become frozen in a legal limbo since no one, not even the next-of-kin, may dispose of that patrimony until the disappeared appears alive or is declared dead, that is a —non-person.

El fenómeno de desaparición es *de facto* la procuración de una muerte civil, un estado de cosas que busca negar a la persona desaparecida de la protección de las figuras jurídicas típicamente reconocidos por las legislaciones civiles de las democracias constitucionales y de las cuales se sigue la posibilidad de hacer valer otros derechos humanos.

Una víctima de desaparición no ha fallecido, no está detenida, pero tampoco está físicamente presente para ejercer sus derechos o exigir obligaciones de terceros. Es precisamente por esto que los expertos en la materia han abogado por la creación de un estatus legal diferenciado, que se constituye a partir de una figura como la "declaración de ausencia por desaparición forzada", que permite a la familia (o a las personas cercanas) modular el

---

[14] Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, 2011. Documento A/ HRC/19/58. Comentario general sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en el contexto de las desapariciones forzadas. La versión en inglés se puede consultar en la siguiente liga: *https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-58-Rev1_en.pdf*.

[15] *Cfr, ibidem,* párr. 1

cúmulo de derechos y obligaciones de quien, en vida, no lo puede ejercer por sí.[16]

Desde esta perspectiva, la idea de que el derecho a la protección del reconocimiento legal es autoevidente contrasta dramáticamente con una realidad que atestigua tantas desapariciones. Según el último informe anual emitido por el Grupo de Trabajo en la materia[17], desde que comenzó a funcionar en 1980 ha reportado 56.363 casos a 112 Estados. De esos casos, 45.120 continúan siendo examinados. Tan solo en el periodo analizado en ese informe (19 de mayo de 2016 a mayo de 2017) transmitió 1094 nuevos casos de desapariciones forzadas a 36 Estados.

Hay otro contexto en el que el derecho a la personalidad jurídica ha jugado un papel importante. Las conquistas más recientes en materia de derechos de las personas con discapacidad son producto de batallas por la igualdad de estatus jurídico, esto es, por la posibilidad del ejercer plenamente la titularidad de derechos.

De acuerdo con las distinciones clásicas del derecho civil, el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica no necesariamente implica el ejercicio de capacidad de ejercicio, sino solamente la capacidad de goce, que implica la posibilidad de ser titular de derechos. La distinción entre un estatus y otro típicamente ha descansado en criterios como la edad, el género en cierto grado, pero notoriamente en la noción de discapacidad. La figura de la interdicción ha sido utilizada en clave paternalista y de manera desproporcionada para sustituir la voluntad de personas con discapacidad por la de sus tutores.

Actualmente, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[18] desafía los contor-

---

16 *Idem*

17 Informe del 31 de julio de 2017, disponible en *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/229/18/PDF/G1722918.pdf?OpenElement*

18 Artículo 12
Igual reconocimiento como persona ante la ley
1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

nos de estas distinciones clásicas y exige que todas las personas con discapacidad sean legalmente reconocidas en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Este artículo ha servido como fundamento para cuestionar los estereotipos que informan el modelo tutelar y exigir que las personas con discapacidad accedan —a través de la creación de ajustes razonables, cuando es necesario— a las figuras jurídicas típicamente convencionales, como el matrimonio, el ejercicio de la patria potestad, la generación de obligaciones contractuales personales, la adquisición y disposición del patrimonio propio, etc.

La vasta literatura que hoy se produce sobre la materia es quizás la que con más vehemencia desafía la noción tradicional de la personalidad jurídica. Su análisis cuestiona el modo en que los ordenamientos jurídicos nacionales aún impiden que personas con discapacidad puedan decidir sobre sus derechos y obligacio-

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

nes en pleno ejercicio de la autonomía que les corresponde por el mero hecho de ser personas.

Al menos estos dos ejemplos sugerirían que, contrario al escepticismo que acompañó la inserción del derecho a la personalidad jurídica en la DUDH, éste sí ha tenido presencia en ciertas discusiones de gran importancia para el mundo de los derechos humanos. Por supuesto, esto responde al atributo de indivisibilidad que les caracteriza. Y lo primero que indica es que, probablemente, aún podemos decir mucho más sobre el artículo 6 y la forma en que su justificación filosófica irradia en conversaciones sobre otros derechos.

Tatiana Ordenaña Sierra confirma este diagnóstico al reflexionar sobre algunas de las obligaciones que deberíamos asociar con la protección de este derecho humano. Su comentario al artículo 6 de la DUDH desmitifica la irrelevancia que frecuentemente se le atribuye al mencionar algunas de las políticas públicas que serían necesarias para lograr un estado de cosas respetuoso de este postulado.

Ella observa que en los países andinos se presenta una especie de violación sistemática a este derecho humano, dada la inexistencia de una Política de Reconocimiento a la Personalidad Jurídica.[19] Por ejemplo, nos invita a pensar en todas las mujeres que por dar a luz en condiciones de tanta precariedad y marginalización encuentran impedimentos fácticos para inscribir a sus hijos en el registro civil (y con ello garantizarles protección jurídica a lo largo de su vida). Esta exclusión del orden jurídico —este "no nacer" ante la ley— resulta en una dificultad casi insuperable para el ejercicio del resto de los derechos humanos. La autora pone cierto énfasis en la situación de mujeres víctimas de exclusión en Ecuador, pero sus palabras sirven para describir con la misma eficacia la condición de todos quienes viven en condiciones de pobreza. La nitidez de su comentario merece cita textual:

[19] *Cfr*, Ordenaña Sierra, Tatiana. "Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica" en *Declaración Universal de los Derechos Humanos: Texto y Comentarios inusuales*, editora Facio Alda. ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género, San José Costa Rica, 2001, p. 117.

> Más del 50% de las mujeres en el Ecuador no tienen identificación. Esto quiere decir que desde pequeñas no tuvieron el derecho a la vacunación y atención médica, a la colación infantil, a la educación, etc. Quiere decir que a lo largo de sus vidas no tuvieron el derecho a la participación, a ser escuchadas, a tener un recurso ante los tribunales. En la mayoría de los casos, hasta el derecho a denunciar una agresión física, psicológica, o sexual les es vedado. No pueden acceder a un trabajo donde no se les explote. No pueden casarse o divorciarse ni arreglar su estado civil. No pueden inscribir a sus hijos, y por supuesto, no pueden votar ni ser electas. Son tantas las cosas que no pueden hacer o disfrutar cuando este derecho no es ejercido, ni exigido. Una vez más compruebo que los derechos humanos son indivisibles. Un derecho tan aparentemente poco importante o emocionante como derecho a una personalidad jurídica, es necesario para gozar de otros derechos más interesantes como el derecho a la libertad de expresión o el derecho a no ser torturada."[20]

Por virtud de la indivisibilidad de los derechos humanos que Ordenaña recuerda, podemos decir que ciertas violaciones sistemáticas a los mismos (tales como la exclusión y la pobreza) crean, por su mera ocurrencia, una limitación significativa al derecho humano al pleno reconocimiento de las personas frente al orden jurídico. Se trata de una especie de círculo vicioso: la marginalización las aleja de las instituciones que proveen reconocimiento legal y este mero hecho las aleja de la posibilidad de ejercer la gama de derechos humanos de las que son titulares.

La personalidad jurídica provee a quien la posee de una nacionalidad, una identificación, un nombre y, con todo ello, el derecho a que el Estado sepa que se existe, que debe contarle. Ser una persona jurídica habilita el resto de los "estatus jurídicos" susceptibles de ser adquiridos a lo largo de la vida: ser víctima de un delito que el Estado debe sancionar, ser derechohabiente del sistema público de salud, o ser titular del derecho a la educación pública. Una persona jurídicamente reconocida como tal, debe contar en las estadísticas y en los censos que el propio Estado organiza para medir la efectividad de sus políticas públicas para el desarrollo.

[20] *Ibidem*, p. 118

Esta argumentación claramente nos dirige a analizar la relación del derecho a la personalidad jurídica con los derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, como Ordenaña sugiere, mucho de lo que este derecho exige parece traducible al lenguaje de obligaciones materiales "de hacer". Si el Estado quiere protegerlo genuinamente, entonces parece que también debe generar, de manera proactiva, condiciones de inclusión social: crear instituciones capaces de registrar nacimientos y decesos de toda la población en condiciones de igualdad. En el contexto de las discusiones contemporáneas sobre derechos económicos, sociales y culturales, resultaría francamente anacrónico no identificar los mandatos sustantivos que su efectiva protección requeriría.

Así, la falta de relevancia que suele atribuirse al derecho a la personalidad quizás tiene mucho ver con la concepción bajo la cual se le entiende: cuando se le reduce a una noción meramente formal, resulta en un derecho poco problemático. Es decir, a lo mejor no es tan interesante pensar en un postulado que solo nos reconoce la vida jurídica. Pero sí es bastante más atractivo problematizar sobre lo que esa vida jurídica debe implicar, como mínimo, en un Estado constitucional de Derecho que protege ciertos valores democráticos.

III. Sus complejidades conceptuales:

De este modo, quizás la clave para ponderar la relevancia práctica de este derecho humano está en analizarlo a la luz de su relación con los demás. Y esta perspectiva hace que surjan algunas dudas interesantes sobre sus límites conceptuales. Por ejemplo, ¿es posible atribuirle una dimensión sustantiva según la cual todas las personas, por el mero hecho de ser tales, requieren gozar de cierto piso mínimo de derechos civiles de cuya titularidad no pueden ser excluidos nunca?, o ¿el reconocimiento de la personalidad jurídica se agota con la expedición de un acta de nacimiento, la asignación de un nombre y de una nacionalidad?, ¿es irrelevante qué tipo de estatus jurídico confiere el Estado siempre que confiera alguno?. Llama la atención el hecho de que el análisis de estas preguntas conceptuales tenga relación con varios de los

debates a los que hoy atribuimos mayor importancia. Aquí unos ejemplos:

Pensemos en la igualdad de género. Todavía en un pasado relativamente reciente, la capacidad jurídica de la mujer se encontraba en relativa dependencia del hombre, su padre o su esposo. A ella se le atribuía una capacidad disminuida, una especie de minoría de edad. En este contexto, resulta interesante pensar en las implicaciones de una concepción del derecho a la personalidad jurídica que asegure no solo el acceso a la capacidad de goce (la aptitud de ser titular de derechos), sino también el acceso al ejercicio pleno de ese conjunto de derechos que las legislaciones civiles típicamente reconocen a las personas por el solo hecho de ser tales.

Por ejemplo, esta perspectiva quizás permitiría argumentar que una mujer impedida para testar, para adquirir propiedad, o para contraer deudas y obligaciones por sí misma, no solo está padeciendo una violación a su derecho a la igualdad, sino también al derecho a la plena realización de su personalidad jurídica, pues a pesar de ser reconocida como tal, *de facto* está impedida para utilizar las figuras que el ordenamiento jurídico otorga por *default* a quienes gozan de capacidad de ejercicio. Bajo esta lógica, es la concesión de una personalidad jurídica "a medias" lo que a su vez permite identificar una violación al derecho a la igualdad.

Algo similar ocurre en relación con el debate sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. El matrimonio es un figura que típicamente se concibe como connatural a la personalidad jurídica. Satisfecho el requisito de edad que exige la ley, tener personalidad jurídica normalmente conlleva la posibilidad de contraer matrimonio. Es decir, en un estado laico y moderno, no se necesita una posición social, una creencia, o un grado académico determinado para estar en aptitud de ingresar a la protección jurídica que tal institución pretende otorgar.

Sin embargo, cuando esa figura excluye la unión entre personas del mismo sexo, coloca a quienes desean contraer matrimonio bajo estos términos en una plataforma distinta. Crear figuras *ad hoc* con la intención hacer del matrimonio una institución puramente heterosexual, equivale a diseñar un estatus legal dife-

renciado, un régimen con derechos civiles de segunda categoría. De nuevo, tan pronto se identifica la concesión de una personalidad jurídica "a medias" se advierte una violación al derecho a la igualdad y no discriminación.

El debate sobre el alcance de la protección de personas migrantes y/o extranjeras también pasa por problemas conceptuales sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica y la asignación de un estatus de protección determinado. Cuando un país genera políticas de ingreso basadas en distinciones raciales o económicas pensamos en el derecho a la no discriminación. Cuando desintegra a las familias migrantes o les maltrata, pensamos en la violación al derecho a la integridad física y psicológica.

Sin embargo, quizás olvidamos pensar en un paso previo ¿qué implica el reconocimiento de la personalidad jurídica de un extranjero o un migrante para el país al que arriba? En otras palabras ¿a qué tipo de derechos tiene esa persona derecho?, ¿cómo se define el estatus que merece?, ¿es posible decir que las personas migrantes solo están protegidos por los derechos consagrados en el orden internacional, por los convenios bilaterales entre las naciones involucradas, o más bien merecen el reconocimiento del estatus jurídico que el estado en cuestión normalmente otorga a sus ciudadanos?, ¿merecen algunas protecciones constitucionales básicas, como por ejemplo, el respeto a su integridad personal, el respeto a un debido proceso?, ¿hay algo que el artículo 6 de la DUDH pueda incorporar a este debate? Si este derecho implica que toda persona tiene derecho a tener derechos, habría que analizar cómo es que su alcance determina (si acaso) la fuente o el ordenamiento del cual derivan esos derechos.[21]

En relación con este punto también es importante recordar el estrecho vínculo entre el derecho a la nacionalidad y el derecho a la personalidad jurídica. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de la Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, señaló que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica y que una persona apátrida, por definición, carece de personalidad jurídica

[21] Sobre este debate en el marco del derecho de la Unión Europea es posible consultar el artículo de Daniel Thym citado anteriormente.

reconocida porque no se le permite establecer un vínculo jurídico-político con algún Estado.[22]

Otro ámbito donde la dimensión sustantiva del derecho a la personalidad jurídica ha tenido presencia especial y explícita concierne a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aludido a este concepto en varios de sus fallos sobre la materia. En esencia, ha sostenido que el derecho a que el Estado reconozca la personalidad jurídica de los grupos indígenas y tribales es una medida especial que se debe proporcionar con el fin de que ellos puedan gozar de sus territorios, según sus tradiciones. A su entender, ese reconocimiento es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.[23]

Como puede verse, la noción de personalidad jurídica que la Corte Interamericana parece emplear supone la incorporación de un conjunto de derechos normalmente afiliados a la estatura de quien es jurídicamente reconocido. Esto es, el reconocimiento de la personalidad jurídica es lo que en sí mismo permite que una comunidad indígena pueda activar el aparato jurisdiccional para defender la titularidad de sus derechos. No se trata de un título hueco o una mera formalidad.

Finalmente, es pertinente señalar otro contexto en el que surge un debate similar sobre el la dimensión sustantiva de la personalidad jurídica. En el ámbito penal se ha identificado una forma moderna de "muerte civil", que ocurre cuando las personas condenadas por la comisión de un delito encuentran impedimentos legales para lograr su reinserción en la sociedad una vez compurgada su pena.

Por ejemplo, esto ocurriría cuando el ordenamiento jurídico impide que una persona sentenciada obtenga oportunidades laborales, educativas o de participación política, todo bajo el ar-

[22] Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, Párrafo 178

[23] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, Párrafo 172.

gumento de que cuenta con antecedentes penales, o en razón de su supuesta peligrosidad. En la actualidad es común encontrar fórmulas jurídicas que, en su conjunto, formalizan la absoluta exclusión del sentenciado de la vida jurídica. Tales consecuencias jurídicas pueden crear un estado de cosas que inhabilita a la persona como titular de aquellos derechos y obligaciones usualmente asociados con el reconocimiento de la personalidad jurídica.[24]

El ejercicio analítico recién realizado puede extenderse a otros debates sobre la necesidad de formalizar (o regularizar) situaciones de personas que han quedado excluidas de protección legal básica. Por ejemplo, piénsese en la irregularidad que normalmente define la situación de personas que realizan trabajo doméstico o de quienes sin debido proceso son clasificadas como merecedoras del régimen conocido "derecho penal del enemigo". También es innegable que el derecho a la personalidad jurídica se vincula en este punto con preguntas sobre las distintas formas de protección o reconocimiento jurídico del producto del embarazo, y sobre cómo es que eso puede o debe interactuar con el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo.

Todas estas discusiones, mencionadas a manera de ejemplo, sugieren que los problemas conceptuales asociados con el reconocimiento a la personalidad jurídica están en contacto con algunas de las fibras más sensibles de esos temas a los que estamos acostumbradas a asignar enorme trascendencia.

Habrá quienes consideren una exageración atribuir semejante alcance a este derecho o que su significado no puede extenderse al grado de permitirle ocupar un lugar, aunque sea tangencial, en debates que por sus propios méritos ya tienen suficientes complejidades que atender. El lector podrá formarse su propio juicio al respecto.

Pero lo que sí parece indiscutible es que hay algo en el derecho a la personalidad jurídica (también entendido como el

[24] Para una discusión sobre el tema, ver Chin, Gabriel J. "The New Civil Death: Rethinking Punishment in the Era of Mass Conviction", en University of Pennsylvania Law Review, Volume 160, Issue 6, mayo de 2012. Disponible en *https://www.pennlawreview.com/print/?id=361* (última consulta 20 de agosto de 2018).

derecho a tener derechos) que necesariamente evoca preguntas teóricas y filosóficas sobre el fundamento de los derechos universalmente protegidos. Y éstas, por supuesto, nunca podrán estar en desconexión con el resto de los debates contemporáneos sobre derechos humanos. Veamos.

IV. Su posible fundamento filosófico:

Por virtud del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, todas y todos merecemos, desde nuestro nacimiento, que la ley nos reconozca igualmente como sujetos con derechos y obligaciones. Es decir, todo inicia con un piso parejo, al menos formalmente hablando. Típicamente, los ordenamientos jurídicos comienzan a establecer diferencias de trato tan pronto alguna característica de nuestra apariencia, condición o preferencia queda manifiesta, ordenando o permitiendo que se actualice cierto estado de cosas, en beneficio o perjuicio.

Por ejemplo, como ya mencionaba, las personas con preferencias sexuales distintas a las aceptadas por el paradigma heteronormativo aún suelen encontrar impedimentos jurídicos para la realización plena de su vida íntima con quienes han elegido llevarla, de un modo que no padecen quienes manifiestan preferencias compatibles con ese paradigma. Por ejemplo, a ellas no se les reconoce el derecho a contraer matrimonio o a formar una familia con una persona del mismo sexo. Esta forma de discriminación formal ocurre solo hasta que la persona desea acceder a una institución jurídica determinada, como el matrimonio o la adopción. Antes de ello, las personas fueron tratadas por el ordenamiento jurídico como igualmente merecedoras del cúmulo de derechos y obligaciones universalmente asignados. Y eso se debe a que el Estado normalmente sí acepta que debe respetar la protección de la persona en sí misma, es decir, por el solo hecho de ser tal.

El derecho a la personalidad jurídica, incluso entendido en su dimensión formal, nos coloca, en un primer momento, en absoluto pie de igualdad. La manera en que ese igual rango con el que nacimos se va prolongando (o no) a lo largo de nuestras vidas,

es normalmente visto como un problema situado exclusivamente en el terreno del derecho a la igualdad. Sin embargo, no ponemos suficiente énfasis en el paso previo. Es decir, no pensamos con frecuencia en el hecho de que, por *default*, todas las personas nacimos igualmente merecedoras de un estatus jurídico y en las cargas justificativas que eso debería imponer a un Estado que busca establecer una distinción.

El hecho de que el derecho a la personalidad jurídica, al menos en su dimensión formal, sea universalmente respetado es quizás el primer indicativo de que, en nuestros tiempos, los ordenamientos jurídicos, en su mayoría, comparten una premisa filosófica: que algún atributo inherente a la persona es merecedor de su protección *per se*.

La literatura predominante en materia de derechos humanos es propensa a pensar que ese atributo es la dignidad, el cual, a su vez, es considerado fundamento y justificación de todos los derechos humanos. Prueba de ello es que precisamente con base en este fundamento filosófico se ha tratado de sortear la dificultad de definir si otros entes, no vivos o vivos pero no humanos, merecen personalidad jurídica o alguna forma de reconocimiento y/o protección.

En efecto, setenta años después de la creación de la DUDH, las jurisdicciones de diversos países se encuentran atestiguando complejos debates acerca de las condiciones que permitirían atribuir personalidad jurídica a seres distintos de los humanos. Por ejemplo, apenas en 2017, la legislación de Nueva Zelanda otorgó personalidad jurídica al río Whanganui y lo reconoció como un ente vivo. Por otra parte, el artículo 71 de la Constitución de Ecuador (2008) expresamente reconoce que la naturaleza, la Pacha Mama, es titular de una diversidad de derechos.[25]

[25] Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la

Recientemente, en Estados Unidos de Norteamérica han surgido organizaciones civiles serias dedicadas a litigar en favor del reconocimiento de los derechos de los animales. Uno de los asuntos que ha alcanzado mayor notoriedad es el litigado por Nonhuman Rights Project en favor de Tommy y Kiko, dos chimpancés confinados en jaulas pequeñas en Nueva York. De acuerdo con el argumento planteado por la organización, ellos merecerían que un *writ* de habeas corpus protegiera su derecho a la autonomía corporal y ordenara su libertar para ser reubicados a su hábitat natural.[26]

Los litigantes consideraban que había suficiente evidencia científica para concluir que los chimpancés son seres con autonomía y que, por tanto, merecerían ser reconocidas como personas en términos del *New York Habeas Corpus Act*. Los casos suscitaron tanta controversia que incluso juristas reconocidos, como Laurence Tribe, y otros filósofos participaron en la elaboración de *amicus curiae* para abordar la pregunta subyacente; a saber, ¿qué razones permiten concluir que determinado ser vivo merece la calidad de "persona" jurídicamente reconocida?

El asunto llegó hasta la Corte de Apelaciones de Nueva York apenas en 2018 y la decisión no resultó favorable para los chimpancés. Sin embargo, Eugene M. Fahey, uno de los jueces que analizó el asunto de Tommy, consideró que un tribunal no debía utilizar el diccionario para definir qué es persona y reconoció que la pregunta respondía a un problema filosófico profundo. Así, lejos de considerar que la respuesta debía ser un "no" categórico, el Juez razonó sobre la apremiante necesidad de asumir una posición frente a un debate venidero y digno de reflexión. En sus palabras:

> The issue whether a nonhuman animal has a fundamental right to liberty protected by the writ of habeas corpus is profound and far-reaching. It speaks to our relationship with all the life around us.

naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

[26] Ver, *The People of the State of New York ex rel. The Nonhuman Rights Project, INC. on behalf of Tommy.*

> Ultimately, we will not be able to ignore it. While it may be arguable that a chimpanzee is not a 'person,' there is no doubt that it is not merely a thing.[27]

Obviamente, como su nombre lo dice, la DUDH nació pensando solo en los derechos de los seres humanos, pero el fundamento filosófico que inspira al artículo 6 sigue siendo relevante para analizar estas preguntas. Es a partir de ahí que podemos reflexionar qué hay de único en los seres humanos para que nuestro derecho al reconocimiento jurídico hoy parezca autoevidente e inobjetable. ¿Lo debemos a la inherente dignidad humana?, ¿es consecuencia lógica de nuestra capacidad para tomar decisiones autónomas?, o ¿podría decirse que esto es atribuible a nuestra capacidad para sentir dolor?

Por ejemplo, Lynn Hunt asegura que los derechos humanos tuvieron su origen histórico precisamente en la propagación de literatura que representaba con eficacia la naturaleza del dolor ajeno y, por tanto, lograba generar empatía frente al mismo. Específicamente, su argumento es que las raíces de los derechos humanos se desarrollaron en el siglo XVIII, en la Francia prerrevolucionaria, con la publicación de novelas sobre el sufrimiento y la barbarie, todo lo cual permitió a sus lectores experimentar sensibilidad frente a las emociones de los demás, considerados como iguales a partir de ese momento.[28] Sin embargo, si este recuento fuera certero, sería realmente difícil objetar la inclusión de los chimpancés en la categoría de personas que merecen reconocimiento jurídico. Como los casos mencionados demuestran, es obvio que su confinamiento genera dolor y que los seres humanos somos capaces de sentir empatía por eso. Pero de ello no se sigue lógicamente que el derecho deba reconocerles estatus de personas. Ese es un tema a debate.

---

[27] La organización Nonhuman Rights Project ha publicado en sus sitio de internet toda la información relevante sobre estos y otros casos conexos, incluido una análisis sobre la opinión del Juez Fahey. Cfr, *https://www.nonhumanrights.org/blog/nhrp-statement-fahey-opinion/*. Última fecha de consulta: 10 de septiembre de 2018.

[28] *Cfr*, Hunt, Lynn, *Inventing Human Rights. A History.* Norton, Nueva York y Londres, 2008, pp. 26 a 27 y 57 a 58.

Ahora bien, tampoco es sencillo encontrar en el concepto de dignidad un fundamento absolutamente iluminador. En su ensayo sobre los orígenes del concepto de dignidad, Samuel Moyn demuestra que la noción tiene una procedencia abiertamente aristocrática y que incluso, desde Kant, la filosofía política le ha dado un tratamiento discordante si no es que misterioso. La dignidad se seguía del rango, que solo era posible en un mundo de no iguales y, particularmente, respondía a la estatura que la nobleza o los jerarcas religiosos creían haber recibido de dios. A juicio de Moyn, el origen del término quizás explicaría por qué el lenguaje de los derechos humanos ha dificultado la posibilidad de enderezar ciertas batallas en nombre de conflictos sobre justicia social e igualdad.[29] Con esto, nos invita a tener dudas sobre la pertinencia de pensar en la dignidad como el fundamento filosófico de los derechos humanos.

La discusión es apasionante y, por supuesto, excede los fines de esta reflexión. Para efectos de regresar al específico debate del derecho a la personalidad jurídica y su conexión con el concepto de dignidad, quizás podría valorarse el comentario de Jeremy Waldron respecto a sus orígenes y su relevancia para el presente. Como Moyn, él examina la genealogía del término y también detecta que le acompaña un aire aristocrático. Pese a ello, culmina con una reflexión sobre la concepción moderna del concepto de dignidad, que es sumamente útil como punto de arranque para abordar las preguntas antes anunciadas. En sus palabras:

> The modern notion of *human* dignity involves an upwards equalization of Rank, so that we now try to accord to every human being something of the dignity, Rank, and expectation of respect thata was formerly accorded nobility.[30]

Si más bien pensamos en ella como el fundamento para exigir que todas las personas posean el mismo rango, quizás lograremos despojarla de su aroma aristocrático. Se trata de retomar una no-

[29] *Cfr*, Moyn, Samuel, *Human Rights and the Uses of History*. Segunda edición, Verso, Londres y Nueva York, 2017. Pp. 19 a 33.

[30] Waldron, Jeremy, *Dignity, Rank & Rights*. editado por Meir Dan- Cohen, Oxford University Press. Oxford, Nueva York, 2015, p.33

ción como la acuñada por Alexis de Tocqueville, en su análisis de la democracia en América, donde se refirió a la democratización del *high standing,* antes reservado para la nobleza.[31]

Si así es cómo debemos entender el concepto de dignidad en el terreno de la filosofía política, es innegable que su traducción al lenguaje de los derechos humanos resulta en, al menos, la protección universal del derecho humano a la personalidad jurídica. Ergo, aunque el concepto de dignidad no baste, por sí mismo, para resolver todas las preguntas difíciles por venir en la materia, sí es útil como primer paso. Al menos puede ayudarnos a consolidar las razones por las que la mayoría de los países del mundo han acordado que la especie humana merece protección jurídica por igual.

Conclusión

Un derecho que a primera vista parece autoevidente, termina por ser, nada más y nada menos, el que obliga al Estado a reconocer que las personas no nacemos ni morimos al desnudo, sino con protecciones jurídicas. Todas y todos tenemos derecho a la vida jurídica, sin importar nuestra clase social, nuestro parentesco, nuestra religión o creencias. Todas y todos nacemos igualmente personas.

Es cierto que el artículo 6 de la DUDH no indica, o al menos no textualmente, qué implica esa vida jurídica. El análisis de este problema es un terreno fértil para expandir su alcance y relacionarlo con otros derechos humanos. Sin embargo, más allá de ese potencial, el derecho universal al reconocimiento de la personalidad jurídica sí nos dice que todas las personas somos centros de imputación de derechos y obligaciones, que somos relevantes, que merecemos atención del Estado. Y esto no parece menor.

Incluso entendido en su acepción meramente formal, el goce de la personalidad jurídica no es algo que debamos dar por sentado. Esa es la batalla que actualmente se está librando en nom-

[31] Moyn recuerda que Tocqueville fue el primero en hablar de ello, *cfr,* Moyn, *op. cit*, p. 21

bre y beneficio de especies no humanas en las que reconocemos condiciones que merecen respeto y trato digno. Estas reflexiones son indispensables para quienes adoptan la vocación de los derechos humanos: en el pasado, otros seres humanos recibieron el mismo tratamiento de exclusión. Apelar al fundamento filosófico del derecho aquí comentado, se antoja como un buen punto de partida.

Finalmente, con independencia de la relevancia práctica que el lector decida atribuir a este derecho humano, lo cierto es que en sí mismo merece un tributo a setenta años de su inclusión en la DUDH: la innegable victoria por la universalización del estatus jurídico es (y ha sido) precondición para la defensa otros derechos humanos. Ese logro es bastante.

Bibliografía

Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, Párrafo 178.

Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, Párrafo 172.

Glendon Mary Ann, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. Random House, Trade paperbacks, Nueva York, 2001.

Hunt, Lynn, *Inventing Human Rights. A History*. Norton, Nueva York y Londres, 2008.

Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, 2011. Documento A/ HRC/19/58. Comentario general sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en el contexto de las desapariciones forzadas.

Morsink Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999.

Moyn, Samuel, *Human Rights and the Uses of History*. Segunda edición, Verso, Londres y Nueva York, 2017.

Ordenaña Sierra, Tatiana. "Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica" en *Declaración Universal de los Derechos Humanos: Texto y Comentarios Inusuales*, editora Facio Alda. ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género, San José Costa Rica, 2001.

Thym Daniel "Ambiguities of Personhood, Citizenship, Migration and Fundamental Rights in EU Law", en *Constructing the Person in EU Law*, editado por Loic Azoulai, *et al*. Oxford y Portland, Oregon, 2016.

Waldron, Jeremy, *Dignity, Rank & Rights*. editado por Meir Dan-Cohen, Oxford University Press. Oxford, Nueva York, 2015.

El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: la universalización del amparo

*María Elisa Franco Martín del Campo**

> La delegación mexicana (...) fue la autora de un texto muy importante, a saber el artículo 8 (...). Fue el señor Campos Ortiz quien lo propuso; y por mi parte, como magistrado de una alta jurisdicción francesa, encontré en seguida dicha proposición sumamente acertada (...). Es un ejemplo que doy de la utilidad de la colaboración de todo el mundo. Pero México propuso ese texto porque existía detrás de él (...) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, muchas de cuyas partes son comunes a la Declaración Universal, pero donde existía este excelente artículo que no figuraba en nuestro proyecto primitivo. Rindo por todo ello homenaje no solamente al hombre que hizo la proposición, sino al país que posee una institución llamada amparo, en la cual pensaba el autor[1].
>
> *René Cassin*

* Candidata a Doctora por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Docente de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, de la Escuela Judicial del Instituto de la Judicatura Federal y del Centro de Estudios de Actualización en Derecho (CEAD).

1 Cassin, René, "El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal", *Veinte años de evolución de los derechos humanos,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pág. 397.

Sumario: I. Introducción. II. Influencia del amparo mexicano en el artículo 8 de la DUDH. III. La universalización del amparo en el artículo 8 de la DUDH: un importante avance para la garantía y plena vigencia de los derechos humanos en el mundo. IV. Conclusiones

I. Introducción

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante también Declaración Universal o DUDH) es un instrumento internacional pilar para el reconocimiento de los derechos humanos en el mundo y de esta manera ha aportado mucho para su efectiva garantía y plena vigencia[2]. La Declaración Universal reconoce una amplia gama de derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales; además, establece garantías para estos derechos como las contenidas en los artículos 8[3] y 28[4].

El objetivo del presente artículo es analizar la importancia del contenido del artículo 8 de la DUDH para la garantía de los

[2] Para profundizar en el impacto e importancia de la DUDH se sugiere consultar, *inter alia,* Cancado Trindade, Antonio Augusto, "O legado da Declaracao Universal de 1948 e o futuro da protecao internacional dos direitos humanos" en Fix-Zamudio, Héctor (coord..), *México y las declaraciones de derechos humanos,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 199, pp.3-41; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional,* México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012; Helle, Claude, "Declaración Universal y Pactos Internacionales de Derechos Humanos", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 1, número 1, enero-abril de 1986, pp. 119-128; Ventura Robles, Manuel, "El Valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en Cancado Trindade, Antonio Augusto (editor), *The Modern World of Human Rights /* El mundo moderno de los derechos humanos, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 255-265.

[3] Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

[4] Artículo 28. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

derechos reconocidos no solamente en la propia Declaración Universal, sino en las constituciones y en las leyes de cada uno de los Estados. Este análisis se realizará en el entendido que el artículo 8 contiene un derecho humano: el derecho a un recurso judicial efectivo que se constituye a su vez como garantía del resto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; y reconociendo que esta garantía es producto de la influencia del juicio de amparo mexicano[5].

En este sentido, el amparo mexicano fue concebido para la tutela de los derechos fundamentales y se ha constituido como la más importante garantía para los derechos en México, de acuerdo con Héctor Fix-Zamudio el amparo es la *"máxima institución procesal"6*. Por otro lado, Fabiola Martínez sostiene que*"[e]l amparo en sí mismo constituye un derecho fundamental que ofrece la posibilidad de que los actos y normas generales puedan ser revisados por las autoridades jurisdiccionales, constituyéndose así como una norma imperativa de derecho de acceso a la justicia"7*. De esta manera tenemos que el amparo mexicano es tanto una garantía como un derecho humano en sí mismo.

El artículo 8 de la DUDH es en gran medida reflejo de la máxima institución procesal mexicana por lo tanto es posible afirmar que este artículo contiene tanto un derecho como una garantía. Consideramos que un análisis serio del artículo 8 de la Declaración Universal debe considerar necesariamente esta dualidad, por lo que esta premisa es indispensable para las reflexiones que se presentan en este estudio.

Para cumplir con el objetivo planteado para el presente artículo dividiremos en dos ejes nuestro análisis. Primero nos ocu-

---

5 *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Breves notas sobre el amparo iberoamericano desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado", *Díkaion*, Colombia, año 20, número 15, noviembre 2006, pág. 184.

6 Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo,* México, Porrúa, 2003, p. 1.

7 Martínez Ramírez, Fabiola, "El juicio de amparo mexicano como recurso judicial efectivo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coord.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, 2017, t.II., pág. 105.

paremos de la influencia del amparo mexicano en el artículo 8 de la DUDH, y después presentaremos algunas reflexiones sobre la importancia de la universalización del amparo para la garantía efectiva de los derechos humanos en el mundo.

II. Influencia del amparo mexicano en el artículo 8 de la DUDH

La delegación mexicana, a través del embajador Pablo Campos Ortiz, hizo la propuesta de incluir el derecho a un recurso efectivo en el texto de la Declaración Universal[8]. En este sentido, de acuerdo con René Cassin, integrante del Comité de Redacción de la DUDH, la delegación mexicana fue la autora del contenido del artículo 8[9]. Lo anterior nos permite concluir que el artículo 8 de la Declaración Universal es en gran medida influencia del amparo mexicano, la delegación de México llevó el juicio de amparo a la Declaración Universal para que se reconociera que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo que la ampare contra actos que violen sus derechos; y gracias al consenso logrado por los Estados que en 1948 integraban las Naciones Unidas[10] fue re-

[8] Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "La proyección internacional del juicio de amparo: la contribución mexicana a la Declaración Universal de Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coord.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, 2017, t.II., pág. 352.

[9] Silva Meza, Juan, "El nacimiento de un derecho: el amparo mexicano como recurso judicial efectivo, aportación a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Las acciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coord.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, 2017, t.II., pág. 342.

[10] La Declaración Universal fue aprobada por 48 votos a favor, ninguno en contra y ocho abstenciones de los 56 Estados que participaron en la deliberación de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Para diciembre de 1948 la Organización de Naciones Unidas estaba integrada por 58 Estados, en la deliberación sobre la DUDH participaron 56, los Estados ausentes fueron Honduras y Yemen. *Cfr.* Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *La Declaración Universal de Derechos Humanos... cit.,* pág. 15.

conocido el recurso judicial efectivo como un derecho humano universal y a su vez como una garantía para el resto de derechos humanos.

En la redacción del artículo 8 de la DUDH se utilizó el verbo amparar, lo que en momento alguno se trata de una mera coincidencia, más bien es prueba clara de la influencia de la institución del amparo mexicano en el reconocimiento universal del derecho al recurso efectivo. En este sentido, coincidimos con Mauricio Iván Del Toro quien considera que el uso del verbo amparar en el artículo 8 de la Declaración Universal representa *"un reconocimiento a su origen histórico y a la función protectora y reparadora que implica"*[11].

El artículo 8 de la Declaración Universal al incorporar la figura del amparo mexicano lleva al plano internacional esta garantía por antonomasia de los derechos humanos[12], dándole de esta manera su mayor expansión. Para el 10 de diciembre de 1948, fecha de aprobación de la DUDH, la figura del amparo ya había sido incorporada en el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (sic)[13] adoptada el 02 de mayo de 1948; así como en el ordenamiento jurídico de El Salvador (1886), Honduras (1894), Nicaragua (1894), Guatemala (1921), España (1931), Brasil (1934) y Panamá (1941. No obstante, es el artículo 8 de la DUDH, por su naturaleza universal, el que representa la mayor ampliación geográfica del amparo.

---

11 Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "La proyección internacional del juicio de amparo... *cit.,* pág. 353.

12 *Cfr.* Silva Meza, Juan, *op. cit.,* pág. 341.

13 Artículo 18 - Derecho de justicia Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.
Sobre la relevancia de este instrumento interamericano sugerimos consultar Fajardo Morales, Zamir Andrés, "La Plena Vigencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Una Utopía por Construir", American University International Law Review, Washington, número 1, volumen 25, 2009, pp. 76-114.

De esta manera, encontramos en los antecedentes históricos de la Declaración Universal y en el contenido de su artículo 8 que en efecto éste es producto de la influencia de la institución mexicana del amparo, y que, en este sentido, el artículo 8 de la DUDH representa la universalización del amparo.

III. La universalización del amparo en el artículo 8 de la DUDH: un importante avance para la garantía y plena vigencia de los derechos humanos en el mundo

En las declaraciones para la prensa nacional que dio en marzo de 1948 Jaime Torres Bodet, en ese momento Secretario de Relaciones Exteriores en México, señaló que *"En México tenemos el juicio de amparo, que constituye un baluarte de los derechos individuales. Si un sistema similar se estableciera en los distintos países, se habría dado un paso de trascendental importancia en defensa de la persona humana"14.* El reconocimiento del recurso efectivo, en su doble dimensión de derecho y garantía, representa uno de los mayores avances para que los derechos humanos puedan ser exigidos y de esta manera convertidos en una realidad para todas las personas. Esta es la importancia del avance que representó en el mundo el contenido del artículo 8 de la DUDH.

El amparo mexicano tiene una amplia esfera de protección, que incluye de acuerdo con la tipología desarrollada por Fix-Zamudio[15], el amparo libertad, el amparo contra leyes, el amparo

[14] Suárez Ávila, Alberto Abad, "La participación de la delegación mexicana en la proyección del amparo mexicano en el ámbito internacional", en Tortolero Cervantes, Francisco y Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, pág. 226.

[15] Sugerimos consultar, *inter alia,* Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo,* México, Porrúa, 1964; Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVI, núm. 77, mayo-agosto de 1993, *http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/77/art/art3.htm;* Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo,* México, Porrúa, 2003; Fix-Zamudio, Héctor, *La*

administrativo, el amparo casación y el amparo social o agrario. Podría parecer *prima facie* que esta amplitud sólo complejiza la máxima institución procesal mexicana, sin embargo, consideramos que ésta responde a la finalidad de la figura del amparo: servir de garantía para todos los derechos humanos. En este sentido, consideramos que la vasta esfera de protección, que en efecto puede provocar que el amparo mexicano sea complejo, es necesaria para que responda a la finalidad para la que ha sido concebido.

El artículo 8 de la DUDH al ser en gran medida producto y reflejo del amparo mexicano supone una amplísima esfera de protección para cumplir adecuadamente con su finalidad, es decir, garantizar todos los derechos humanos de las personas y reparar en caso de que hayan sido violados. En este sentido, coincidimos con Juan Silva Meza respecto a que *"[e]l derecho a un recurso efectivo es la vía idónea para garantizar tanto la protección a los derechos humanos como una adecuada reparación a las víctimas de violaciones a derechos humanos"16*. Aquí encontramos dos elementos esenciales del recurso efectivo que han sido ampliamente desarrollados tanto por la jurisprudencia internacional y nacional como por la doctrina: i) la garantía de los derechos humanos, y ii) la reparación adecuada en caso de violaciones a derechos humanos.

Además, de estos dos elementos esenciales del contenido y alcance del recurso efectivo, encontramos en el amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre este tema que sus características son la adecuación, efectividad, eficacia y accesibilidad. Consideramos relevante señalar que el Sistema Universal, el Sistema Interamericano, el Sistema Europeo y el Sistema Africano coinciden respecto a esta cuatro características del recurso efectivo[17].

---

protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Madrid, UNAM-Civitas, 1982.

16 Silva Meza, Juan, *op. cit.*, pág. 343.

17 Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "Raíces mexicanas del artículo 8 de la DUDH: texto, contexto y proyección internacional", en Tortolero Cervantes, Francisco y Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, pp. 268-275.

En este sentido, la incorporación del amparo en la Declaración Universal representa un importante avance para la garantía efectiva de los derechos humanos en el mundo porque presupone la creación de una garantía jurisdiccional para los derechos humanos en el derecho interno para aquellos Estados que no la tenían, así como un fortalecimiento para aquellos Estados que sí la contemplaban[18].

En este punto, consideramos importante señalar que el énfasis del artículo 8 de la DUDH se encuentra en la garantía de los derechos humanos en el ámbito nacional. Son dos los elementos de la redacción del artículo 8 que nos permiten sostener la anterior afirmación, el primero de ellos es que el artículo se refiere al derecho que tiene toda persona de presentar un recurso ante los tribunales nacionales, lo que implica claramente que el derecho a un recurso efectivo reconocido en la Declaración Universal está concebido para su desarrollo en el ámbito nacional. El segundo elemento es que se refiere a los derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley, a diferencia de posteriores instrumentos internacionales que también se refieren a los derechos humanos reconocidos en los propios tratados.

El elemento central del artículo 8 de la DUDH es el desarrollo de un recurso efectivo en el ámbito nacional para garantizar los derechos fundamentales reconocidos dentro de cada uno de los Estados, y en este sentido, realiza una importante aportación al considerar a los derechos fundamentales como derechos justiciables[19]. Consideramos que la garantía de los derechos humanos a nivel nacional es de la mayor importancia para que estos tengan plena vigencia, por lo tanto, insistimos en el enorme avance que representa para los derechos humanos en el mundo el contenido y alcance del artículo 8 de la DUDH.

Lo señalado con antelación no significa que el artículo 8 de la Declaración Universal solamente haya tenido un impacto en el desarrollo del recurso efectivo al interior de los Estados, aun-

[18] Al momento de ser aprobado el artículo 8 de la DUDH contaban con esta garantía México, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Guatemala, España, Brasil y Panamá.

[19] *Cfr.* Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "Raíces mexicanas del artículo 8 de la DUDH... *cit*., pp. 241-277.

que sí es su principal propósito. También ha impactado profundamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la incorporación del amparo en la Declaración Universal a través del artículo 8 ha representado un importante impacto *"sobre el conjunto del DIDH y del sistema de supervisión de tratados internacionales, tanto en su dimensión procesal, en relación con su función en la aplicación de la regla del agotamiento previo de los recursos internos, como en su dimensión sustantiva, a partir de su función protectora y reparadora"*[20].

Después de la incorporación del amparo en el artículo 8 de la Declaración Universal, éste ha sido reconocido en tratados internacionales tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos como de los tres sistemas regionales.

En el Sistema Universal lo encontramos en el artículo 6[21] de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, en el artículo 2.3[22] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

---

[20] Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "La proyección internacional del juicio de amparo... *cit.*, pág. 353.

[21] Artículo 6
Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

[22] Artículo 2
(...)
3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

de 1966, en el artículo 2 c) [23] de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, en el artículo 2.1[24] de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, en el artículo 16.8[25] de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares de 1990, en los artículos 17.2 f)[26]

---

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

23 Artículo 2
Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:
(...)
c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

24 Artículo 2
1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

25 Artículo 16
(...)
8. Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad por detención o prisión tendrán derecho a incoar procedimientos ante un tribunal, a fin de que éste pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal. En el ejercicio de este recurso, recibirán la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado.

26 Artículo 17
(...)
2. Sin perjuicio de otras obligaciones internacionales del Estado Parte en materia de privación de libertad, cada Estado Parte, en su legislación:
(...)
f) Garantizará en cualquier circunstancia a toda persona privada de libertad y, en caso de sospecha de desaparición forzada, por encontrarse la persona privada de libertad en la incapacidad de ejercer este derecho, a toda persona con un interés legítimo, por ejemplo los allegados de la persona privada de libertad, su representante o abogado, el derecho a interponer un recurso ante un tribunal para que éste determine sin demora la legalidad de

y 20.2[27] de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006, y en el artículo 13[28] de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra en el artículo 25[29] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en el artículo 4 g)[30] de la Convención

---

la privación de libertad y ordene la liberación si dicha privación de libertad fuera ilegal.

27 Artículo 20
(...)
2. Sin perjuicio del examen de la legalidad de una privación de libertad, el Estado Parte garantizará a las personas a las que se refiere el párrafo 1 del artículo 18, el derecho a un recurso judicial rápido y efectivo para obtener sin demora las informaciones previstas en esa disposición. Ese derecho a un recurso no podrá ser suspendido o limitado bajo ninguna circunstancia.

28 Artículo 13. Acceso a la justicia
• Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. (...)

29 Artículo 25. Protección Judicial
1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

30 Artículo 4
Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994, en el artículo 10[31] de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, y en el artículo 31[32] de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos encontramos el reconocimiento del derecho humano al recurso efectivo en el

(...)
g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
(...)

31 ARTICULO X
En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.
En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a las persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar.

32 Articulo 31. Acceso a la justicia La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor. (...)

artículo 13[33] del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. Mientras que en el Sistema Africano de Derechos Humanos lo encontramos en el artículo 7.1 a)[34] de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

Por último, queremos señalar que el artículo 8 de la DUDH también ha representado un avance importante para la garantía y plena vigencia de los derechos humanos en el mundo porque promueve una visión más democrática de la justicia[35] al dotar a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados de un instrumento jurídico para hacer frente al poder del Estado y de esta manera el recurso efectivo se convierte en un instrumento de control del poder.

IV. Conclusiones

El artículo 8 de la Declaración Universal incorpora la institución del amparo. La delegación mexicana realizó un importante trabajo para que se reconociera en la DUDH el derecho humano a un recurso efectivo, de acuerdo con René Cassin la delegación mexicana es la autora del artículo 8, y gracias al consenso logrado por los Estados el derecho humano al recurso efectivo fue reconocido universalmente en 1948.

---

33 ARTÍCULO 13 Derecho a un recurso efectivo
Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

34 Artículo 7
1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:
a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes;
(...)

35 *Cfr.* Santiago Juárez, Rodrigo y Tortolero Cervantes, Francisco, "El amparo en perspectiva latinoamericana", en Tortolero Cervantes, Francisco y Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, pág. 209.

Debido a la amplia esfera de protección que contempla la institución mexicana del amparo representa la garantía idónea para todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. En este sentido, su incorporación en la Declaración Universal a través del derecho a un recurso efectivo ha significado un avance realmente importante para la conformación y consolidación de sistemas de protección de derechos humanos tanto al interior de cada uno de los Estados, sentido principal del contenido del artículo 8 de la DUDH, como en el DIDH.

A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos encontramos en el mundo grandes retos para que todas las personas podamos disfrutar de todos nuestros derechos humanos, un medio de la mayor importancia para llevar a la realidad los derechos humanos es el recurso judicial efectivo; pero no basta con que éste se encuentre reconocido, además debe ser en la práctica accesible, eficaz, rápido y sencillo. En el cumplimiento de los Estados de su obligación de proporcionar un recurso efectivo, rápido y sencillo a todas las personas bajo su jurisdicción que las ampare y repare frente a violaciones a sus derechos se encuentra en gran medida la plena vigencia de los derechos humanos.

Fuentes

Instrumentos internacionales

Sistema Universal

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares de 1990.

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

Sistema Interamericano

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015.

Sistema Europeo

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

Sistema Africano

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

Doctrina

Cancado Trindade, Antonio Augusto, "O legado da Declaracao Universal de 1948 e o futuro da protecao internacional dos direitos humanos" en Fix-Zamudio, Héctor (coord..), *México*

y las declaraciones de derechos humanos, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 199, pp.3-41.

Cassin, René, "El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal", *Veinte años de evolución de los derechos humanos,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional,* México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012.

——, "Raíces mexicanas del artículo 8 de la DUDH: texto, contexto y proyección internacional", en Tortolero Cervantes, Francisco y Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, pp. 241-277.

——, "La proyección internacional del juicio de amparo: la contribución mexicana a la Declaración Universal de Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coord.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, 2017, t.II., pp. 347-364.

Fajardo Morales, Zamir Andrés, "La Plena Vigencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Una Utopía por Construir", American University International Law Review, Washington, volumen 25, número 1, 2009, pp. 76-114.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Breves notas sobre el amparo iberoamericano desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado", *Díkaion*, Colombia, año 20, número 15, noviembre 2006.

Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo,* México, Porrúa, 1964.

——, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales,* Madrid, UNAM-Civitas, 1982.

——, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVI, núm. 77, mayo-agosto de 1993, *http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/77/art/art3.htm*.

——, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo,* México, Porrúa, 2003.

Helle, Claude, "Declaración Universal y Pactos Internacionales de Derechos Humanos", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 1, número 1, enero-abril de 1986, pp. 119-128.

Martínez Ramírez, Fabiola, "El juicio de amparo mexicano como recurso judicial efectivo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coord.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, 2017, t.II., pp. 99-111.

Santiago Juárez, Rodrigo y Tortolero Cervantes, Francisco, "El amparo en perspectiva latinoamericana", en Tortolero Cervantes, Francisco y Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, pp. 173-201.

Silva Meza, Juan, "El nacimiento de un derecho: el amparo mexicano como recurso judicial efectivo, aportación a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Las acciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coord.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, 2017, t.II., pp. 335-346.

Suárez Ávila, Alberto Abad, "La participación de la delegación mexicana en la proyección del amparo mexicano en el ámbito internacional", en Tortolero Cervantes, Francisco y Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, pp. 215-231.

Ventura Robles, Manuel, "El Valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en Cancado Trindade, Antonio Augusto (editor), *The Modern World of Human Rights /* El mundo moderno de los derechos humanos, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 255-265.

El derecho a la protección judicial contra las violaciones a los derechos humanos

Luis Miguel Cano López

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley." Artículo octavo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que para orgullo mexicano, bien puede postularse que estuvo inspirado en nuestro juicio de amparo. Setenta años después, la realidad necesita invertirse.

En otras palabras, vivimos una época en la que nuestro juicio de amparo requiere inspirarse en el derecho universal a la protección judicial, para en verdad asegurar su sencillez, accesibilidad, brevedad, idoneidad y efectividad como mecanismo de garantía de nuestros derechos humanos. En buena medida dado que las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acontecidas en junio de 2011, no se apreciaron seriamente.

Afirmación que no obedece a una reflexión académica pura, ni se conforma con el repaso de los discursos institucionales reiterados una y otra vez, sino que se ha constatado durante años de defender derechos humanos desde el litigio de amparo, y hasta con algún paréntesis de infiltrado en el máximo Tribunal Constitucional que tiene México. Un pasito para adelante, dos pasos para atrás, hoy día el amparo mexicano no está a la altura del artículo 8.

En esa idea, el objetivo de esta aportación es exponer algunas mejoras al juicio de amparo comprometidas por las reformas constitucionales de junio de 2011 y denunciar ciertas regresiones aparecidas en sede jurisdiccional en torno a ellas. Así, en plural, las reformas de junio de 2011, porque no se podría entender la de amparo sin la de derechos humanos, la primera publicada el 6, la segunda, el 10, aunque fue ésta la que comenzó su vigencia antes.

Con ese pequeño detalle, pero más importante, por su contenido, quedaron inauguradas una serie de alternativas en torno al entendimiento que se ha podido dar de ambas reformas, y en esa medida, importa contrastar aquellas visiones encontradas, pues optar por una u otra impacta en la forma de ver al amparo como un juicio técnico sumamente especializado, acorde a una tradición exacerbada, o transformarlo en un recurso sencillo como debe de ser.

Dos impactos de la reforma constitucional en materia de derechos humanos

Si tu Constitución ordena expresamente que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con ella y con los tratados en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, te brinda al menos dos alternativas: entender ese mandato como una regla, o por el contrario, considerarlo como un principio. Desde un inicio, he optado por lo primero. No pienso que el texto constitucional ponga a consideración de sus intérpretes la posibilidad de obviar la máxima protección que anuncia.

Apreciar como una regla ese mandato constitucional, cambia la esencia del ordenamiento jurídico, la manera de aplicarlo y hasta el modo de teorizar alrededor suyo. El Derecho podrá continuar con cierto grado de ambigüedad, pero no debe permitirse su ambivalencia. Cada disposición constitucional requiere interpretarse de la forma que más beneficie a las personas y a sus derechos humanos, siempre, sin excepciones, en cada una de sus materias.

También respecto del amparo. Y es por esa razón que la reforma constitucional de derechos humanos impacta a este juicio: el amparo tiene que brindar, por mandato constitucional, la

mayor protección a las personas. Quien quiera negar esta orden, tendría que alegar que las normas que rigen al amparo, desde su ley reglamentaria hasta las de origen jurisprudencial, no son normas relativas a derechos humanos, pero entonces ¿dónde quedaría el artículo 8?

No es que se confundan derechos y garantías, es que el juicio de amparo participa de ambas naturalezas. Es tanto un medio de salvaguarda de los derechos humanos, como uno de los mecanismos que se han dispuesto en el ordenamiento jurídico mexicano para hacer realidad el derecho a la protección judicial; ese que tenemos todas las personas para contar con un recurso judicial efectivo que nos ampare frente a las violaciones a todos nuestros derechos.

Todavía habría quienes pudieran alegar que la orden establecida en el párrafo segundo del artículo primero constitucional no puede leerse aisladamente, sino que debe interpretarse en sintonía con el resto de preceptos constitucionales. Ante tal postura tendría que responderse que el mandato pro persona aplica para sí mismo, a fin de extenderse al máximo, y para todas las demás disposiciones constitucionales, como una especie de norma fundante o regla de origen en nuestro ordenamiento: aceptamos convivir en sociedad bajo el Derecho establecido, porque la Constitución promete protegernos de la manera más amplia posible.

El segundo impacto de la reforma de 10 de junio de 2011 en la figura del amparo se sigue a la luz de la reserva de Constitución que debió permear toda la materia del juicio. Cuando el primer párrafo del artículo inicial de nuestra Constitución señala que los derechos humanos que nos reconoce y las garantías previstas para su protección, no pueden restringirse ni suspenderse en cuanto a su ejercicio, salvo en los casos y bajo las condiciones que ella misma establece, no lo hace gratuitamente. Ello conlleva que el amparo, como garantía de nuestros derechos, nunca puede limitarse por fuentes normativas distintas a la Constitución.

Dos entes resultan prioritariamente obligados por este mandato de reserva: el Congreso de la Unión y el Poder Judicial de la Federación. La ley reglamentaria del juicio y cualquier otra ley

no pueden restringir al amparo en mayor medida que el propio texto constitucional. Más importante para la práctica cotidiana en tribunales, ninguna aplicación o interpretación en sede judicial puede limitar al amparo más allá de lo permitido por nuestra Constitución.

Diametralmente opuesto a ello, el razonamiento minoritario que se impuso en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolverse la contradicción de tesis 293/2011, desde tal día parece haberse reiterado como la forma normal de pensar en nuestros juzgados y tribunales, en el sentido de que en todo momento deben imperar las restricciones de los derechos, en tanto que no son absolutos, sin hacer distinción a si las restricciones provienen del texto expreso de la Constitución, o si solamente se basan en leyes o criterios judiciales.

En ese camino, no es ocasional que por lo que respecta a la tramitación y estudio de fondo en los juicios de amparo, se olvide que se debe estar a lo que establece la Constitución, para en lugar de ello aceptar sin mayor crítica ni reflexión lo que resulta de leyes secundarias o de precedentes jurisdiccionales, sin importar si con ello no se logra la mayor protección de las personas y sus derechos. Al dejar de lado ambos mandatos, la ortodoxia es la triunfante.

Desapercibida queda una obviedad: la supremacía constitucional implica que ninguna ley, ningún acto, ninguna omisión, ninguna interpretación, ningún fallo, ninguna autoridad, pueden restringir de más los mecanismos de garantía que ofrecen protección judicial a nuestros derechos humanos. Una vez más, la materia de amparo no es la excepción. Ni la Corte, ni los tribunales, ni los juzgados de amparo, se sitúan por arriba de la Constitución.

En paralelo, la forma de razonamiento judicial tampoco cambió lo que tenía que cambiar. Cierto que en la tradición mexicana sobre el amparo convive tanto un recurso de legalidad en el que tiene demasiado peso el análisis de la indebida aplicación o interpretación de las leyes ordinarias, y que por ende acostumbra de sobre manera a quienes juzgan a argumentar desde la mera legalidad; como un recurso de constitucionalidad que lo que exige es juzgar desde la Constitución, ampliada con las mejores fuentes normativas de origen internacional.

Pero aunque eso sea cierto, en nada justifica que desde la Suprema Corte de Justicia hasta los juzgados de primera instancia en el amparo, se razone mayoritariamente como si no se tuvieran encomendadas las responsabilidades de un Tribunal Constitucional. El amparo es un juicio constitucional que versa antes que todo sobre la constitucionalidad de actos de autoridad, es uno de los recursos judiciales con los que se pretenden garantizar nuestros derechos humanos y ofrecerles en todo momento la más amplia protección a las personas.

Por ello mismo, al amparo lo rige primordial y prioritariamente, el texto constitucional y el de las fuentes internacionales que reconocen el derecho a la protección judicial contra las violaciones a los derechos humanos, en la medida en la que resulten más benéficas. Ambas fuentes normativas ostentan supremacía constitucional en nuestro ordenamiento, acorde a nuestro artículo primero constitucional, y como lógica consecuencia de ello, al amparo no se le puede restringir o limitar usando fundamentos legales o jurisprudenciales secundarios.

Es más, en el supuesto de que en algún tratado internacional se comprometiera restringir el ámbito de protección del amparo, ello tampoco podría aprobar la reserva de Constitución que se impone en la parte final del primer párrafo del artículo primero constitucional. En ese caso también podría recordarse que dicho tratado no estaría de acuerdo con nuestra Constitución, en términos de su propio artículo 133. Aquella reserva goza de supremacía constitucional y nos asegura que más allá de los casos y las condiciones constitucionales expresas con las que se podría limitar al juicio, ni una otra fuente normativa podría hacerlo.

En un caso límite, si ha de estarse a lo que la Constitución mandata, inclusive podría disputarse que una disposición constitucional limitara al juicio de amparo y dificultara la protección judicial que ofrece como recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos, en un grado más restrictivo al de una fuente normativa secundaria que resultara en una protección más amplia. Preferir y aplicar la segunda sería lo consecuente con el mandato constitucional pro persona. Eso es lo que en realidad sería "estar a lo que establece el texto constitucional". La línea jurisprudencial de nuestra Corte se opone a ello, y hay quienes

podrían apelar a su autoridad para apoyarla, pero eso no es lo más favorable.

En todo caso, a partir de estos dos pilares constitucionales, se siguen otros tantos más, que a la par con los resultantes de la reforma de 6 de junio, fijan las bases constitucionales que rigen al amparo, y que no pueden restringirse salvo en los casos y bajo las condiciones que únicamente en el texto constitucional puedan quedar previstas por expreso. El amparo es así un juicio constitucional sobre constitucionalidad de actos de autoridad, cuya regulación primordial y preponderante se encuentra en la Constitución, la cual puede ser aumentada o desarrollada pero sólo para mejorarlo, por el resto de fuentes normativas de nivel ordinario.

Algunos compromisos de la reforma constitucional en materia de amparo

Hacer del amparo un mejor medio para la garantía de los derechos humanos ha sido la meta de la reforma constitucional en la materia. Combinada con la reforma de derechos humanos permite postular al menos cinco ampliaciones en el ámbito de tutela del juicio. Repasemos cada una de ellas. La primera y más obvia no obedece tanto al cambio de expresiones entre garantías individuales y derechos humanos, sino a las fuentes normativas que les consagran.

En armonía con el párrafo primero del artículo primero de la Constitución, su artículo 103 dispone que en el juicio de amparo se resolverán las controversias ocasionadas por actos de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos en el propio texto constitucional, así como en el de los tratados internacionales de los que México sea parte. Al respecto, una primera alternativa para el debate pasa por delimitar qué fuentes de origen internacional tienen el peso suficiente para consagrar un derecho digno de la tutela ofrecida por el juicio.

En mi opinión, lo más favorable es postular que si un derecho humano no se encuentra en un tratado formal, sino que se halla reconocido en otras fuentes normativas internacionales distintas, por más suaves que sean, ese derecho humano cuenta con la protección judicial ofrecida por nuestro juicio de amparo. Esta conclusión nada tiene que ver con el carácter vinculante o no

de la fuente normativa en cuestión, sino con la observancia del mandato constitucional de asegurar el máximo estándar de protección. Claro está, alguien podría alegar que si la Constitución sólo hace referencia a tratados, es porque se quiso restringir el ámbito de tutela del juicio exclusivamente a los derechos humanos con dicha fuente. Pero una vez más, esa no es la lectura más favorable del texto constitucional y debe descartarse.

El resultado de esta polémica impacta en dos detalles prácticos para el litigio de amparo. El planteamiento de conceptos de violación en una demanda que se ocupen exclusivamente de cuestiones constitucionales, de entrada permite evadir el agotamiento de recursos ordinarios previos (artículo 107 constitucional, fracción IV, párrafo segundo). Y en segunda instancia, la interpretación de textos constitucionales —que incluya con amplitud a todas las fuentes internacionales—, es lo que posibilita acreditar uno de los requisitos para la extraordinaria procedencia de la revisión en el amparo directo, de conocimiento exclusivo de la Suprema Corte (artículo 107 constitucional, fracción IX). En ambos supuestos, la decisión será sobre violaciones directas a la Constitución, o cuestiones propiamente constitucionales, siempre que se asuma que la garantía de un derecho no depende de la fuerza normativa de su fuente.

Una segunda ampliación del objeto de tutela del amparo consiste en ofrecer protección judicial a cosas diversas a los derechos humanos, más allá incluso del texto literal del artículo octavo de la Declaración Universal. En esa línea, las tres fracciones del artículo 103 de la Constitución abren la vía para plantear la defensa de algo más que derechos. La fracción I de ese precepto habla de las garantías otorgadas para su protección. Ello significa que el amparo debiera funcionar como una meta-garantía de otros mecanismos de garantía.

En tanto que sus fracciones II y III tratan sobre la soberanía de los Estados de la República o la autonomía de la Ciudad de México, y la esfera competencial federal, respectivamente. De tomarse en serio estos supuestos, el juicio de amparo podría permitir el planteamiento de cuestiones que son tradicional objeto de protección en un diverso juicio constitucional: las controversias constitucionales. La ortodoxia ha sostenido que en realidad am-

bos casos conllevan violaciones a una vertiente de la legalidad, a saber, que las afectaciones para las personas que acuden al amparo se originan en la actuación de una autoridad incompetente.

Por su parte, en la fracción I del artículo 107 constitucional se indica que tiene el carácter de parte agraviada o quejosa en el amparo, quien alegue: (i) la titularidad de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, (ii) que los actos de autoridad que reclama violan sus derechos reconocidos, y (iii) que ello causa la afectación de su esfera jurídica, sea de forma directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Con base en la lectura literal de este texto reformado en junio de 2011, lo más que se ha sostenido es la incorporación de la figura del interés legítimo como una ampliación de la legitimación para accionar el juicio. Sin embargo, pudiera ser que la titularidad de intereses legítimos diera para algo más, como plantear la defensa de cosas que hoy no se miran como derechos.

El adecuado funcionamiento de las instituciones garantes de derechos humanos, algunas de ellas previstas como órganos constitucionales autónomos; la correcta administración y fiscalización de los recursos económicos; las responsabilidades en el debido desempeño de las funciones públicas; o el eficaz combate a la corrupción, de inicio. Todas esas temáticas, además de las invasiones a las esferas competenciales, todas, podrían ser controladas y justiciables a través del amparo, si se interpretara que basta la titularidad de intereses legítimos en cada una de ellas, que no derechos en específico, para enjuiciarlas en amparos. El potencial de esos juicios impulsados por personas, y no planteados entre autoridades según motivaciones políticas, quizá podría hacer mucho por el Estado de Derecho nacional.

Si estas dos primeras ampliaciones del juicio se dan en torno a lo que se puede proteger a través suyo, en relación con su objeto de tutela, la tercera extensión del amparo se presenta respecto de los actos que se pueden cuestionar por esta vía. En otros términos, aumenta el ámbito de protección del amparo pero visto a partir de los actos contra los que se puede enderezar. Una vez más, es en el artículo 103 constitucional en donde se señala contra qué tipo de actuaciones de autoridad se plantea una controversia de amparo, y la novedad es que suma a las normas

generales y a los actos específicos, la mención expresa de las omisiones.

A nivel de la ley reglamentaria en la materia, las omisiones no significaban una adición, pero con su introducción expresa en el texto constitucional se debieron dar dos cambios prácticos en el litigio de amparo. La posibilidad de impugnar omisiones legislativas y la inversión de las cargas probatorias tradicionales respecto de la existencia de las omisiones reclamadas. Lo primero tradicionalmente se veía impedido bajo el alegato de ir más allá de los efectos particulares de las sentencias de amparo. Hoy día, afortunadamente la línea jurisprudencial de nuestra Suprema Corte ha emprendido un giro de ciento ochenta grados.

Queda pendiente conocer si frente a otro tipo especial de omisiones, como la demora en los nombramientos de titulares de órganos de autoridad o de plano, la instauración de ellos, también se termina por reconocer al amparo como la vía adecuada y efectiva de protección judicial —para lo cual seguramente se necesitaría una combinación con una interpretación extensiva de la figura del interés legítimo—. En todo caso, la lógica probatoria tendría que modificarse, porque para demandar exitosamente en amparo una omisión legislativa, o de concreción de una instancia de autoridad o de nombramiento de sus titulares, lo único que haría falta es ubicar el mandato constitucional que ordena lo conducente. Asimismo, para el resto de omisiones, lo que debe de argumentarse convincentemente es la existencia de la competencia, atribución o facultad que no se ha usado, cuando resultaba vinculante hacerlo.

Ante ello, la típica respuesta en los informes justificados de las autoridades en el sentido de negar la existencia de lo que se les reclama, de nada serviría, porque al negar una omisión se actualiza la carga de probar la actuación positiva que la desvirtúa. Si se piensa por un instante en un juicio en el que se combata una desaparición forzada se podrá constatar el potencial de este cambio: quien detenga a una persona debe ponerla a disposición de una autoridad competente, que en última instancia terminará por ser un juzgado, así que acreditada la detención, si no se puede demostrar la entrega de la persona ante la siguiente autoridad competente y así hasta su puesta a disposición de un juzgado,

no puede evadirse de lo reclamado con la mera negativa de su existencia, cuando lo que tiene obligación de hacer es asegurar que la persona detenida es presentada a la siguiente autoridad competente.

En cuarto lugar, probablemente la mejora más publicitada en torno a la reforma del amparo es la relativa a la inclusión en el texto constitucional del interés legítimo, en su típica vertiente de figura procesal. No obstante que respecto de actos o resoluciones provenientes de tribunales permanece la exigencia de aducir la titularidad de un derecho subjetivo afectado de manera personal y directa, lo cierto es que la incorporación del interés legítimo sí ha significado un avance importante. Ejemplos de ello son la defensa de derechos de grupo como en el caso de los matrimonios igualitarios, o bien, la posibilidad de que las personas jurídicas puedan defender los derechos humanos vinculados con su objeto social.

Sin embargo, la otra cara de la moneda se ha visto con la mención del interés simple, figura prevista hasta la ley reglamentaria del juicio de amparo que siguió a la reforma constitucional, la cual se publicó el 2 de abril de 2013 para entrar en vigor al día siguiente. Solamente bastó el señalamiento en ley de que el interés simple nunca podrá invocarse como interés legítimo para inaugurar una línea jurisprudencial restrictiva, que en ningún instante ha reparado en que no existe fundamento constitucional expreso para esa limitante.

A reserva de profundizar en torno al interés legítimo en otra oportunidad, para finalizar este apartado importa destacar una quinta serie de ampliaciones al ámbito de protección del juicio de amparo que debieron derivar de la aplicación práctica de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo primero de nuestra Constitución. Si todas las autoridades, en el marco de sus competencias, tienen obligaciones correlativas a los derechos humanos, los órganos judiciales que conocen del amparo no están exceptuados de tomarlas en cuenta seriamente.

El dogma consistente en que los juzgados de amparo no pueden violar derechos humanos debiera quedar abandonado, puesto que nada en el texto constitucional les exenta, dispensa, excusa o exime de hacer frente a las obligaciones, principios y deberes

reconocidos en aquel párrafo tercero. No se trata de inaugurar un camino infinito que permita demandar en amparo lo que se haga en un juicio previo del mismo tipo, sino en controlar la actuación de las instancias judiciales por medio de los recursos establecidos constitucional y legalmente.

Para ejemplificar algunos desarrollos en este tenor, es suficiente pensar en las posibilidades siguientes: (i) para prevenir que se profundicen violaciones a derechos humanos, cuando lo que se cuestiona en amparo son precisamente esas violaciones, la figura de la suspensión en el juicio amerita reinterpretarse a fin de facilitar su dictado, pues como medida cautelar que puede tener tanto efectos negativos tradicionales, como efectos positivos novedosos, puede constituirse en el medio idóneo y efectivo para atender aquel deber constitucional; (ii) para investigar tales violaciones, los órganos jurisdiccionales de amparo siempre deben mostrar disposición para hacerse de las pruebas necesarias para la mejor resolución del asunto, incluso de manera oficiosa; (iii) y por supuesto, para reparar dichas violaciones, en las sentencias que amparen no se puede regatear con los alcances de las medidas de reparación.

Alcanzado este entendimiento constitucional que apunta siempre a favorecer la mayor protección judicial posible por vía del amparo, entre otras cosas sería más sencillo entender que se equivoca la ortodoxia del amparo cuando afirma que los efectos de una sentencia favorable son esencialmente restitutorios, y que con ese pretexto, pueden descartarse otros tipos de medidas de reparación, olvidando que el principio constitucional de indivisibilidad en torno a los derechos, alcanza a este juicio, por lo que es obligado reparar integralmente, mucho más si de ello depende la observancia efectiva del deber constitucional de garantía.

En la misma línea, comprender que las instancias de amparo siempre dentro de su esfera de competencias, entre otras, tienen la obligación de proteger los derechos humanos frente a terceras personas, abonaría el camino para hacer del amparo un medio eficaz para controlar las consecuencias de los actos de particulares que impactan en el respeto a los derechos humanos. Con la figura legal de los actos de particulares equivalentes a los de autoridad, no sólo se toma en serio aquella obligación constitucional, sino

que el amparo podría volver a ser fuente de inspiración universal, mostrando lo que significa contar con mecanismos judiciales nacionales que aborden las violaciones de derechos ocasionadas por empresas (véase principio 26 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos).

Dos encomiendas convencionales/constitucionales para el juicio de amparo

No es éste el lugar para desarrollar los estándares de fuente internacional que conforman el derecho humano a la protección judicial, pues una voz más autorizada en esta obra tiene esa tarea. A pesar de ello, conviene hacer mención de dos cuestiones trascendentales en este ámbito. Antes que todo, para contribuir al respeto del derecho a tener un recurso judicial que nos ampare contra las violaciones a nuestros derechos, este juicio no tiene más opción que ser un recurso breve, sencillo, accesible, adecuado y efectivo para su salvaguarda. Cinco lineamientos elementales que deberían de verificarse en la práctica de los tribunales.

Adicionalmente, no podría escapar que al aceptarse la figura del control difuso ex officio, se ha adquirido el compromiso de asegurar que se lleve a cabo como parte del razonamiento judicial cotidiano en materia de amparo, en todo momento, si con ello se puede favorecer la mayor protección para las personas. O bueno, al menos en tres momentos: (i) las primeras instancias de amparo deberían de practicarlo, sin necesidad de que exista petición de parte, para ajustar la ley reglamentaria y precedentes jurisdiccionales al más exigente estándar de protección; (ii) si fallan en ese compromiso, el objeto de la litis de segunda instancia dejará de ser sólo de mera legalidad para abarcar temas de convencionalidad/constitucionalidad; (iii) y con independencia de ello, siempre debiera conservarse la posibilidad de analizar ex officio normas empleadas por las autoridades responsables aunque no se planteara ex parte.

Aunque son simples de enunciar estas dos encomiendas, quizá su aceptación en la tradición del amparo sea de lo más complejo y para lo que más tiempo tenga que transcurrir. Sea como fuere, propuesto el marco ideal apoyado en una lectura integral que busca acatar el mandato constitucional pro persona en la mate-

ria, lo que resta es resaltar unos cuantos precedentes que esbozan algunas de las líneas jurisprudenciales incipientes en torno a ello.

Regresiones judiciales en torno al juicio de amparo

Vale la pena comenzar por lo último expuesto. A veces me da la impresión de que en los juzgados y tribunales de amparo, incluida nuestra Suprema Corte, se olvida que este juicio debe ser algo sencillo y accesible de litigar para todas las personas, pues al fin y al cabo, es un medio para ofrecer protección judicial frente a las violaciones de nuestros derechos y propiciar el acceso a la justicia o tutela jurisdiccional de todas las personas y comunidades.

La Constitución en México no condiciona el acceso a la justicia a la condición social o económica. En consecuencia, no debería depender de la contratación de servicios jurídicos de excelencia —normalmente bastante costosos—, las probabilidades de éxito en un amparo. No debería porque la impartición de justicia es un servicio público, que al menos tendría que ser asequible, de calidad, culturamente adecuado, llevado con ajustes razonables para que cualquier persona o colectivo hasta en las peores circunstancias, logre encontrar acceso real, oportuno, equitativo y efectivo a los tribunales, a fin de que la amparen si así procede.

Por si fuera poco, la cuestión sujeta a juicio en un amparo es la violación a los derechos humanos, y del otro lado, la actuación válida o inválida de nuestras autoridades. Siendo así, no puedo pensar en algún otro juicio de mayor interés público que debiera trascender las pretensiones particulares de las partes contendientes. En congruencia con todo eso, iniciado el juicio, su conducción tendría que ser primordial responsabilidad de las personas que laboran en juzgados, tribunales y Suprema Corte, que son servidoras y servidores públicos.

Así, por elemental coherencia con el hecho de que el amparo es un medio para respetar el derecho humano a la protección judicial, las cargas argumentativas deberían corresponder a la gente experta en Derecho que tiene la función pública de impartir justicia y que por ello recibe remuneraciones que se cubren con nuestros recursos públicos. La realidad mexicana es otra, por mucho. Evidencia de ello es que el mandato pro persona tiene que ser razonado con suficiencia por la parte quejosa en el am-

paro, lo mismo que los planteamientos para realizar un control difuso del parámetro de regularidad constitucional y un test de igualdad.

Constancias de estas inversiones en las cargas argumentativas, por lo que toca a la igualdad y la no discriminación, se encuentran en dos jurisprudencias de la Primera Sala de la Corte, ambas de la décima época —la más reciente y que supuestamente debería reflejar novedosos criterios judiciales a raíz de las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo—.

La jurisprudencia 1a./J. 47/2016 (10a.) indica que los conceptos de violación en el amparo en los que se alegue la violación al principio de igualdad, resultan inoperantes si la parte quejosa no proporciona el parámetro o término de comparación para acreditar que la norma reclamada otorga un trato diferenciado. A su vez, la jurisprudencia 1a./J. 44/2018 (10a.) recuerda la metodología necesaria para analizar casos que involucren la posible existencia de un tratamiento normativo diferenciado, y reitera que en torno al estudio de actos y preceptos normativos que directa o indirectamente, o de forma tácita, sean discriminatorios, la persona que alega discriminación en su contra es la que debe proporcionar un parámetro o término de comparación para demostrar, en primer lugar, un trato diferenciado. Resultado de incumplir esta pauta es que no exista un requisito mínimo para atender la causa de pedir.

En lo concerniente al mandato pro persona sucede algo curioso, digno de reflexionarse a profundidad. Existe el criterio 1a. CCCXXVII/2014 (10a.) de la Primera Sala de la Corte que por un lado establece que es obligación de los tribunales de amparo estudiar los asuntos bajo su guía, pero como mero canon interpretativo, y sí, de oficio, pero cuando el juzgado o tribunal lo considere necesario para resolver los casos bajo su jurisdicción. En cambio, en ese mismo precedente advierte que si la persona demandante de amparo es la que plantea la inobservancia del principio pro persona debe cumplir con suficiencia requisitos mínimos para que se atienda esta cuestión. En cierto sentido es como si las personas tuvieran mejor oportunidad de encontrar protección si se colocan a merced de los buenos oficios judiciales.

Si deciden aventurarse con la exigencia de aplicación del principio pro persona, entonces su carga argumentativa, según esta Sala, pasa por lo siguiente: "a) pedir la aplicación del principio o impugnar su falta de aplicación por la autoridad responsable; b) señalar cuál es el derecho humano o fundamental cuya maximización se pretende; c) indicar la norma cuya aplicación debe preferirse o la interpretación que resulta más favorable hacia el derecho fundamental; y d) precisar los motivos para preferirlos en lugar de otras normas o interpretaciones posibles". Quizá se pueda postular que esa carga argumentativa es mínima, pero eso no necesariamente es cierto para todas las personas que litigan amparo, ni menos esconde el hecho de que con ella se impone el deber de colaborar con las tareas judiciales.

Excelente que existan personas expertas en amparo que contribuyan y faciliten la labor judicial con excelsas argumentaciones, pero de ahí a que en los tribunales se piense más en detectar los errores o carencias de los planteamientos para de alguna manera reprobarlos, como si se tratara de una clase o de exaltar el ego propio, en lugar de tener en mente que se cumple una función pública para impartir justicia y desterrar actuaciones inconstitucionales que violentan los derechos humanos, termina por alejar al amparo de la sencillez requerida.

Patrón que se reitera por lo que toca a la petición de llevar a cabo un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, tal como queda de manifiesto en la jurisprudencia de la Segunda Sala 2a./J. 123/2014 (10a.). Si en el planteamiento del juicio no se precisan al menos las normas en específico que se quieran contrastar y los derechos humanos involucrados, los juzgados y tribunales se verán imposibilitados a realizar ese control, debido a que se necesitan requisitos mínimos para su análisis, pues de lo contrario se les obligaría a realizar el estudio de todas las normas que rigen el procedimiento y dictado de la resolución, confrontándolas con todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y ello escaparía de sus posibilidades, a menos que sacrificaran principios que rigen la materia como la exhaustividad y congruencia en torno a los argumentos planteados.

En México, el ejemplo dado por nuestra Corte, más para mal que para bien, impacta en los tribunales y juzgados de amparo.

Por eso en nada extraña que algún tribunal colegiado se apresurara a mostrar en su propia jurisprudencia XXVII.3o. J/11 (10a.), que compartía el anterior criterio. Resultado de ello es que será declarado inoperante el planteamiento que solicite la práctica del control difuso, si no indica el derecho humano que se estima violado, la norma general a contrastar y el agravio producido, pues aunque se diga iura novit curia, quien juzga no está obligado a emprender un estudio "expreso" oficioso de los derechos o preceptos que le transcriban o los genéricamente invocados como pertenecientes al sistema.

¿Quién se acuerda que la sencillez en el amparo constituye un estándar convencional que no puede restringirse salvo que la Constitución lo ordene expresamente, pero que además es obligado promover porque favorece una mejor protección judicial? Mientras tanto, si así se ha complicado lo más simple, no hay mucho que esperar de algo más complejo, como tomarse en serio el deber de llevar a cabo un control difuso ex officio en cada razonamiento judicial en torno al amparo, hasta que imperen las normas más benéficas para las personas.

Al respecto, los precedentes judiciales han reducido a lo mínimo posible los alcances de ese control, al grado de que sus regresiones configuren una contra-reforma constitucional. Para empezar, la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas jurídicas no se pone en entredicho —jurisprudencia 1a./J. 4/2016 (10a.)—. Segundo, no todo puede quedar sujeto a control: nunca los propios preceptos de nuestra Constitución —jurisprudencia 2a./J. 3/2014 (10a.)—, aunque con ello se ignore abiertamente el mandato pro persona; y tampoco los propios criterios de la Suprema Corte —jurisprudencia P./J. 64/2014 (10a.)—, más por respeto a la jerarquía del Tribunal Constitucional que otra cosa —tesis 2a. CII/2016 (10a.)—.

En mi opinión, mayor sensación de inestabilidad e incertidumbre tenemos las personas cuando nuestra Corte desconoce la esencia de la Constitución que es la de favorecer en todo tiempo la máxima protección de nuestros derechos, y ello nos lo quiere catafixiar diciendo que deberá potencializar la aplicación de la interpretación más favorable, pero sin que nada cambie más de lo necesario —jurisprudencia 2a./J. 56/2014 (10a.)—. Contexto

en el cual no extraña que la práctica del control difuso también quede corta ante formalismos procesales.

Con precedentes como los que se han destacado, a nadie debiera sorprender que quienes nos dedicamos a la defensa de los derechos humanos a través del juicio de amparo, nos parezca determinante exigir el cumplimiento del contenido del tercer párrafo del artículo 17 constitucional: que las autoridades de amparo privilegien la solución del juicio sobre los formalismos procedimentales, porque eso asegura el debido proceso y la equidad procesal. Ello para que el mandato pro persona no sea puro papel —tesis 1a. CCLXXVI/2012 (10a.) y jurisprudencias 1a./J. 10/2014 (10a.) y 1a./J. 22/2014 (10a.), es lo que terminan haciendo—.

En lo que eso llega, la otra embestida que la práctica del control difuso ha tenido que soportar se ha dado precisamente al pretextar el debido proceso y sus formalidades, en su vertiente primigenia: el ámbito competencial. En mal día el Pleno de la Suprema Corte se convenció de que los juzgados y tribunales de amparo sólo pueden ejercer un control de regularidad constitucional difuso o ex officio respecto de las disposiciones que ellos mismos están facultados para aplicar en juicio, a saber, la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código Federal de Procedimientos Civiles; lo que por contraste conlleva que no estén facultados para practicarlo en relación con las normas que rigen los juicios de origen —véanse tesis aisladas P. IX/2015 (10a.) y P. X/2015 (10a.)—.

En términos simples, normas inconstitucionales pueden quedar impunes desde los juicios ordinarios, a menos que en esas instancias los tribunales locales cumplan su encomienda constitucional y protejan los derechos de las personas que acuden a ellos, o bien, que al llevar esos casos a la justicia federal de amparo, se litigue con sapiencia para plantear correctamente el análisis sobre la validez de aquellas normas que impactaron los juicios de origen, o al último, se reciba con gracia la institución de la suplencia de la queja deficiente.

Hasta que la suplencia de la queja no esté generalizada para todos los casos, la verdad es que una vez más destaca que el acceso a la justicia está en buena medida condicionado a la voluntad de

los tribunales y la pericia de litigantes. Y si la esperanza se deposita en las instancias judiciales ordinarias, se debe anticipar que cuentan con la condescendencia de la Corte, uno, para practicar ese control difuso cuando les nazca, pero sin dialogar o razonar directamente con la Constitución General de la República —tesis 1a. XXXIX/2016 (10a.)—; dos, para ponerse exigentes si se les plantea expresamente por las partes; y tres, para excusarse de ello con la simple frase de que no advirtieron que la norma fuese violatoria de derechos humanos, sin que sea necesaria una justificación jurídica exhaustiva en ese sentido —tesis 1a. CCXC/2015 (10a.)—. Un desbarajuste que necesita pronto ser enmendado.

Corrección indispensable porque en el fondo ese desbarajuste simplemente obedece al celo del Poder Judicial federal para compartir con el resto de los poderes judiciales el poder y el privilegio de decidir lo que nuestra Constitución dice. Lo cual, vale la pena expresarlo, nos acercaría a democratizar el acceso a la justicia. Pero no, por ahora se pretexta que tal puerta implicaría que el control difuso en vía ordinaria se equipare al control concentrado en instancia constitucional. No se trata de aligerar cargas a quienes litigamos, sino de que se prolongue la intrascendencia de la protección judicial en todos y cada uno de los tribunales.

¿Dónde quedan los recursos judiciales efectivos ante los tribunales nacionales competentes, que nos amparen contra actos que quebrantan nuestros derechos humanos? ¿Toca esperar a conocer lo que resulte de los debates en la Suprema Corte en torno a la contradicción de tesis 351/2014, para atestiguar si en algo cambian las cosas? Mejor, cambio de página para culminar este escrito con otra de las más preocupantes líneas jurisprudenciales que pudiera formarse en torno a los alcances de protección judicial que ofrece el amparo: la reparación.

Cuestiones de espacio impiden dedicar el cierre de esta aportación a otros temas, pero si a alguien interesa conocer una opinión sobre la ineficacia del amparo como meta-garantía, al menos por lo que corresponde a los organismos de protección de los derechos humanos; los obstáculos iniciales para extender este juicio frente a actos de particulares; o hasta aferrarse a la esperanza abierta por algún desarrollo de la figura del interés legítimo

o el matiz de los efectos particulares de las sentencias de amparo; sugiero que busquen las ideas compartidas en la Serie Renovación Jurisprudencial, que desde la organización Litiga OLE publicamos con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad Adenauer.

Cerrado este comercial, pienso que es realmente trascendente el tema de las reparaciones en el amparo, porque de eso depende en gran medida su efectividad como medio de protección judicial. De ahí la importancia de debatir a fondo el precedente del amparo en revisión 706/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte. Su argumentación para acotar los alcances de las medidas de reparación que se pueden dictar al conceder un amparo, deja mucho que desear, porque siendo consciente de los desarrollos de fuente internacional, privilegió una perspectiva legalista que no queda a la altura de un Tribunal Constitucional.

En esencia, la mayoría que adoptó los criterios en la Sala distinguió entre lo que se juzga en un plano internacional como el interamericano y lo que se juzga al interior en un amparo. Vislumbró lo primero como algo parecido a un juicio de atribución de responsabilidad al Estado y mencionó que eso no es lo que se estudia en amparo; resaltó que las violaciones denunciadas en sede internacional son de mayor magnitud que las analizadas internamente; y terminó por apelar a que el marco legal —que no el constitucional— limita las reparaciones.

Prevaleció de tal modo la ortodoxia del amparo que lo restringe a tener efectos restitutorios primordialmente. En mero discurso sin gran trascendencia práctica queda el derecho a una reparación integral o justa indemnización —jurisprudencia 1a./J. 31/2017 (10a.)—. Olvidado por completo el principio de indivisibilidad en materia de derechos humanos, el cual si se aplicara a la cuestión de la reparación en el amparo, impediría que ésta fuera a medias. Complicada la vocación transformadora del juicio en planos como la búsqueda de la igualdad de género. Y todo, con el gran argumento de que la ley no permite algo diferente.

¿Acaso no deberían pesar más los mandatos pro persona y el de reserva de Constitución? No para la Corte porque se conforma con recordarle a las personas que exigen justicia y repara-

ción, que con sus amparos en mano están facultadas para acudir a otras instancias de atención a víctimas de violaciones a derechos humanos, como si la ley de esa materia no impusiera obligaciones a los juzgados y tribunales de amparo, en el ámbito de sus competencias. Otra vez más, las cargas son para la gente, no para los juzgados. Y por lo que se refiere a la gravedad de las violaciones que cada día experimentamos en México, ¿qué más se necesita para que caiga la venda de los ojos que complica apreciar en muchos casos un estado de cosas inconstitucional? En lugar de encarar la dura realidad, simularla.

El maquillaje empleado es puro discurso: tal vez el amparo no ofrezca un estándar de protección judicial tan favorable como el interamericano —tesis 1a. LIII/2017 (10a.)—, pero con todo y eso, el amparo sí que ofrece un abánico ajustable de medidas de reparación para que podamos seguir presumiéndolo como inspiración del artículo octavo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —tesis 1a. LI/2017 (10a.), 1a. LII/2017 (10a.), 1a. LIV/2017 (10a.) y 1a. LV/2017 (10a.)—. No basta con establecer dogmáticamente que el amparo es un recurso judicial efectivo que reúne las características de eficacia e idoneidad —jurisprudencia 2a./J. 12/2016 (10a.)—. Me rehúso a ser parte de eso aunque todo me cueste.

El derecho humano al debido proceso en materia penal

*Taissia Cruz Parcero**

Históricamente, la relación entre el derecho procesal penal y los derechos humanos ha sido estrecha y relevante, justamente porque el derecho a la dignidad que se asocia a las personas en los Estados liberales, se encuentra condicionado en la medida en que se prevean normas de prohibición de la tortura, como medio para obtener confesiones; normas relativas al régimen de detenciones, que contemplen garantías de no autoincriminación y de defensa frente a una acusación.

Esta relación es evidente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que existen diversos artículos que se refieren al debido proceso en materia penal, en cuanto proscriben la tortura, las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5); establecen el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 8), a no ser detenido arbitrariamente (art. 9), a ser oído en condiciones de igualdad y públicamente ante tribunales que resuelvan las acusaciones penales (art. 10), así como el derecho de presunción de inocencia y los principios de legalidad y no retroactividad en materia penal (art. 11).

El proceso penal es uno de los termómetros que indican qué tanto una sociedad es democrática y respetuosa de los derechos humanos, precisamente porque en su diseño se encuentran los

* Magistrada de Circuito.

fundamentos y razones de la persecución criminal. Cuando el proceso penal está diseñado solo para combatir la impunidad y castigar, estos fines prevalecen sobre el respeto de los derechos de los acusados y generan modelos de enjuiciamiento autoritarios (de control social); en cambio, cuando el proceso penal privilegia la protección de personas inocentes, la solución del conflicto y la pena es entendida como la última respuesta al delito, entonces podemos hablar de un sistema de *debido proceso legal*.

En este ensayo abordaré algunas características esenciales que debe cumplir el debido proceso en materia penal y la forma en que se garantiza este derecho fundamental, a partir de los breves enunciados de la Declaración Universal, las correlativas normas constitucionales y los parámetros de su aplicación concreta, según las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) y de algunos criterios relevantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*

Entendemos como debido proceso, un conjunto de principios y reglas que garantizan que la sentencia de absolución o de condena que se dicte en el juicio penal, derive de una contienda justa y en igualdad de condiciones entre las partes. En nuestro país, el derecho humano al debido proceso, se encuentra inscrito en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o Constitución), en cuanto dispone que "*Nadie puede ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho*".

Cabe preguntar por qué, en materia penal –y no en otras materias-, esas *formalidades esenciales del procedimiento*, como parte esencial del debido proceso, se encuentran en el propio texto constitucional, particularmente en los artículos 16, 18, 19 y 20. La respuesta tiene que ver con la dimensión y trascendencia del proceso penal como garantía de los derechos a la libertad y a la integridad personal, pues éstos casi siempre está en juego cuando

se comete un delito, no sólo por la posibilidad de ser sujeto de una detención, sino también por la probable imposición de la prisión preventiva como medida cautelar y la eventual imposición de una pena que prive a la persona temporal o permanentemente de la misma.

Entre los diversos principios y reglas que dan contenido al concepto de debido proceso legal en la materia, no solo contemplamos los derechos que, en general, se refieren al acceso a la justicia, audiencia, defensa y recurso efectivo, que son notas características de cualquier proceso judicial, sino en especial, a aquellas normas que establecen un modelo de enjuiciamiento penal respetuoso de los derechos humanos tanto del imputado como de la víctima, en un marco donde los principios sustantivos acusatorio[1], de presunción de inocencia[2], defensa adecuada[3] y de exclusión de prueba lícita,[4] se relacionan con otros de tipo instrumental, como son la oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación[5].

* *

El artículo 9 de la Declaración Universal, dispone: "*Nadie podrá ser arbitrariamente detenido (...)*". El régimen constitucional de protección de la libertad personal es estricto y, el principio general para su salvaguarda, descansa en la necesidad de que las detenciones estén precedidas de control judicial, de modo que solo los jueces puedan, previa petición del fiscal, decretar la aprehensión de una persona cuando existen datos suficientes para estimar que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que la persona a quien se busca detener probablemente lo cometió o participó en su comisión.[6]

---

1 CPEUM, art. 20, párrafo primero; art. 21, párrafos primero, segundo y tercero.

2 Ibid, art. 20, B, I.

3 Ibid, art. 20, VIII.

4 Ibid, art. 20, A, IX.

5 Ibid, art. 20, primer párrafo.

6 Ibid, art. 16, tercer párrafo.

No obstante, como excepción a esa regla, nuestro orden constitucional permite la detención en flagrancia o en los supuestos de caso urgente, sin que medie orden judicial. La flagrancia supone que la persona solo puede ser detenida si se encuentra cometiendo un delito o inmediatamente después de que lo ha cometido.[7] Como en este tipo de detenciones, que pueden ser realizadas por cualquier persona o por agentes de la autoridad, frecuentemente se generan condiciones que constituyen un peligro para otros bienes jurídicos, como la dignidad e integridad personal, e incluso la vida, todo debido proceso legal tiene como presupuesto que la detención y la presentación de la persona ante el juez, ocurran bajo parámetros de legalidad que garanticen la seguridad de la persona involucrada en la comisión de un delito.

Lo que pareciera un enunciado constitucional suficientemente claro, en cuanto a las circunstancias en que una detención en delito flagrante se encuentra justificada, no resulta así en la realidad. ¿Es válida una detención, bajo el supuesto de flagrancia, cuando ésta se produce después de una revisión de agentes de la autoridad, en la persona o en su automóvil? ¿Qué condiciones debe cumplir una detención después de una denuncia informal, por la comisión inmediata anterior del delito? ¿Hay flagrancia cuando la detención ocurre en relación con un delito que está en vías de cometerse? Éstas y muchas otras interrogantes son a las que debe dar respuesta día con día el juez, en la etapa de control de legalidad de la detención, que se efectúa al comenzar la audiencia inicial.[8]

No quiero decir que la mayoría de las detenciones por delito flagrante, sean complicadas desde el punto de vista de su calificación jurídica. Lo que ocurre cotidianamente es que los agentes de la autoridad (o cualquier persona), abordan o persiguen y sujetan al detenido, porque personalmente ven que está cometiendo un robo, amagando a una persona, portando ostensiblemente un arma; o, bien, porque esto acaba de suceder y alguien ha dado aviso a la policía y le ha señalado a las personas que en ese momento huyen con el teléfono celular de la víctima o al automóvil en el que se evaden quienes acaban de disparar. En estos últimos

7 Ibid, art. 16, párrafo quinto.

8 CNPP, art. 308.

casos, quien realiza la detención no ha presenciado la comisión del delito, pero cuenta con elementos objetivos –la denuncia informal ciudadana-, para realizar legalmente la detención.

Juzgar la legalidad de una detención se complica cuando la comisión del delito no era evidente para los agentes que la realizan o cuando no hubo una denuncia informal inmediata a la comisión del delito; es decir, cuando el agente conoce del delito, porque previamente ha tenido un contacto con la persona, al realizar funciones propias de prevención o de investigación. Por ejemplo, cuando la policía ordena a un conductor detenerse por la violación al reglamento de tránsito, y éste no obedece e imprime velocidad a su auto. En un supuesto así, al darle alcance, la policía está facultada para pedir identificación y realizar una revisión tanto de la persona como del vehículo; de encontrar un arma o narcóticos, puede detener legalmente a la persona.

Para definir qué tipo de acercamiento o contacto de la policía con los ciudadanos permite nuestro orden constitucional, como un paso previo a la detención, la Corte ha emitido diversos criterios que establecen la necesidad de una justificación mínima y razonable en la actuación de los agentes de la autoridad. Entre ellos, ha destacado la importancia de distinguir entre estos controles preventivos provisionales y, el siguiente paso, que es la detención. Ésta se encontrará justificada cuando, con motivo de la presencia o intervención policíaca, la persona tenga un comportamiento inusual, evasivo o desafiante. Adicionalmente, la Corte ha definido, según el grado de intensidad, dos tipos de controles preventivos: en grado menor, que permite limitar provisionalmente el tránsito libre de personas o vehículos y, en grado superior, cuando existe ya una conducta razonablemente sospechosa, que justifique una inspección y registros más específicos, sobre la persona o el vehículo (ropas, otras pertenencias y el interior del automotor).[9]

Estos parámetros para la intervención de la policía, desde luego, no deben entenderse para validar una detención solo por-

[9] Tesis 1ª. XXVI/2016. "CONTROL PROVISIONAL PREVENTIVO. PARÁMETROS A SEGUIR POR LOS ELEMENTOS DE LA POLICÍA PARA QUE AQUÉL TENGA VALIDEZ CON POSTERIORIDAD A LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA".

que a los agentes de la autoridad una persona les pueda *parecer sospechosa*, por su apariencia física, forma de vestir, de hablar o de comportarse, pues en casos así, la revisión sería injustificada por fincarse en criterios subjetivos, que son frecuentemente discriminatorios (por ejemplo, abordar a un joven por la sospecha de que puede llevar algún narcótico en la mochila o a una persona que camina sola por la noche).[10]

El otro supuesto bajo el cual se permite la detención de una persona, que es el caso urgente, solo puede acreditarse cuando el Ministerio Público emite por escrito una orden de detención, de manera previa a que ésta se efectúe, en casos de "delitos graves", cuando no sea posible acudir al juez por razón de la hora, lugar o circunstancia y exista riesgo fundado de que la persona puede sustraerse a la acción de la justicia.[11] Para el único efecto de analizar si el fiscal puede autorizar la detención urgente (sin flagrancia y sin orden judicial), el Código Nacional establece que son "delitos graves" los que tengan asignada prisión preventiva oficiosa (por ejemplo, homicidio o secuestro) y aquellos que tengan asociada una pena cuyo término medio aritmético sea mayor de 5 años (por ejemplo, lavado de dinero o algunos robos cometidos con violencia).[12]

Un requisito más que debe cumplir la detención, practicada en condiciones de legalidad, es que la persona sea puesta de inmediato a disposición de la autoridad competente, esto es, del Ministerio Público. Si existe demora en la presentación del detenido, deberán invalidarse las evidencias que se hubieren obtenido en el lapso que existió el acto mismo de la detención y la puesta a disposición; con ello, se busca asegurar el respeto a la integridad de la persona y evitar actos de tortura que pudieran conducir a la obtención de información o de otros elementos de prueba.[13]

---

10 Tesis 1ª. LXXXIII/2016. "CONTROL PROVISIONAL PREVENTIVO. LA SOSPECHA RAZONABLE QUE JUSTIFIQUE SU PRÁCTICA DEBE ESTAR SUSTENADA EN ELEMENTOS OBJETIVOS Y NO EN LA MERA APRECIACIÓN SUBJETIVA DEL AGENTE DE POLICÍA".

11 CPEUM, art. 16, párrafo sexto.

12 CNPP, art. 150, I.

13 Jurisprudencia 1a./J.8/2016. "DEMORA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN DEL DETENIDO EN FLAGRANCIA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA VALORACIÓN DEL PARTE INFORMATIVO U OFICIO DE PUESTA A DIS-

Las consecuencias de una detención ilegal, en nuestro país, son de la mayor relevancia, pues no solo facultan al juez para dejar a la persona en libertad, sino también para excluir la evidencia asegurada (armas, drogas, documentos, ropas, etc.), cuando su obtención derive de la violación al derecho fundamental de libertad de la persona imputada.[14]

* * *

El artículo 5 de la Declaración Universal dispone: *"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"*. El modelo de enjuiciamiento penal vigente responde, entre otras finalidades, a la necesidad de erradicar la tortura; práctica que lamentablemente, en nuestro país, aún se utiliza para investigar los delitos, obtener confesiones, delaciones y asegurar objetos o productos ilícitos.

Dos principios son los que tornan absolutamente incompatible la tortura con el debido proceso: el principio constitucional que establece que cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales es ilícita y, por lo tanto, no puede ser invocada como prueba de cargo para fundar la acusación y el principio de inmediación, según el cual solo la prueba que es desahogada en juicio, es útil y puede ser valorada para dictar sentencia.[15]

Así, en la etapa de audiencia inicial, corresponde al juez verificar que la detención haya ocurrido en condiciones de legalidad, que no existió demora en la presentación del detenido ante el fiscal y que no hubo actos de tortura, para evitar, desde la etapa más temprana del proceso penal, la introducción de datos de prueba o evidencias derivados de actos de tortura. Y, en caso de que la

---

POSICIÓN DE LOS AGENTES APREHENSORES, DEBERÁ ATENDER A LA INDEPEDENCIA FÁCTICA Y SUSTANCIAL DE LA DETENCIÓN Y LA PUESTA A DISPOSICIÓN."

14 Tesis 1ª. CCI/2014. "FLAGRANCIA. LAS CONSECUENCIA S Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA".

15 CPEUM, art. 20, A, III y IX.

autoridad judicial advierta que el imputado pudo ser víctima de tortura, debe ordenar de manera oficiosa su investigación para esclarecerla como violación a derechos fundamentales y decidir lo conducente en cuanto a su impacto dentro del proceso; además, debe dar vista al Ministerio Público, para que investigue el hecho como delito, es decir, para que inicie una carpeta de investigación en la que pueda acreditar que hubo un hecho que se adecua a la descripción del delito de tortura y que determinadas personas intervinieron en su comisión.[16]

Es justo reconocer que uno de los grandes aciertos del diseño de proceso penal vigente en nuestro país a partir de 2016, tiene que ver con la imposibilidad de valorar en perjuicio de la persona imputada, cualquier declaración o entrevista autoincriminatoria, si ésta no ha sido rendida ante la presencia judicial y con la asistencia de una adecuada defensa, lo cual se debe al principio de inmediación, en tanto éste impone la obligación de que una sentencia sólo pueda fundarse en las pruebas desahogadas en presencia del tribunal de enjuiciamiento respectivo,[17] condición que torna muy difícil que, en la práctica, en una audiencia pública, una persona víctima de tortura acepte la acusación, es decir, emita una confesión como producto de dichos actos.

No obstante, como ya mencionamos, sí es posible que en la audiencia de juicio pueda filtrarse alguna evidencia ilícita, por derivar de actos de tortura o maltrato hacia la persona detenida y, además, es posible introducir una declaración anterior del imputado, es decir, no rendida en juicio, para evidenciar o superar contradicciones, lo que obliga a la defensa a justificar en el momento oportuno (desde la audiencia inicial o en la etapa intermedia), la exclusión de cualquier entrevista o declaración que pudiera ser producto de tortura, para evitar el riesgo de que ésta pueda tener algún efecto en las demás pruebas o en la desvaloración de la declaración que en su defensa rinda en juicio el acusado.[18]

---

16 Tesis CCVI/2014. "TORTURA. SU SENTIDO Y ALCANCE COMO PROHIBICIÓN CONSTITUYE UN DERECHO ABSOLUTO, MIENTRAS QUE SUS CONSECUENCIAS Y EFECTOS SE PRODUCEN TANTO EN SU IMPACTO DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS COMO DE DELITO".

17 CPEUM, art. 20, A, III.

18 CNPP, art. 377, primer párrafo.

* * * *

El artículo 10 de la Declaración Universal, establece que "*Toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (...) para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*" Dos principios se derivan de este postulado: el acusatorio y el de adecuada defensa.

De acuerdo con el principio acusatorio, el debido proceso implica que la carga de probar el delito y la responsabilidad, corresponde al Ministerio Público y, por lo tanto, el juez, en ningún caso, debe asumir o suplir las funciones de aquél, pues con ello a su vez, afectaría la igualdad que debe regir entre las partes y el derecho del imputado a un juez imparcial. En el proceso penal, la imparcialidad del juzgador también se garantiza en cuanto se prescribe que el juicio debe celebrarse ante un órgano jurisdiccional que no haya conocido previamente del caso. [19]

Para cumplir con tal principio, es también condición necesaria el respeto al derecho de defensa adecuada, el cual supone que el imputado debe contar siempre con la asistencia de un abogado o profesional del derecho, con capacidad técnica para oponerse a la acusación, mediante la realización de los actos procesales y de prueba conducentes. Este derecho, desde luego, impone también al Estado la obligación de proporcionar los servicios de defensores públicos que, sin cargo monetario alguno a costa del imputado, asuman su defensa.[20]

Igualdad procesal, contradicción e inmediación, son principios que garantizan que el juzgador pueda obtener información sobre los hechos y tomar una decisión derivada del debate leal y transparente entre las partes, en el que tanto el Ministerio Público, la víctima y su asesor jurídico, como el imputado y su defensa, puedan exponer sus posturas, desfilar su prueba, interrogar a los testigos y peritos de la contraparte y refutar cualquier otra evidencia que sea presentada para su desahogo en la audiencia.

En la toma de decisión, que debe ocurrir en la audiencia realizada oral y públicamente, el juez debe valorar la prueba sin estar

[19] CPEUM. art. 17, párrafo segundo; 20, A, IV, V y VI.

[20] Ibid, art. 20, B, VIII.

sometido a un sistema tasado, esto es, sin que su criterio de valoración esté regulado por normas que de manera previa determinen el valor que debe darse a los medios probatorios, pues la prueba se valora de manera libre y bajo las reglas de la lógica.[21]

* * * * *

En armonía con el artículo 11 (1) de la Declaración Universal, que dispone: "*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*", es claro que, para dictar sentencia, y previamente, durante todo el procedimiento penal, dicho principio de presunción de inocencia,[22] juega un papel fundamental, como regla de trato procesal, como regla de juicio y como regla probatoria.

En la primera vertiente, la presunción de inocencia impone a todas a las autoridades, desde policías y fiscales, hasta los órganos jurisdiccionales, la obligación de abstenerse de considerar, de manera tácita o expresa, como culpable al imputado, mientras no se dicte sentencia condenatoria. Con ello, deben evitar hacer manifestaciones o presentaciones en público o ante los medios de comunicación, que induzcan a la sociedad a considerar al imputado de manera anticipada como responsable de un delito, por el solo hecho de su mera detención o vinculación a proceso.[23]

Un límite constitucional al principio de presunción de inocencia como regla de trato procesal, se encuentra en la figura de la prisión preventiva, la cual, si bien tiene el carácter excepcional, sólo para las conductas delictivas más graves y cuando la conducta procesal del imputado la torne necesaria, aún si tiene carácter cautelar, opera siempre como anticipación de la pena.

---

21 CPEUM, art. 20, A, II.

22 Ibid, art. 20, B, I.

23 Jurisprudencia 1a./J.24/2014. "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL".

En la audiencia inicial, el juez de control debe analizar si la petición del Ministerio Público de vincular a proceso a la persona es fundada y, en su caso, imponer las medidas cautelares procedentes, entre ellas, la prisión preventiva, que opera, hasta hoy,[24] oficiosamente solo para los casos de delitos de delincuencia organizada, secuestro, homicidio, violación, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas de fuego y explosivos, y otros delitos graves contra la seguridad nacional, el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud.[25]

En los demás casos, es decir, cuando no se trate de dichos delitos, la prisión preventiva sólo puede ser impuesta si el fiscal justifica su necesidad, en atención al peligro de evasión de la justicia, o porque la libertad del imputado represente un peligro para la víctima, para los testigos, para el desarrollo de la investigación o para la comunidad; también, si está sujeto a otro proceso por delito doloso o ha sido sentenciado previamente.[26]

Como regla de juicio o estándar de prueba, la presunción de inocencia se desenvuelve en dos vías; la primera, se refiere a las condiciones que debe satisfacer la prueba de cargo para justificar una sentencia condenatoria y, como regla de carga de la prueba, se refiere a la norma que establece que es a la parte acusadora a quien perjudica la no satisfacción del estándar mínimo para condenar, pues la prueba insuficiente impone a los jueces el deber de absolver al acusado.[27]

Finalmente, como regla probatoria, el principio de presunción de inocencia se materializa en normas que prescriben la exclusión de prueba ilícita, que es toda aquella que deriva di-

---

24 Se encuentra actualmente en discusión una iniciativa de reforma constitucional para ampliar el listado de delitos de prisión preventiva oficiosa, con la pretensión de introducir delitos relacionados con temas de corrupción cometidos por servidores públicos, algunos previstos en la Ley de Armas de Fuego y Explosivos, otros relacionados con la venta y distribución ilegal de hidrocarburos, etc.

25 CPEUM, art. 19, segundo párrafo; CNPP, art. 167, tercer párrafo.

26 Ibid y art. 167, primer párrafo.

27 Jurisprudencia 1a./J. 28/2016. "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA".

recta o indirectamente de una violación a derechos fundamentales.[28]

Cada uno de los principios de carácter instrumental o formal que se refieren al desahogo del proceso penal mediante un sistema de audiencias, las cuales deben verificarse de manera pública, oral, concentrada y continua, constituyen la piedra angular que opera como garantía del debido proceso.

Esto es así pues las partes se ven obligadas a realizar sus peticiones y a justificar sus pretensiones de viva voz y a la vista de cualquier ciudadano que se encuentre presente en la sala de audiencias, mientras que los órganos jurisdiccionales actúan como garantes de que los juicios se celebren bajo la máxima publicidad posible y de tal manera que, en una sola audiencia o en audiencias sucesivas y desahogadas en un corto espacio temporal, el desfile de prueba y el debate queden agotados, para a su vez, emitir la decisión que corresponda en un tiempo máximo de veinticuatro horas (al margen de que, si la sentencia es condenatoria, después de celebrada la audiencia de individualización de sanciones, el tribunal de enjuiciamiento cuente con cinco días para redactar por escrito la sentencia).[29]

Adicionalmente, el artículo 8 de la Declaración Universal establece: "*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*". Que los jueces actúen de manera imparcial y con independencia, no siempre es garantía de que lo hagan de manera correcta. Por eso, la facultad de acudir a un tribunal superior que escuche los agravios que causa a la víctima o al acusado la sentencia, es esencial para revisar la decisión y, en su caso, modificarla o revocarla.

En nuestro país, además de los recursos ordinarios de revocación y de apelación, la Constitución establece un medio extraordinario para la defensa de derechos fundamentales de fuente constitucional y convencional, que es el juicio de amparo. En materia penal, el juicio de amparo procede en la vía indirecta contra

[28] CPEUM, art. 20, A, IX y CNPP, arts. 264 y 357.

[29] CNPP, arts. 400 y 401.

algunos actos en la etapa de investigación (inicial y complementaria) y respecto de algunos emitidos por el juez de control en la etapa intermedia; en la vía directa, procede contra sentencias definitivas o resoluciones que den por concluido el juicio, sin decidirlo en lo principal.

Desde luego, el juicio de amparo es el medio de control constitucional concentrado previsto en la Constitución, y lo ejerce sólo el Poder Judicial de la Federación; sin embargo, de acuerdo con la resolución de la Corte, en el expediente varios 912/2010, todos los jueces del país, cuentan con la facultad de ejercer un control constitucional difuso, que los obliga a hacer respetar las normas constitucionales y convencionales que establecen derechos fundamentales, frente a leyes que pudieran establecer límites indebidos o hacer nugatorios esos derechos.[30]

Para terminar, quiero destacar otras normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyos 70 años nos convocan a participar en esta reflexión, que tienen una relevancia fundamental en materia penal sustantiva, pues constituyen parámetros de legalidad que protegen también la dignidad y libertad de las personas imputadas. Me refiero al ya mencionado artículo 11, que en su punto 2, señala: "*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito*".

Principios de legalidad estricta y de no retroactividad de la ley, ambos previstos también en el artículo 14 constitucional, expresan importantes límites al poder punitivo estatal, pues establecen la necesidad de que las personas solo sean juzgadas por conductas que se adecuen a la descripción de un delito previsto en la ley, en el momento de su comisión y la imposibilidad de que se asigne una pena mayor a la prevista por la ley en el momento del hecho delictivo.

También veíamos que el artículo 5 de la Declaración, proscribe no solo la tortura, sino las penas crueles, inhumanas y de-

[30] Tesis P.LXVII/2011. "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD".

gradantes. No obstante, en los tiempos que corren, la expansión punitivista que se traduce en mayores tipos penales y en un aumento grave de las penas de prisión, así como en restricciones de beneficios penitenciarios para cierta clase de delitos, constituye una seria amenaza a esta prohibición. Las penas privativas de libertad de 40 a 90 años y más, que actualmente se prevén para los delitos de secuestro,[31] constituyen verdaderas cadenas perpetuas que por definición son crueles e inhumanas y anulan la dignidad de las personas, además de que constituyen una clara afrenta al principio de proporcionalidad que establece el artículo 22 constitucional. Muy pocos tribunales federales se han pronunciado en tal sentido, pero en temas de inconstitucionalidad de leyes, la Corte tiene la última palabra y, hasta ahora, sigue vigente el criterio mayoritario que valida este tipo de sanciones que son, en la práctica, penas de prisión vitalicia (aunque en nuestra legislación no se les denomine así).[32]

Por todo lo expuesto, en la época actual, el proceso penal debe ser visto como una aspiración democrática. Las sociedades, los estados, asediados por renovados racismos, por la xenofobia, por el miedo a los otros, a los diferentes, se ven en la constante tentación de erradicar los derechos de las personas, particularmente de aquellas que son además vistas como enemigas. Las personas acusadas de un delito forman parte de este conjunto de grupos despreciados, a los cuales resulta popular escatimar y reducir derechos. Hoy, como siempre ha sido, es necesario reivindicar y defender en un sentido fuerte el debido proceso penal y no permitir que, a tan solo 70 años, los postulados de esta Declaración Universal en la materia, se maticen o disminuyan.

31 Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, arts. 10 y 11.

32 Tesis 1ª. CCCLV/2018. "SECUESTRO. EL ARTÍCULO 9, FRACCIÓN I,, INCISO C), DE LA LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN LA MATERIA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS."

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución de los sistemas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes y solicitantes de asilo

*Ricardo A. Ortega Soriano**
*Diana Mora López***

> Artículo 13.
>
> 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
>
> 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Introducción

En el marco del 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, más allá de reconocer el valor que dicho

* Doctor en Derecho. Académico investigador de tiempo completo por la Universidad Iberoamericana Ciudad de México. Consultor jurídico de la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia. Integrante del Grupo de Investigadores en Derechos Económicos, Sociales y Culturales que funciona al amparo del Programa UNAM-DEGAPA-PAPIIT IG400216, Derechos Sociales y Justicia Social. Investigador Nacional Nivel 1 del SNI-CONACYT.

** Licenciada en derecho. Consultora independiente en temas de género y derechos de niñas, niños y adolescentes.

instrumento ha tenido para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que por supuesto valoramos y reconocemos, nos ha parecido de enorme importancia desarrollar una revisión crítica que nos permita comprender aquellos aspectos que continúan vigentes como preocupaciones fundamentales de la comunidad internacional para el acceso y disfrute de los derechos reconocidos en dicho instrumento, o bien que, frente a la aparición de nuevos retos y dificultades que se sitúan como obstáculos para que las personas puedan acceder a tales prerrogativas en virtud de la complejidad a la que se enfrenta la sociedad contemporánea, reclamarían otro tipo de lecturas y abordajes novedosos para asegurar la vigencia de los postulados de protección a las personas que inspiraron tales instrumentos.

En función de lo anterior, el presente artículo presentará en principio, y para situar el debate, un planteamiento básico y panorámico sobre la importancia del derecho de circulación y residencia en los contextos de la movilidad humana a lo largo de la historia, posteriormente se intentarán rastrear algunas de las premisas básicas que inspiraron el desarrollo del artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para comprender sus motivaciones fundamentales, para finalmente abordar la compleja y dolorosa problemática que enfrentan niñas, niños y adolescentes migrantes, principalmente aquellos que viajan solos o no, aspecto que nos permitirá ilustrar algunos de los principales desafíos para el desarrollo de los derechos humanos frente a la complejidad de las dinámicas y contextos particulares que envuelven los fenómenos migratorios contemporáneos.

1. La movilidad humana a lo largo de la historia

Así las cosas, y sin pretender realizar un análisis de tipo histórico de carácter muy profundo, valga como reflexión inicial la necesidad de recordar que los movimientos migratorios han sido parte fundamental de la construcción de la historia de la humanidad y forman una parte cotidiana del desarrollo de las distintas sociedades. Desde esta perspectiva, es importante no perder de vista que la movilidad humana es un fenómeno que ha acompañado al ser humano a lo largo de su devenir, y por tanto, resulta fun-

damental resistir la tentación de asociar al fenómeno migratorio con un calificativo de carácter negativo, cómo de pronto pareciera suceder en estos tiempos. A lo largo de la historia, pues, poblaciones enteras se han desplazado de un sitio a otro para asentarse o para obtener los recursos que les resultan necesarios para su supervivencia, primero como sociedades nómadas, pero a posteriormente, y a pesar del establecimiento de sociedades sedentarias, los flujos migratorios no han cesado, respondiendo a motivaciones diferenciadas en contextos diversos, por lo que las aproximaciones a este fenómeno han variado a lo largo del tiempo, generándose en la actualidad, interesantes reflexiones sobre la situación de la movilidad humana en los contextos contemporáneos de la sociedad.

De esta manera, uno de los aspectos que parecerían encontrarse presentes en los debates relativos a la movilidad humana se relaciona con el papel de la autonomía de las personas para decidir sobre sus propios desplazamientos, el lugar de residencia, e incluso la nacionalidad que desean tener, reflexiones que por supuesto han estado ligadas desde tiempos remotos al significado mismo de la libertad. Por ejemplo, se pueden encontrar reflexiones en torno a la libertad de movimiento en escritos de filosofía griega relativos al derecho natural[1]. En el Imperio Romano estas discusiones no serían menores debido a que más del noventa por ciento de su población llegó a ser de origen extranjero.[2] En ese sentido, algunas reflexiones relativas al papel y alcance de la libertad se han asociado, de alguna manera con la libertad de movimiento.

Las reflexiones asociadas con la movilidad humana que se han presentado a lo largo de la historia, por supuesto son bastas, y exceden el alcance del propósito del presente texto. Baste decir que, sobre este tópico, se han planteado posturas, diversas y antagónicas, tanto como la cantidad de intereses que pueden visuali-

1 McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty.* En Melbourne Journal of International Law. Vol.12. p. 6

2 McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty.* En Melbourne Journal of International Law. Vol.12 p. 6

zarse en relación con la posibilidad de que la gente pueda migrar de un país a otro, es decir, con la posibilidad o no de reconocer a las personas una amplia o limitada libertad de movimiento.

Por ejemplo, en los siglos xvii y xviii, una de las discusiones más importantes respecto a este tema era la posibilidad de emigrar o expatriarse en relación con la lealtad y las obligaciones que cualquier ciudadano debería tener con su propio país[3], paralelo a esas discusiones se encontraba por otra parte en el ámbito internacional, una defensa a ultranza de la emigración como parte de un derecho natural que buscaba legitimar el traslado de mano de obra barata de países orientales hacia Europa occidental o América del Norte[4]. Otro caso interesante se relaciona con el alegado derecho u obligación a que otra población recibiera a quien deseara inmigrar, aspecto que fue defendido durante la colonia española, con la intención de legitimar el traslado masivo de españoles a América[5].

Naturalmente, esta discusión tuvo un enorme eco en el ámbito internacional, en un inicio con una gran influencia los textos de Hugo Grocio y el mismo Francisco de Vittoria[6]. En general, se puede decir que el derecho internacional ha dado pasos más tenues y meticulosos respecto a los alcances que tiene la libertad de movimiento[7]. Desde luego, que los debates sobre el alcance de las libertades en el contexto de la movilidad humana ofrecen

3 Estas ideas surgen de filósofos como Emmerich de Vattel, Jean Jacques Rousseau y John Locke

4 McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En Melbourne Journal of International Law. Vol.12. pp. 10 y 11

5 Específicamente Francisco de Vitoria realiza esta defensa a la libertad de movimiento, desde la obligación que tiene la nación o territorio que recibe, en el contexto de la migración de españoles hacia las tierras de las Américas.

6 McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En Melbourne Journal of International Law. Vol.12. P. 7.

7 McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En Melbourne Journal of International Law. Vol.12. 21

un amplio repertorio de ideas y contextos para la discusión, sin embargo, nuestro interés para los efectos del presente estudio, sólo se relaciona con poner de manifiesto la relevancia histórica del tema, la posibilidad de rastrear un debate permanente sobre el mismo, y finalmente, el carácter problemático del mismo en el marco del desarrollo del derecho internacional, todo ello como un preámbulo inicial para comprender el contexto en el que se suscribió la Declaración Universal de los Derechos Humanos en relación con este tema. Como observaremos más adelante, incluso cuando se observan las discusiones alrededor de los trabajos preparatorios de la referida Declaración Universal es posible identificar la enorme cautela y dificultades para definir los alcances del artículo 13 de dicho instrumento, teniendo en mente, por un lado, la importancia de respetar la soberanía de las naciones, y por el otro, las pretensiones de consolidar un instrumento internacional que fijara los estándares elementales de respeto y protección a cualquier persona.

1.1. Las preocupaciones detrás de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 13

Entender el contexto que se encuentra detrás de la preocupación y defensa por incluir la libertad de movimiento de las personas en el articulado de la Declaración Universal resulta clave para un análisis de fondo sobre este derecho. Como es bien sabido (aunque por ahora no vale la pena detenerse demasiado ahí), la Declaración Universal tiene como antecedentes inmediatos las dos guerras mundiales, y con ellas, las terribles masacres y masivas violaciones a derechos humanos que sufrieron poblaciones enteras en este contexto. Bajo la lupa de los sucesos ocurridos, muchas de las discusiones en torno a distintos artículos de esta Declaración buscaban blindar las posibilidades de que esto pudiera ocurrir nuevamente, es decir, asegurar la mayor protección a las personas de forma tal que los Estados no pudieran vulnerar dicha esfera de derechos.

En ese mismo sentido se encontraban las preocupaciones de los Estados que buscaban cláusulas que ampliaran la libertad de movimiento y que fueran el punto de partida para que, en algún

momento, pudieran reconocer la libertad de movimiento sin la existencia de limitaciones arbitrarias como parte de las obligaciones de los Estados.

En este marco, resulta posible apreciar ya en el contexto de las deliberaciones que se desarrollaron a propósito de los trabajos preparatorios de la Declaración Universal la manera en que constantemente aparecen las referencias al nacionalsocialismo como ejemplo de todo aquello que debe ser abatido a través de los principios que la Declaración enuncia. Particularmente, en lo que se refiere al ámbito de la libertad de las personas, el régimen Nazi tenía como práctica la reubicación forzosa y restricciones de movimiento, así como privación de la libertad[8]. De ahí que las reivindicaciones a la libertad de movimiento como herramienta para oponerse y enfrentar regímenes como el Nazi en Alemania[9] como la que fue impulsada por Costa Rica, pueda ser considerada como un ejemplo del contexto en que se desarrollaría el debate a propósito de la Declaración Universal.

Así, la lucha por la libertad de movimiento, tanto en el plano interno (dentro del Estado) como en su vertiente externa (que se desarrolla de un Estado a otro) refrenda la idea que reconoce el derecho de toda persona para decidir salir de un lugar, ya sea por el sólo deseo de desarrollar un proyecto de vida en algún lugar distinto a aquel en donde se reside, o en casos más dramáticos, como una alternativa para abandonar un lugar en donde, por ejemplo, no existan las posibilidades para estudiar, tener una familia, casarse, o bien, debido al contexto imperante la vida, la libertad o la integridad, por ejemplo, se encuentren en peligro, o bien porque existan violaciones generalizadas a los derechos humanos.

---

8 ONU. T*rabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos.* Cambridge University. 2013. También puede verse McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty.* En Melbourne Journal of International Law. Vol.12. pp. 21, 25

9 ONU. T*rabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos.* Cambridge University. 2013; McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty.* En Melbourne Journal of International Law. Vol.12. pp. 22.

A propósito de las discusiones anteriormente referidas, Estados como Francia e Inglaterra eran firmes al considerar que la garantía de la libre circulación debería revisar los motivos de discriminación que inclinan a las personas a salir de sus países, pero también los problemas de discriminación que pueden vivir en sus lugares de destino, incluso los medios que estos grupos en situación de vulnerabilidad pueden utilizar para llevar a cabo su migración.[10]

Como se puede ver, la preocupación por la libertad de movimiento reconocía una serie de dimensiones de carácter complejo que podían eventualmente afectar y constituir un obstáculo serio a la posibilidad para que las personas pudieran ejercer este derecho. Ahora bien, así como es posible identificar preocupaciones compartidas sobre el alcance de este derecho, también es posible advertir algunos puntos de tensión en donde existían desacuerdos profundos e importantes. Tales preocupaciones particularmente se encontraban (y a la fecha parece que subsisten) en la determinación sobre las restricciones o límites que deberían considerarse al respecto tanto en materia de inmigración como de emigración, y en donde el argumento de la soberanía estatal era el punto de partida.

En efecto, parece ser que para los Estados existía un acuerdo claro en reconocer la libertad de circulación siempre que se reconocieran y respetaran las reglas y condiciones que los propios Estados establecían para permitir la entrada de personas migrantes, e incluso la salida de los ciudadanos de su propio territorio. De esta manera, parecería ser que el acuerdo asociado con las restricciones a la libertad de circulación se relacionaba más con un reconocimiento a la validez de las leyes nacionales, aspecto que entraba en tensión cuando tales restricciones se analizaban a la luz de los principios de la Declaración Universal.

En este marco, desde las primeras versiones presentadas en el marco de los *trabajos preparatorios* se propusieron la seguridad y orden público como restricciones para salir del país y entrar a otro. Sin embargo, aunque en términos generales y bajo el principio de soberanía lo anterior parecía adecuado, algunos países como Reino Unido mostraban preocupación respecto a la mane-

[10] ONU. T*rabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos.* Cambridge University. 2013, pp. 1070, 1071 y 1072.

ra en que estos dos conceptos: *seguridad y orden público* podrían ser interpretados por los Estados, ya que tales conceptos podrían convertirse en limitaciones arbitrarias contrarias al ejercicio de diversos derechos, y nuevamente se hacía referencia a lo sucedido con el régimen Nazi[11].

Otra de las discusiones que tuvieron lugar en el marco de la libertad de movimiento y la soberanía fue el principio de reciprocidad en relación con las obligaciones que tendría un Estado para admitir a un extranjero en su país y/u otorgarle nacionalidad a alguien expatriado. La defensa a esta postura fue bastante ligera y no duró más que una sesión por el poco apoyo que tuvo de los Estados al considerar que no existían las facultades para obligar en esa medida a los Estados y que podrían violar la soberanía de estos a emitir sus propias leyes. [12]

Fue así como se impulsó la idea de un texto que pudiera plasmar de manera clara y sencilla la aspiración de libertad de toda persona, dejando de lado las restricciones que, por otro lado, deberían ser tratadas en las convenciones de carácter vinculante para los Estados, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que fue discutido casi de manera paralela. Asimismo, las discusiones en torno al asilo, refugio y la nacionalidad fueron colocados en apartados independientes en los artículos 14 y 15 de la Declaración Universal. Así, el texto final del artículo 13 se puede leer como sigue:

> Artículo 13.
>
> 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
>
> 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

---

11 ONU. T*rabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Cambridge University. 2013, p. 855; McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En Melbourne Journal of International Law. Vol.12, pp. 25.

12 Borg, Erika. *The politics of Human Rights an analysis of articles 13, 14 and 15 found in the Universal Declaration of Human Rights, 19148 and other conventions which contribute to the Development*. En The politics of Human Rights. Diciembre 2, 2013, pp. 7

1.2. Desarrollo general de la libertad de movimiento y residencia

La libertad de movimiento (circulación) y residencia se ha desarrollado a nivel internacional en una serie de instrumentos universales y regionales que buscan concretar lo enunciado en los dos renglones plasmados en el texto del artículo 13 de la Declaración Universal. Este derecho se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículos 12 (libertad de movimiento) y 13 (motivos de expulsión de una persona extranjera), Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (artículo 5, inciso d, i.,ii. y iii.). A nivel regional se pueden encontrar el Protocolo No. 4. al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 2.- libertad de circulación, y 4.- expulsión colectiva de extranjeros); Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22); Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 12); Carta Árabe sobre los derechos Humanos (artículos 26 y 27), Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (artículo 15), entre otros.

Asimismo, este derecho ha sido analizado y robustecido a partir de pronunciamientos de organismos internacionales y regionales que han establecido estándares que dan contenido a las obligaciones del Estado en el marco de este derecho[13]. En ese mismo sentido se pueden encontrar sentencias de cortes regio-

[13] Un ejemplo es el documento *Movilidad Humana Estándares Interamericanos* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2015 que recopila los estándares que dan contenido a los derechos asociados a la migración en América. Asimismo, se encuentran las diversas opiniones consultivas que la Corte Interamericana ha realizado como *Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121 y 122; y Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143.* ; o la *Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 127 y 129;*

nales en donde se analizan los alcances de éste.[14] Por último se encuentran las resoluciones emitidas por organismos especializados de Naciones Unidas en materia de migración como la Comisión Internacional de Migración de las Naciones Unidas, o incluso en materia de refugiados la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Si bien es cierto que los distintos instrumentos tienen alcances jurídicos de distinto tipo en relación con el carácter vinculante de las obligaciones que pudiesen generar hacia los Estados, también lo es que para entender el desarrollo y ámbito de protección de las personas migrantes en relación con el artículo 13 de la Declaración Universal es indispensable hacer una lectura integral y sistemática de todas estas fuentes de derecho internacional que permitan dar contenido y delimitar los posibles alcances de este derecho, sobre todo porque el desarrollo de todo este material a lo largo del tiempo ha especificado e interpretado el mismo a la luz de las distintas realidades regionales y contextuales que siguen dando pie a los obstáculos para un ejercicio pleno.[15]

Es necesario reconocer que el alcance y protección de este derecho no ha sido homogéneo en todo el mundo, ni en diferentes momentos históricos. Cada región ha desarrollado interpretaciones distintas que restringen o amplían la libertad de movimiento,

[14] En el caso de América, la Corte Interamericana ha dictado diversas sentencias asociadas al tema del desplazamiento forzado que, si bien en muchas se refieren a migración interna, en éstas ha realizado la interpretación de los artículos relacionados a la libertad de movimiento. La Corte Interamericana no tiene competencia para interpretar de manera directa la Declaración Universal, sin embargo, la Declaración representa parte del *corpus iuris* que protege el derecho a la libertad de circulación o movimiento. Un ejemplo de estas sentencias son Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, entre otras.

[15] Se puede revisar el alcance de estos documentos en Castillo Daudí, Mireya. *Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional.* En Revista electrónica de estudios internacionales. 2016, páginas 5 a 14.

y por tanto las obligaciones estatales asociadas con este derecho. En este sentido, no debemos olvidar la existencia de acuerdos multilaterales y bilaterales que los Estados han realizado entre sí para controlar y regular la migración[16] y que desde luego también impactan las perspectivas de desarrollo del derecho en cuestión.

Por lo tanto, a pesar de la perspectiva universal que la Declaración ha pretendido imprimir a este derecho, lo cierto es que la complejidad del fenómeno migratorio nos debería conducir a llevar a cabo una lectura de este derecho que, por un lado, resulte acorde con los principios que fueron plasmados en la Declaración, pero por el otro, que sea capaz de tener en cuenta las especificidades que se desprenden de la complejidad y desarrollo de cada región, pero también de los flujos de migración y los motivos de éstas. Las razones que orillan a las personas a ejercer su derecho a circular y a trasladarse de un país a otro pueden ser muy diversas, desde motivos asociados con el desarrollo de un proyecto de vida, que podría incluir aspectos académicos, de relaciones interpersonales o familiares, hasta aspectos sumamente complejos en donde la migración sea la única opción viable para poder preservar la integridad e incluso la vida.

Estas razones ya se encontraban presentes en las discusiones relativas con la elaboración de la Declaración Universal, sin embargo, resulta fundamental comprender este derecho a la luz del contexto actual, comprendiendo el paso del tiempo e identificando a las poblaciones que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad, marginación o exclusión, ya que ello nos permitirá identificar con mayor claridad cuáles son los principales retos que enfrenta este derecho de cara al futuro.

---

16 Tanto la Comisión Mundial para las Migraciones Internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han hecho notar que existe una disparidad fuerte entre los principios del marco jurídico internacional y la legislación, políticas y prácticas internas que aplica cada país. Véase Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales. *Migration in an interconected World: Directions for Action*. Ginebra, 2005, pp. 15 y CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015, pp. 15

1.3. El artículo 13 desde la compleja perspectiva de la migración forzada

A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos las discusiones en torno a la migración no han perdido vigencia. Si bien el contexto ha cambiado mucho —desde el hecho que ya no nos encontramos frente al escenario de la postguerra de aquel momento— la actualidad no ha dejado de ser preocupante en la medida a que nos enfrentamos a escenarios migratorios cada vez más complejos y riesgosos[17] como las caravanas migrantes de poblaciones que se ven forzadas a dejar sus países huyendo de fenómenos como la violencia provocada por grupos criminales que pone en riesgo la vida de sus habitantes[18] , los conflictos internos y las guerras que se han mantenido a lo largo de las últimas décadas, los factores económicos que han provocado altos índices de precariedad en algunos países,[19] o incluso por razones ambientales.

La migración es entonces un fenómeno multicausal y complejo. Sin embargo, y para los propósitos del presente estudio conviene seguir una primera clasificación para aterrizar en el análisis que ya se ha adelantado. La migración puede ser voluntaria o

---

17 Borg, Erika. *The politics of Human Rights an analysis of articles 13, 14 and 15 found in the Universal Declaration of Human Rights, 1948 and other conventions which contribute to the Development*. En The politics of Human Rights. Diciembre 2, 2013, pp. 2

18 En Centroamérica el problema de la violencia generada por grupos criminales que amenazan a la población, la mantienen extorsionada, y atentan contra su vida es constante, y resulta actualmente uno de los mayores problemas que está impulsando a la gente a salir de esos países y emprenden rutas migratorias hacia el norte de América. Sobre el particular pueden revisarse los casos de El Salvador, Honduras y Guatemala. De igual manera, puede observarse el fenómeno de desplazamiento forzoso en México que se ha agravado en función de la denominada estrategia contra el narcotráfico o guerra contra el narcotráfico. Cfr. Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370.

19 Los factores económicos y políticos han provocado que más dos millones de personas hayan salido del país hacia distintos destinos, sobre todo Latinoamericanos y en Estados Unidos. Esta cantidad representa casi el 10% de la población total del país. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45262411

forzada. La migración voluntaria supone el deseo no coercionado de las personas a trasladarse de manera interna o externa de su país, mientras que la segunda implica aquellas situaciones en las que las personas se ven obligadas a moverse:

> porque su vida, integridad o libertad han sido amenazadas como consecuencia de diversas formas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, conflicto armado, violencia generalizada, violaciones a los derechos humanos, otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público o desastres naturales o provocados por el ser humanos, entre otras causas. Asimismo, puede implicar situaciones en donde los individuos son transportados físicamente a través de fronteras si su consentimiento, como el caso de la trata de personas.[20]

Así como existen causas de *expulsión21* de personas que migran a otro Estado, también existen factores de atracción que determinan el destino al que estas personas migrantes desean llegar. Entre estos factores se encuentran la posibilidad de acceder a una mejor calidad de vida, mejores niveles de seguridad humana frente a la violencia, reunificación familiar, estabilidad política, acceso a trabajo y servicios, mejores condiciones climáticas, entre otros[22].

Los dos tipos de migración, tanto la voluntaria como la forzada, implican retos no resueltos en los ámbitos jurídico y social. Sin embargo, vale la pena enfocar el análisis en los casos de migración forzada y poner sobre la mesa el balance de los derechos que se ven afectados por este fenómeno, así como las obligacio-

---

20 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OAS. 2015. p. 11

21 No se trata de una expulsión explícita, sin embargo, se utiliza este término para mostrar que no se trata de motivos voluntarios para dejar el país.

22 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OAS. 2015. Pp. 12 y 26. De acuerdo con datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, los países en desarrollo acogen la mayoría de las personas refugiadas a nivel mundial.

nes desde dónde tendrían que actuar las autoridades frente a la serie de vulneraciones que estas poblaciones se encuentran viviendo diariamente en la realidad mundial. Esto cobra relevancia particularmente frente a aquellas respuestas Estatales que implementan políticas migratorias con un enfoque de seguridad nacional basado en la pretensión de contención de los flujos migratorios que, como lo ha identificado ya la Comisión Interamericana, carecen de enfoque de derechos humanos[23].

Para tratar de comprender las difíciles condiciones que tienen que enfrentar las personas que se ven forzadas a migrar en contra de su voluntad, resulta necesario comprender diferentes aspectos que el día de hoy se encuentran presentes en la migración forzada en América latina.

La migración forzada supone que las personas que se ven obligadas a migrar tengan que enfrentar una serie de obstáculos desde los lugares de origen, durante su tránsito, e incluso al llegar a los lugares de recepción. En principio, y por sí misma, la migración forzada implica que quien se ve sujeto a ella se encuentra en una situación de vulnerabilidad debido al contexto que enfrenta en su lugar de origen y que le obliga a tener que migrar (por una importante cantidad de causas), más allá de su propia voluntad que se ve afectada por este hecho. Por ejemplo, en los últimos años, en la región americana las principales causas de migración se encuentran asociadas con la presencia del crimen organizado, las desigualdad socioeconómica y demográfica, la existencia de megaproyectos o proyectos en desarrollo de gran escala[24], entre otros factores. En tales condiciones, las personas que se ven forzadas a migrar muchas ocasiones se encuentran en condiciones de pobreza, no cuentan con redes de apoyo y no tienen garantizados sus derechos básicos.

---

23 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OAS. 2015, pp. 15.

24 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OAS. 2015, pp. 18.

Sumado a lo anterior, es por desgracia una situación común que las condiciones de vulnerabilidad se extiendan al trayecto que desarrollan estas personas o grupos de personas que les exponen adicionalmente a una serie de riesgos, como asaltos, ataques sexuales, particularmente en el caso de mujeres y niñas, extorsión por parte de las autoridades, aspectos que en muchas ocasiones les impiden poder llegar a sus destinos;

Por último, las condiciones de vulnerabilidad antes referidos se extienden a los contextos a los que se enfrentan una vez que se encuentran en el país receptor, como el desconocimiento de las leyes o el idioma, la hostilidad, estigmas, discriminación o maltratos que sufren por parte de las autoridades y de la misma población.[25] En muchas ocasiones, por ejemplo, estas personas carecen de documentos para entrar al país receptor conforme a las leyes estipuladas.[26] En tales condiciones las personas que no cuentan con documentación migratoria se ven sometidas de manera constante a otros agravios generados por la dicha situación, pues el miedo a ser encontrados por las autoridades y deportados permite que tanto autoridades como agentes privados abusen de ellos constantemente en distintos ámbitos, quedando en completa desprotección de derechos como el acceso a la justicia, la salud, educación, trabajo, entre otras.

Adicionalmente, la entrada de migrantes a un país se ha estigmatizado al punto en que se relaciona su presencia con el aumento en la inseguridad o violencia de un Estado, aspecto que representa una amenaza para su estabilidad y seguridad.[27] Este

---

25 CIDH. Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Párr. 64

26 Incluso existen muchos casos en que las personas migran sin contar ni siquiera con papeles propios de identidad. Asimismo, es importante tomar en cuenta que los países de destino suelen ser aquellos que ofrecen mejorar sus condiciones de vida y seguridad, por tanto, estos países suelen endurecer las leyes migratorias y exigir mayores requisitos de entrada a personas de países de donde provienen más inmigrantes. La imposibilidad de contar con esos documentos —visa— no es un factor para no salir de las condiciones precarias en las que se encuentran.

27 Rodríguez Martínez, Miriam. *La migración interregional de América Latina: Problemas y Desafíos.* Centro de Estudios de Migraciones Internacionales (CEMI), Cuba. 2000, pp. 1.

estigma ha sido alimentado muchas veces por los propios Estados como parte de su estrategia de contención de la migración.[28]

Los obstáculos para el ejercicio de derechos de las personas que se ven forzadas a migrar no sólo se relacionan con la ausencia de documentación o los estigmas que deben enfrentar, sino que se extienden a factores como el desconocimiento que tienen sobre las leyes del país y los derechos que les asisten. Tal situación se traduce en que es difícil que tales personas tengan conocimiento del conjunto de derechos que les protege y muchas veces son repatriadas o expulsadas sin saber que pueden activar algunos mecanismos como el asilo, el refugio o la protección internacional[29]. Toda esta información ha sido documentada por organismos a nivel nacional e internacional y pone de manifiesto el grado de vulnerabilidad que envuelve a las personas migrantes en general, y a las personas que migran forzosamente de manera específica.

Por todo lo anterior, si bien la migración podría pensarse como la máxima expresión del ejercicio de la libertad de movimiento plasmada en el artículo 13 de la Declaración Universal, la migración forzada pone realmente en duda esta perspectiva y los aspectos esenciales que se encuentran en la base de este derecho. Las condiciones que orillan a las personas a tener que salir de su lugar de origen, cercenan esa libertad ya que limitan las posibilidades reales con las que cuentan para poder sobrevivir.

En efecto, el fenómeno de la migración forzada debería llevarnos a repensar las obligaciones de los Estados frente a estas poblaciones, no solo respecto a la posibilidad de entrar al terri-

---

28 De acuerdo a información de la CEPAL, ha surgido una paradoja que consiste en que la inclusión formal de la migración en las agendas internacionales de desarrollo que busca avances a largo plazo, coexiste con un diálogo inmediato restringido, estigmatizador y reduccionista acerca de la situación de los migrantes y del papel de la migración en el mundo. CEPAL. *Tendencias y Patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional.* Martínez, Jorge; Cano Verónica y Sofía Magdalena. ONU. Chile, 2014, pp. 10.

29 Knox, Vicky. *Factores que influyen en la toma de decisiones de las personas que huyen de Centroamérica*, en Revista Migraciones Forzadas. Latinoamérica y el caribe construyendo sobre una tradición de protección. Universidad de Oxford y Centro de Estudios sobre Refugiados. No. 52, pp.19

torio, sino de poder recibir protecciones específicas, como sucedería por ejemplo con las figuras de asilo y refugio, por lo que el contenido del artículo 13 de la Declaración Universal debería leerse de manera conjunta con el 14 del citado instrumento.

El artículo 14 de la Declaración establece el derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país, aunque refiere una serie de limitaciones debido a que, por ejemplo, este derecho no puede ser invocado en contra de una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Este artículo se relaciona con tres principios recuperados en distintos instrumentos, pero principalmente en la Convención para el Estatuto para Refugiados, que interesan en la medida en que generan una protección adicional para estas poblaciones migrantes. Estos principios serían el de no devolución y prohibición de expulsión (artículo 33); el principio de no discriminación (artículo 3); y desde la interpretación evolutiva que se ha desarrollado en la región americana, la obligación de permitir a la persona migrante ser escuchada en cualquier proceso que se enderece en su contra[30].

Podría decirse que la interpretación y aplicación conjunta de estos tres principios funciona como una suerte de garantía que, permite que, incluso si la migración se realizó al margen la regulación migratoria del país receptor, las personas migrantes puedan contar con un espacio judicial o administrativo para realizar la petición de asilo, refugio o protección internacional, sin discriminación —con las adecuaciones procesales necesarias para cada caso— y con la seguridad de no ser devueltos al país que les puso en riesgo sin tener una resolución que cumpla con los requisitos de un debido proceso. Sumado a lo anterior, debemos

[30] Véase Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99* de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 127 y 129; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121 y 122; y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143.

recordar que existen una serie de derechos adicionales a favor de las personas solicitantes de asilo, como serían la propia libertad de movimiento que deben tener dentro del territorio receptor, la garantía de otros derechos como salud, educación, vivienda y trabajo.[31]

Sin embargo, el día de hoy nos enfrentamos una realidad contradictoria debido a que, por un lado, contamos con el desarrollo de importantes estándares de protección a nivel internacional pero, por el otro, el endurecimiento de las políticas migratorias a nivel nacional[32] avanza en sentido opuesto, generando importantes afectaciones a las poblaciones que han migrado forzadamente, y que por tanto se enfrentan hoy en día a una multiplicidad de problemas, y que se relacionan con la falta de seguridad, problemáticas legales, discriminación y otra serie de vejaciones que lejos de erradicarse, parecen haberse arraigado, incluso en el discurso oficial de algunos mandatarios estatales. En palabras de la Comisión Interamericana *[e]stas tendencias han ido progresando en el ámbito mundial, al tiempo que cientos de miles de personas no cuentan con canales regulares y seguros para poder migrar y que además los países de tránsito y destino han adoptado medidas tendientes a disminuir la protección internacional.*[33]

El escenario que se ha puesto de manifiesto en el presente ensayo tiene adicionalmente un impacto mayor y diferenciado en aquellas poblaciones que representan grupos históricamente excluidos o desaventajados. En el caso particular de niñas, niños y adolescentes las políticas migratorias llamadas de "puerta gira-

31 Estos derechos pueden encontrarse desde la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hasta el desarrollo de estándares en la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

32 Algunas de las medidas que se han registrado en la última década son la securitización de las fronteras.

33 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OAS. 2015, pp.25 Véase también CEPAL. *Tendencias y patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional.* Martínez Pizarro, Jorge, Cano Christiny, Verónica y Soffia Cantrucci, Magdalena. ONU. 2014, pp. 9.

toria"; la ausencia de reconocimiento de la nacionalidad; la falta de adecuación procesal de los mecanismos migratorios y de protección internacional, la estigmatización o la separación familiar, producen afectaciones sumamente graves para el ejercicio de sus derechos.

2. La migración forzada en América Latina y sus impactos en niñas, niños y adolescentes.

Como ya se ha señalado previamente, América Latina atraviesa un complejo contexto que mantiene importantes flujos de personas que se ven forzadas a migrar por diferentes factores, los cuales, sin embargo, enfrentan un elemento común: la violencia. El crimen organizado local e interregional que se ha fortalecido durante las últimas décadas en Centroamérica y México ha tenido un fuerte impacto en las poblaciones migrantes. De manera más concreta, la situación sociopolítica de El Salvador, Guatemala y Honduras, identificados como el "triángulo norte", ha incrementado los niveles de violencia y formas de persecución por parte de actores no estatales como las organizaciones dedicadas al narcotráfico y las pandillas. Sectores importantes de estas poblaciones han huido de sus respectivos países en busca de seguridad, pues tales Estados son incapaces de brindar una adecuada protección, garantías, y condiciones básicas para el acceso a la justicia.[34]

De acuerdo con los informes que instituciones como al CEPAL, la OIM y la misma Comisión Interamericana han emitido en los últimos cinco años, en 2014 existían aproximadamente 28,5 millones de latinoamericanos y caribeños residiendo en países distintos a los de su nacimiento, lo que equivale a un 4% de la población total de la región. El 70% de esta cantidad se encuentra en Estados Unidos[35] debido a las expectativas de mejora de

[34] CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OAS. 2015, pp. 26

[35] CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados inter-*

vida que genera en la población migrante. México, los países del Triángulo Norte[36] y actualmente Venezuela conforman las poblaciones más cuantiosas en ese país.

Como puede apreciarse, existe un enorme flujo migratorio proveniente de México, El Salvador, Guatemala República Dominicana, de Sudamérica en Colombia que tiene como destino Estados Unidos. México tiene una importante tradición histórica como país de origen y de tránsito de personas migrantes hacia los Estados Unidos, sin embargo, el endurecimiento de la política migratoria por parte de los Estados Unidos le ha colocado también como un país de destino. De los diversos corredores interregionales, uno de los más importantes es el que está conformado por el Triángulo Norte.[37]

Mientras la OIM reporta una disminución de migración de México hacia Estados Unidos en los últimos años, la migración del Triángulo Norte ha tenido un crecimiento sin precedentes. Entre 2014 y 2016 las detenciones de personas migrantes provenientes de estos países se duplicaron en la frontera norte entre Estados Unidos y México. En 2015 el número de solicitudes de asilo de migrantes del Triángulo Norte presentadas en los Estados Unidos aumentó más de 250% con respecto a 2013 y fue el doble que en 2014[38]. Como un dato relevante de la población migrante en los Estados Unidos, los registros muestran que en 2015 la población migrante que no contaba con sus documentos regulares representaba el 3.4% de la población total de ese país[39].

Ahora bien, una de las poblaciones que se han visto más afectadas con esta ola de violencia en la región centroamericana son las niñas, niños y adolescentes. A finales de 2013, la Oficina del

nos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OAS. 201; y OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018.* Ginebra. 2018, pp. 10

36 OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018.* Ginebra. 2018, pp. 86

37 OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018.* Ginebra. 2018, pp. 89

38 OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018.* Ginebra. 2018, pp. 90

39 OIM. OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018.* Ginebra. 2018, pp. 90

ACNUR registró que 50% de la población refugiada en el mundo eran niñas, niños y adolescentes.[40]

Así, puede destacarse que entre 2011 y 2016 el número de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados[41] se incrementó de manera considerable lo que se reflejó en el aumento de 1,200% en las detenciones que fueron realizadas en la frontera entre Estados Unidos y México.[42] En 2016 se registraron 8,800 solicitudes de asilo en Estados Unidos por parte de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados provenientes de Centroamérica, que representó un aumento del 155% entre 2011 y 2014.[43] Adicionalmente a ello, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) refiere que de acuerdo con autoridades mexicanas entre 2013 y 2015 se registró un aumento de 333% de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados. El 97% provenía de Honduras (27.4%), Guatemala (49.6%) y El Salvador (20.5%), la mayoría entre 12 y 17 años.[44]

2.1. Impactos diferenciados en niñas, niños y adolescentes migrantes, no acompañados y solicitantes de asilo

Las niñas, niños y adolescentes migrantes se ubican en una especial condición de vulnerabilidad debido principalmente a su edad, así como por las condiciones que les obligan a tener que

---

40 ACNUR, *Tendencias Globales 2013: El Coste Humano de la Guerra,* 20 de junio de 2014, pp. 3

41 Niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados son quienes se encuentran fuera de su país de origen y están separados de ambos padres y otros parientes, y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o por costumbre, incumbe esa responsabilidad. Corte IDH. *Derechos de Niñas y Niños en el contexto de migración y/o necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC- 21/14* del 19 de agosto de 2014. Serie A. No. 21.

42 OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018.* Ginebra. 2018, pp. 90

43 OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018.* Ginebra. 2018, pp. 90

44 Womens Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México.* En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos. Center for Gender and Refugee Studies.University of California Hastings College of Law. 2015. https://www.unicef.org/mexico/spanish/17043.html

migrar, como ya se ha señalado a lo largo de este artículo[45]. Sin embargo, tales condiciones de vulnerabilidad pueden agravarse cuando se cruzan con otros factores adicionales como, por ejemplo, cuando la población infantil viaja sola o no acompañada o separada de sus familiares, o cuando forman parte de poblaciones indígenas, o enfrentan condiciones particulares de pobreza. De esta manera, la población infantil se enfrenta a procesos de discriminación interseccional que, como se ha señalado, depende de diversos factores. Estas condiciones ocasionan diversos impactos en los lugares de origen, tránsito y lugares de destino.

En la región centroamericana, por ejemplo, es posible observar un incremento en los niveles de violencia que afectan principalmente a niñas niños y adolescentes, debido a diversos factores que involucran: la presencia de amenazas en contextos escolares impulsada fundamentalmente por acción de las pandillas; feminicidios; acciones de violencia doméstica; reclutamiento forzoso; extorsión; asesinatos; acciones para el control estratégico del territorio; que constituyen algunos de los factores que obligan a las personas menores de edad a tener que dejar sus lugares de origen[46]

Adicionalmente, cuando niñas, niños y adolescentes viajan solos (no acompañados o separados de sus familiares) el riesgo a ser víctimas de trata para cualquier tipo de explotación se incrementa de manera relevante. Muchas veces, la población infantil viaja con muy pocos recursos económicos, lo que les obliga a tomar acciones como emplearse bajo condiciones precarias, pedir dinero o incluso, ser víctimas de explotación sexual.[47]

---

45 OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra. 2018, pp.7

46 Womens Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México*. En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos. Center for Gender and Refugee Studies.University of California Hastings College of Law. 2015, pp. 43, 70, 71 y 72,

47 ACNUR. *Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de El Salvador, Guatemala, Honduras y México y la necesidad de protección Internacional*. En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015, pp. 26

Por otro lado, ha sido documentado que, en diversas ocasiones, las y los adolescentes que viajan no acompañados o separados de sus familiares toman rutas peligrosas para evitar los diferentes controles migratorios tanto de sus propios países al salir como aquellos con los que cuentan los países de tránsito y destino. Por desgracia, el endurecimiento de las políticas migratorias suele ocasionar la modificación de las rutas de tránsito, por lo que muchas de esas rutas coinciden con las que utilizan organizaciones de crimen organizado, o bien, que resultan altamente peligrosas para su integridad física. Emocionalmente, y dependiendo de la edad y las condiciones del viaje, niñas, niños o adolescentes experimentan múltiples afectaciones en su esfera psicosocial como son la depresión, frustración, miedo, aislamiento, desinterés.[48]

El conjunto de afectaciones anteriormente referidas no concluye en los lugares de destino, ya que niñas, niños y adolescentes no acompañados sufren otra serie de obstáculos que violentan su esfera de derechos. En muchas ocasiones carecen de redes de apoyo, así como del acceso a servicios básicos como salud, educación, vivienda, etc.), y se encuentran particularmente sujetos a ser víctimas de explotación laboral o algunas otras formas de explotación infantil.

Pero tales afectaciones también suelen presentarse cuando activan los mecanismos de protección con los que cuenta el Estado. Por ejemplo, las y los solicitantes de asilo son privados de la libertad sin un análisis individualizado de las medidas requeridas.[49] En muchas ocasiones son colocados en centros que no cuentan con condiciones mínimas de seguridad, limpieza, y bajo condiciones de hacinamiento ya que no existen espacios

---

48 ACNUR. *Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de El Salvador, Guatemala, Honduras y México y la necesidad de protección Internacional.* En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015, pp. 27

49 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OAS. 2015, pp. 27

destinados a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados[50]. Uno de los obstáculos más importantes para el ejercicio de derechos se relaciona con la ausencia de documentos de identidad, ya que tal situación les impide acceder a una importante cantidad de derechos, e incluso poder localizar a su familia[51].

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan niñas, niños y adolescentes se relaciona con la falta de procedimientos especializados en condiciones adecuadas. Por ejemplo, resulta un problema común la falta de representación adecuada, el acceso a información básica sobre sus derechos, así como de las distintas opciones que tienen, y en diversas ocasiones los procedimientos se realizan en un idioma que desconocen[52]. Esto ha traído como consecuencia que miles de niñas, niños y adolescentes sean repatriados a sus países de origen, sin verificar que no existan condiciones de riesgo en sus lugares de origen, que muchas ocasiones coinciden con las razones por las que se vieron obligados a salir[53]. Así, en 2014 ACNUR documentó que de 5 a 10 niños hondureños

50 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OAS. 2015, pp. 28.

51 CDN. Observación General O.G. No. 6. *Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.* CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005. Comité sobre los Derechos del Niño. ONU. Párr.3

52 Women's Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México*. En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015. P. 543

53 ACNUR. *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos* 2015. Para más información sobre la situación de violencia vivida en países del Triángulo Norte y Centroamérica en general puede verse Centro Internacional para los Derechos Humanos de los Migrantes (CIDEHUM) por encargo del ACNUR (mayo de 2012). Desplazamiento forzado y necesidades de protección, generados por nuevas formas de violencia y criminalidad en Centroamérica (en adelante "Desplazamiento forzado y necesidades de protección"). Disponible en: *http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8932.pdf?vie*

deportados por el Gobierno de los Estados Unidos de América fueron asesinados después de su regreso a Honduras.[54]

Un problema sumamente recurrente para la protección de niñas, niños y adolescentes se relaciona con las denominadas políticas de "puertas giratorias", que consisten en que, una vez detectados dentro del país, se simula un procedimiento administrativo o incluso de protección internacional, y casi automáticamente se decide en sentido negativo, forzando el retorno del menor de edad a su país de origen.[55]

Todas estas prácticas, lejos de contribuir al objetivo de inhibir la migración —sobre todo los casos de migración forzada— potencian el riesgo de niñas, niños y adolescentes, quienes carecen de espacios seguros para ejercer aquellos derechos descritos en diversos instrumentos internacionales.

2.2. Marco de protección reforzada de la niñez migrante. El artículo 13 de la Declaración a partir de estándares especializados

A 70 años de la aparición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nos ha parecido importante visibilizar la complejidad del contexto y vulnerabilidad que enfrentan niñas, niños y adolescentes migrantes, como uno de los colectivos que quizá con mayor intensidad resienten los impactos de la violación de la libertad de circulación y residencia, y que, por tanto, ejem-

54 Womens Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México*. En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015. P- 449

55 Por ejemplo, se ha documento que niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados mexicanos en manos de autoridades estadounidenses son devueltos de manera inmediata al país de origen después de no más de dos días de custodia. Véase ACNUR. *Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de El Salvador, Guatemala, Honduras y México y la necesidad de protección Internacional.* En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015. p. 70

plifican de manera importante los retos que se plantean en éste ámbito por parte de los Estados.

En los últimos años, numerosos informes, investigaciones y recomendaciones provenientes de organismos y tribunales internacionales e incluso organizaciones de la sociedad civil han buscado exponer la compleja y grave realidad de esta población. Adicionalmente, y con la intención de erradicar las diversas vulneraciones a derechos humanos que enfrentan niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados y solicitantes de asilo se han desarrollado una serie de estándares especializados que deberían ser interpretados desde una perspectiva evolutiva del artículo 13 de la Declaración Universal.

Para una lectura sistemática del alcance de la libertad de movimiento en contextos de migración forzada de niñas, niños y adolescentes, no basta con la revisión de los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal, sino que éstos deben ser analizados desde un enfoque de derechos de la infancia y en relación con el artículo 22 de la Convención de los Derechos del Niño.

La ampliación estándares para la niñez migrante no acompañada y solicitante de asilo se puede encontrar en la Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, así como en la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos dos instrumentos resultan indispensables para dar contenido a las exigencias que en la actualidad deben externarse a los Estados que participen de algún modo en el proceso de migración de esta población.

Las obligaciones que se especifican a favor de la niñez migrante no acompañada son aplicables no solo a los países de origen o a los que corresponde la nacionalidad de la persona, sino que se extienden para cualquier país en cuyo territorio se encuentren las personas migrantes. Las obligaciones se dirigen a todos los órganos estatales, y no solo a las autoridades migratorias, razón por la cual la atención de los derechos de la niñez migrante debe ser entendida como una responsabilidad de Estado.

Existen una serie de principios básicos que determinan el conjunto de obligaciones de los Estados frente a este colectivo. Estos principios dan sentido al conjunto de obligaciones refor-

zadas que los Estados deben garantizar a favor de este colectivo. Entre los principios referidos encontramos: i) el principio de no discriminación (las medidas que se tomen deben ser acordes a las necesidades individuales y no colectivas); ii) Tener en cuenta las opiniones de niñas, niños y adolescentes (los Estados deben contar con personal especializado que sea capaz de obtener y valorar las opiniones de niñas, niños y adolescentes, habiendo garantizado por esa misma vía el acceso a la información de los procedimientos); iii) Interés Superior (determina la protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes no sólo para el presente sino de manera sostenible hacia el futuro); iv) Protección- precaución (se deben privilegiar medidas preventivas en contra de los peligros y riesgos, por lo que la sóla existencia de una duda sobre la posible afectación de los derechos justifica la adopción de medidas cautelares); v) Menor separación de la familia (la regla general es que debe evitarse la separación de niñas, niños y adolescentes de sus familiares salvo cuestiones excepcionales y por el menor tiempo que proceda) vi) No devolución (este principio internacional debe garantizar el no traslado de un niño, niña o adolescente a un país en donde exista un peligro, o que podría ulteriormente trasladarlo a un lugar de riesgo); y vii) Confidencialidad (toda la información que se obtenga del niño, niña y adolescente deberá ser recabada y resguardada confidencialmente, para evitar poner en riesgo a la persona en cuestión).

Desde esta perspectiva, todos los Estados tienen la obligación de adoptar *ex oficio,* sin dilación y sin mayores formalidades todas las medidas que resulten necesarias para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Los Estados deben actuar sin necesidad de exigir una petición formal de protección de derechos y tienen la obligación de realizar un diagnóstico integral para la determinación de necesidades de protección tanto especiales como de protección internacional.

Los Estados deben contar con procedimientos de evaluación y determinación especializados para el dictado de medidas de protección, los cuales deberán ser realizados en las condiciones adecuadas que atiendan a criterios de razonabilidad y necesidades específicas de cada persona, y desde luego, reconociendo la prohibición de mecanismos de privación de la libertad. De igual

manera, deberán garantizar el nombramiento de una persona que funja como tutora durante todo el tiempo que el niño, niña o adolescente se encuentre en el territorio o hasta que cumpla la mayoría de edad, así como la posibilidad de contar con un representante legal en caso de tener cualquier procedimiento judicial o administrativo, teniendo presente el principio de menor separación de la familia. Asimismo, resulta indispensable establecer medidas de atención y alojamiento, en donde se tomen en cuenta todas las opciones que la misma Convención de los Derechos del Niño establece, así como las características específicas de cada niño migrante.

Sin importar el tiempo niñas, niños o adolescentes se encuentren en el territorio es indispensable asegurarle acceso a la educación, acceso a servicios de salud y un adecuado desarrollo físico, mental y espiritual, así como asegurar asistencia y apoyo para contar con alimentos, vestuario y vivienda. De acuerdo con el contexto específico en el que se encuentre cada persona, el Estado debe decretar medidas de prevención a posibles situaciones futuras de violencia, así como a todas aquellas orientadas a la prevención de delitos como la trata de personas, la explotación de diversas formas, malos tratos o el reclutamiento forzado.

Por último, los estándares extienden la obligación hasta la determinación de la situación que tendrán los niños, niñas o adolescentes bajo su jurisdicción, que puede ser desde el reconocimiento de asilo hasta otras soluciones como la reunificación familiar, el retorno al país de origen, la integración a un país de acogida, el reasentamiento a un tercer país o bien la adopción internacional. Cada una de estas opciones cuenta con una serie de garantías que buscan asegurar la plena efectividad del cúmulo de derechos quien resulte sujeto a ellas.

Por todo lo anterior, la libertad de movimiento establecida en el artículo 13 de la Declaración implica el reconocimiento de una serie de obligaciones que, cualquier Estado involucrado en el proceso de migración de una niña, niño o adolescente no acompañado tiene que adoptar.

El desarrollo evolutivo de este derecho, a raíz de los contextos complejos que se han experimentado en el mundo, y en

particular en América latina (y sobre los cuáles hemos intentado presentar un panorama general en el presente estudio), caracterizados por la permanencia de conflictos internos, altos índices de criminalidad y violencia contra grupos específicos como mujeres, población infantil y adolescente o bien, las condiciones pobreza y desigualdad de enormes sectores de población, han permitido identificar bajo qué condiciones los Estados deben dar cuenta de sus obligaciones internacionales, particularmente en lo que hace a la situación de niñas, niños y adolescentes migrantes. De esta manera, podría afirmarse que la referencia que los Estados puedan hacer al ámbito de su soberanía se encuentra cada vez más acotado al conjunto de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, por lo que no cualquier política y normativa migratoria es compatible con éstas.

En la actualidad existe un desfase importante entre los estándares internacionales y la realidad que presenta grandes obstáculos para una efectiva garantía de estos derechos. Sin embargo, a 70 años de la Declaración Universal, el artículo 13 sigue vigente. Las discusiones, análisis e interpretaciones que se desarrollen sobre este asunto serán indispensables para lograr que la migración —un fenómeno que nunca cesará— cuente con mejores condiciones para su ejercicio, y en donde cada vez menos personas tengan que viajar de manera forzada. La erradicación de la migración forzada podría constituir así el espíritu más importante del contenido del artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Fuentes

ACNUR. *Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de El Salvador, Guatemala, Honduras y México y la necesidad de protección Internacional.* En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos. Center for Gender and Refugee Studies.University of California Hastings College of Law. 2015.

ACNUR. OIT, OIM y UNICEF. *Niños, niñas y adolescentes migrantes. América Central y México.* San José, 2013.

Borg, Erika. *The politics of Human Rights an analysis of articles 13, 14 and 15 found in the Universal Declaration of Human Rights, 1914*8 and other conventions which contribute to the Development. En The politics of Human Rights. Diciembre 2, 2013.

Casillas Rodolfo. *La vigencia de los derechos humanos de las migrantes, premisa insustituible en la relación migración y desarrollo*. En Mirando al Norte: Algunas tendencias de la migración latinoamericana. Álvarez Echandi (coord.) San José, FLACSO. 2000.

Castillo Daudí, *Mireya. Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional. En Revista electrónica de estudios internacionales*. 2016.

CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015.

CIDH. *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familiar.*

CEPAL. *Tendencias y Patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional.* Martínez, Jorge; Cano Verónica y Soffia Magdalena. ONU. Chile, 2014.

Gomez-Johnson, Cristina. *De la migración económica a la migración forzada por el incremento de la violencia en El Salvador y México*. En Estudios Políticos. Medellín, julio diciembre 2015, No. 47.

González, Julia. *La migración en condiciones de vulnerabilidad.* En Mirando al Norte: Algunas tendencias de la migración latinoamericana. Álvarez Echandi (coord.) San José, FLACSO. 2000.

Kids in Need of Defense. *Repatriación y Reintegración de niños migrantes.En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos.* Center for Gender and Refugee Studies.University of California Hastings College of Law. 2015.

Knox, Vicky. *Factores que influyen en la toma de decisiones de las personas que huyen de Centroamérica,* en Revista Migraciones Forzadas. Latinoamérica y el caribe construyendo sobre una tradición de protección. Universidad de Oxford y Centro de Estudios sobre Refugiados. No. 52.

Mcadam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty.* En Melbourne Journal of International Law. Vol.12.

Novak, Fabián. *La Declaración Universal de Derechos Humanos a cincuenta años después.* En Agenda Internacional. Instituto de Estudios Internacionales

OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018.* Ginebra. 2018.

ONU. *Trabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos.* Cambridge University. 2013.

Ponce Martínez, Carlos F. *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos.* Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831275

Rodríguez Martínez, Miriam. *La migración interregional de América Latina: Problemas y Desafíos. Centro de Estudios de Migraciones Internacionales* (CEMI), Cuba. 2000.

Womens Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México. En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015.*

Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32) San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969

Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121 y 122.

Corte IDH. *Derechos de Niñas y Niños en el contexto de migración y/o necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC- 21/14* del 19 de agosto de 2014. Serie A. No. 21.

Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99* de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

CDN. Observación General O.G. No. 6. Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005. Comité sobre los Derechos del Niño. ONU.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

El derecho de asilo: una mirada jurídica y humana

Dulce María Milán Rodríguez

En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

Artículo 14, Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sumario: 1. Introducción. 2. El asilo: sus orígenes y conceptualización. 3. El asilo como un derecho humano. . El principio de no devolución. 5. El Sistema Interamericano y sus aportes al derecho de asilo. 6. México y el asilo. 7. La cara humana del asilo: una mirada más allá de las fronteras. 8. Bibliografía.

1. Introducción

"La guerra es una opción que toman muchos pueblos, estando en ella tuve la experiencia de saber que más que matar gente, matan ideas y futuros". Estas son algunas de las palabras, experiencias y sentir de miles de testimonios alrededor del mundo frente al miedo y la desesperación por encontrar un lugar seguro en el cual puedan estar a salvo.

La Organización de las Naciones Unidas cifra en más de 65.3 millones el número de personas refugiadas, desplazadas internas

y solicitantes de asilo en la que ya es la peor crisis humanitaria desde la Segunda Guerra Mundial.

Basta ver las noticias para enterarnos que Amina escapó a Líbano para no separarse demasiado de su Siria natal. Louis inició un larguísimo viaje a España al ver que en Camerún, su país, quemaron vivo a su novio delante de sus propios ojos y que él podía ser el siguiente. Juana María lleva siete años pendiente de que el gobierno español le dé una respuesta a si le concede o no el asilo, mientras que a Ana María y Natalia, madre e hija, ya se lo han denegado por no contemplar que la violencia de las maras sea una amenaza suficiente como para salir del país, pese a que la joven de 14 años asegure haber visto a compañeros de su escuela "degollados y tirados al río".

Nombres más, nombres menos, esta es la realidad a la que se enfrentan miles de personas alrededor del mundo. Más allá de las fronteras, de los kilómetros recorridos y de las tristes huidas de "casa", todos son refugiados, todos han iniciado un camino huyendo de las amenazas, la violencia o las guerras de sus países.

Con motivo de la conmemoración de los 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hablar del derecho de asilo representa la oportunidad de mirar hacia atrás y ver sus orígenes. Significa tocar sus fibras jurídicas, pero sobre todo sus implicaciones humanas.

De ello se trata el presente documento, no precisamente de descubrir el hilo negro de esta figura del derecho internacional humanitario, sino de mirarla, hacerla consciente en nuestra realidad jurídica y buscar que trascienda a través de las buenas prácticas humanitarias.

Por tal motivo, el artículo da inicio con los orígenes y conceptualización del asilo para abrir paso a su codificación como derecho humano. En dichas líneas se destaca el principio de no devolución como componente integral del derecho de asilo. A manera de ver los aportes del sistema interamericano, se abordan los principales criterios sobre los cuales se ha ido edificando los alcances del asilo.

Por otra parte y desde una óptica más cercana, se atiende la figura desde nuestro país con números y marco normativo. Final-

mente, en un último apartado del artículo se recoge la parte humana y sensible del asilo como parte integral del fenómeno migratorio.

Esta conmemoración, en lo que atiende al artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, va dedicada a todos aquellos testimonios de vida que no han visto la luz y que se han quedado en el exilio y el desarraigo. En honor a todas aquellas personas que han tenido miedo y han sufrido el horror de la guerra, en honor a su valentía y coraje de seguir viviendo "en un país diferente".

2. El asilo: sus orígenes y conceptualización

La figura del asilo podría decirse que es de creación relativamente reciente, sin embargo, los primeros destellos de su surgimiento podemos palparlos a través de la historia misma que nos permite ver en los orígenes de las civilizaciones un sentido de hospitalidad hacia aquellos que huían de guerras y otras situaciones adversas.

Posteriormente, esta "práctica" humanitaria que se venía realizando dentro de los pueblos originarios pasó a adquirir un carácter religioso, ya que las iglesias, monasterios y casas de culto hacían las veces de refugio. Poco a poco fue erigiéndose en una institución jurídica reconocida como "asilo". Fue después de la Revolución francesa, cuando el asilo dejó de ser una tradición religiosa para adquirir una connotación civil y contenido político[1], esto es, se convirtió en un derecho reconocido, principalmente en los casos de migraciones forzosas y crisis humanitarias.

Para ir alcanzando su regulación progresiva tuvieron que acontecer diversos hechos o momentos, entre ellos, las guerras y conflictos interestatales como principales generadores de las peticiones de asilo. Un ejemplo de ello, lo podemos ver en las causas que dieron origen a esta figura en América, de acuerdo con la Corte Internacional de Justicia en el "Caso de Asilo" (Co-

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 25/18 de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador, "La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección", párrafo 74.

lombia vs. Perú)[2], al señalar, por un lado, el poder de los principios democráticos, y por otro, la frecuencia de revoluciones y luchas armadas que pusieron en peligro la seguridad y la vida de las personas.

Pero en sí, ¿Qué es el asilo? ¿A qué se hace referencia con esta figura? Pues bien, de acuerdo con la Agencia de la ONU para los refugiados (en adelante ACNUR), se trata de una práctica mediante la cual un Estado garantiza la protección, el amparo y la asistencia de aquellas personas que han huido de su país de origen por diversas razones, generalmente relacionadas con la violación de uno o varios de sus derechos fundamentales.[3]

En palabras más concretas, se trata de un recurso de protección que otorgan los Estados en su territorio a aquellas personas que no pueden encontrarla en su propio país, ya que sufren persecución o amenazas con motivo de su raza, religión, nacionalidad, por pertenecer a un determinado grupo social o por sus opiniones políticas.

En este sentido, se puede advertir que la característica principal de aquella persona que solicita asilo, es que busca protección en otro país, no por elección sino por una necesidad imperiosa, a fin de salvaguardar sus derechos humanos que están siendo amenazados o vulnerados por parte de las autoridades de su país de origen, ya sea porque no quieren o no pueden protegerlos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en la Opinión Consultiva 25/2018 de 30 de mayo de 2018, considera que "la figura del asilo en sentido amplio descansa sobre un núcleo duro que se relaciona, por un lado, con la protección que un Estado ofrece a una persona que no es de su nacionalidad o que no reside habitualmente en el territorio del mismo y, por el otro, con no entregar a esa persona a un Estado donde su vida, seguridad, libertad y/o integridad se encuentran o podrían encontrarse en peligro".[4]

---

2 Corte Internacional de Justicia, Caso de Asilo (Colombia vs. Perú), volumen I, página 25.

3 Consultable en: *https://eacnur.org/blog/asilo-definicion-caracteristicas-basicas/*

4 Opinión consultiva 25/18, párrafo 101.

Precisamente de ello se trata la esencia del asilo a nivel conceptual y práctico, de proteger la integridad de las personas. Se podría decir entonces que el asilo en sí mismo se configura como un acto humanitario cuyo fin último es preservar la vida y favorecer la paz y la cooperación internacional.

3. El asilo como un derecho humano

La primera y la segunda guerra mundial han sido los personajes principales que han puesto en marcha la escena de la figura del asilo dentro del derecho internacional. Es a partir de estos acontecimientos que se forjan y generan las bases de su conceptualización y definición misma. Fueron los conflictos armados los que marcaron profundamente los espíritus de sus redactores.

Su consagración como derecho humano no fue una tarea fácil. Propiamente el concepto tradicional que considera al asilo como una potestad estatal empezó a modificarse en América Latina con el desarrollo del derecho americano de los derechos humanos.[5]

De esta manera, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) de 1948 fue el primer instrumento internacional en incluir el derecho de asilo en su artículo XXVII, al establecer que: "toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales".

Cabe destacar que en esta primera aparición se reconoció el derecho individual de buscar y recibir asilo. Se revolucionó el concepto clásico del asilo basado en la figura de la soberanía y prerrogativa estatal. La persona tomó el eje central en su definición como derecho humano.

[5] Mark Manly, "La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" en El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina, Leonardo Franco (coord.), ACNUR, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorama, San José, Costa Rica, 2004, pág. 126.

Posteriormente y dando continuidad a ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), aprobada el 10 de diciembre de 1948, contempló la figura del asilo en su artículo 14, al expresar: "En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país".

Sin duda, estos acontecimientos marcaron la evolución del asilo, tanto a nivel universal como regional en América Latina. De hecho, cabe destacar que el asilo puede considerarse una contribución de esta región al derecho internacional.[6]

Por otra parte, en el sistema interamericano de derechos humanos, el asilo fue codificado a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 en su artículo 22.7: "Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales".

En este sentido y a manera de esbozo o mapeo regional, este derecho humano –a nivel universal- se integró también a través de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados en 1951 para proteger a las personas de esa región en un tiempo determinado y posteriormente en el Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

En América Latina se reguló este derecho desde 1889 con el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo en su título II (arts. 15, 16 y 17). En 1907 el Tratado General de Paz y Amistad Centroamericana lo citaba; asimismo, se hace presente en la Convención Bolivariana de 1911 en su artículo 18; las Convenciones sobre Asilo Territorial y de Asilo Diplomático en 1954; a causa de los conflictos regionales, así como la evolución del derecho de asilo, se acuerda la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 en donde se integra una nueva definición regional de refugiado.

[6] Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, septiembre 2007, México, pág. 599.

De conformidad con estos instrumentos internacionales, el asilo como derecho humano es la protección que brindan los Estados a personas que, sin ser nacionales, se encuentran en su territorio, porque son perseguidas o amenazadas por alguna de las causales incluidas en los instrumentos internacionales. Como podrá verse, el asilo fue asentado como un derecho humano, no solo a buscar, sino también de recibirlo.

4. El principio de no devolución

Un componente esencial de la institución de asilo es el principio de no devolución. Este principio, consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, prohíbe, por expulsión o devolución, poner en modo alguno al refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. La devolución puede adoptar diversas formas, incluida la no admisión en la frontera (rechazo en frontera) y la interceptación.[7]

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha calificado el principio de no devolución como "la obligación suprema de los Estados"[8] frente a los refugiados y solicitantes de asilo. La importancia radica en que el derecho de buscar asilo constituye, en sí mismo, un medio para salvaguardar los derechos fundamentales a la libertad, la integridad y la vida. De manera paralela, el principio de no devolución garantiza estos derechos.

5. El Sistema Interamericano y sus aportes al derecho de asilo

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano jurisdiccional del sistema regional de protección de derechos

[7] Agencia de la ONU para los Refugiados, El derecho de asilo y el mandato del ACNUR, 4 de abril de 2006, página 2.

[8] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párrafo 24.

humanos ha desempeñado un papel importante y trascendental tratándose de fijar los criterios relevantes en materia del derecho de asilo y aquellos relacionados al fenómeno de la movilidad humana. Este apartado se destinará a destacar aquellos grandes y finos aportes por parte de la Corte IDH en la materia.

Al respecto, en el caso "Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana"[9], en el que se denunciaron expulsiones masivas de estas personas por parte del gobierno de la República Dominicana, la Corte IDH dictó medidas provisionales en cuanto a la migración y a la existencia de prácticas discriminatorias en razón del origen, nacionalidad y color de la piel.

Por otro lado, resulta de interés la posición adoptada en la Opinión Consultiva No. 16 titulada "el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal"[10], mediante la cual se reconoce la pronta información sobre la asistencia consular como una garantía del debido proceso. Este pronunciamiento tiene particular relevancia para toda persona que ha sido privada de su libertad en el extranjero, entre ellos, claro está, los refugiados y solicitantes de asilo. La consulta se relaciona con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.

Otro de los criterios relevantes se puede encontrar en la Opinión Consultiva No. 18 relativa a la "Condición jurídica y derechos de los migrantes documentados". La consulta consistió sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes, y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios

[9] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, Caso Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana, 26 de mayo de 2001.

[10] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal".

de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano. Aunado a ello, la consulta trata sobre "el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación".[11]

El 30 de mayo de 2018, la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva 25/18, sobre la "Institución del Asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección". Importante a destacar que en ella se considera que el derecho a "buscar asilo" abarca, por una parte, el derecho de solicitar o pedir el asilo ya sea en el territorio del Estado o cuando de cualquier forma se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, se precisó, para que el derecho a buscar asilo surta su efecto útil, se requiere que los Estados de acogida permitan que las personas puedan peticionar el asilo o el reconocimiento del estatuto de refugiado, razón por la cual esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o devueltas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías. Por otra parte, el derecho a recibir significa que el Estado debe otorgar la protección siempre que se cumplan los requisitos y condiciones para que ésta pueda ser brindada.[12]

En el "Caso Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia", la Corte IDH consideró que el derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado

[11] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", párrafo 1.

[12] Opinión Consultiva 25/18, párrafos 122 y 123.

sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo.

Dada la especial regulación del derecho a buscar y recibir asilo, y en relación con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio, en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, en procedimientos que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado, las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana deben ser analizados en relación con las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de dicho instrumento, según corresponda a la naturaleza administrativa o judicial del procedimiento relevante en cada caso."[13]

En este sentido, tratándose de solicitudes de asilo o reconocimiento de la condición de refugiado, la Corte IDH ha considerado que:

a. *deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso, asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR;*

b. *la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;*

c. *las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa;*

d. *con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en*

[13] Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párrafos 154 y 155.

todas sus etapas la protección de los datos del solicitante, de la solicitud y el principio de confidencialidad;

e. si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado o asilado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y

f. el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada."[14]

Ahora bien, de acuerdo con la información de la Corte IDH, hablemos de números y países frente al reconocimiento del derecho de asilo.

De los 35 Estados miembros de la OEA, 16 reconocen el derecho de asilo dentro de sus textos constitucionales. Casi la totalidad de ellos –excepto Cuba y Haití– también registran legislación interna complementaria en materia de asilo político y/o el estatuto de refugiado.[15]

Ocho países que carecen de norma constitucional, contemplan de todas formas el asunto en leyes nacionales, como es el caso de Argentina, Belice, Canadá, Chile, Estados Unidos de América, Panamá, Suriname y Uruguay.

Otros once Estados, conforme a la información con la que cuenta la Corte IDH –Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Dominicana, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, y Trinidad y Tobago–, no tienen normativa específica en el ámbito local.

Finalmente, cabe destacar que entre los países que regulan el derecho de asilo a nivel interno se encuentran: Brasil, Costa Rica,

---

14 Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Personas situación de migración o refugio, páginas 26 y 27, párrafo 159.

15 Opinión consultiva 25/18, párrafo 124.

Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.[16]

6. México y el asilo

Nuestro país ha mantenido una larga tradición de brindar protección a las personas que huyen de la persecución. Esta práctica data del siglo XIX, cuando los indios Kikapú de Norteamérica encontraron refugio en el estado de Coahuila. Los refugiados europeos que huyeron del fascismo en la década de 1930, fueron recibidos por el gobierno del Presidente Lázaro Cárdenas, mientras que los sudamericanos que huían de las dictaduras también encontraron seguridad en México en la década de 1970. Fue en el año de 1980 cuando comenzaron a llegar refugiados guatemaltecos a México en grandes números.[17]

Ante la gran cantidad de refugiados que llegaron en la década de los 80s, se puso a prueba el sistema latinoamericano y la política de asilo del gobierno mexicano. Para enfrentar dicho panorama, se estableció un proceso de registro para ellos y se emitió un decreto para la creación de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) el 22 de julio de 1980[18], conformado por las Secretarías de Gobernación, Relaciones Exteriores y del Trabajo y Previsión Social.

En aquella época, la legislación mexicana no contaba propiamente con el concepto de refugiado, de modo que el reconocimiento formal que se hacía a estas personas era como visitantes

16 Opinión consultiva 25/18, párrafos 125-127

17 Agencia de la ONU para los Refugiados, Guía para la protección de los refugiados en México, disponible en *http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Mexico/Guia_para_la_proteccion_de_los_refugiados_en_Mexico.pdf*

18 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, recomendación 35/2017 de 31 de agosto de 2017, sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica y legalidad, libertad personal, así como al principio del interés superior de la niñez en agravio de un grupo de personas en contexto de migración que solicitaron el reconocimiento de la condición de refugiado.

fronterizos temporales.[19] Posteriormente, tras los tratados de paz, fue cuando se les concedió la posibilidad de adquirir la nacionalidad mexicana y los asentamientos de ex refugiados lograron la autosuficiencia e integración.

Hasta el año 2002, las personas recibían el reconocimiento del Estatuto de los refugiados bajo el cobijo del ACNUR, pese a que nuestro país no había ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Tras su ratificación, así como de su Protocolo de 1967, a partir del año 2000 el gobierno mexicano comenzó a asumir el proceso de elegibilidad para otorgar el asilo.[20]

Con la puesta en marcha y los hechos que sucedían en el día a día, se fue visibilizando un problema: faltaba un procedimiento legal, pues se carecía de una ruta clara para obtener el reconocimiento de su condición, ya sea como refugiado o asilado en nuestro país. Poco a poco se fue cuestionando la falta de una legislación armonizada con los instrumentos internacionales.

Con estos antecedentes como marco es que surge, en el año 2011, la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, y un año después su reglamento. Ambas, constituyeron un "parte aguas" en la construcción del marco legal mexicano. Posteriormente, el 30 de octubre de 2014, se reformó dicha Ley, que actualmente se denomina Ley sobre Refugiados, Protección complementaria y Asilo Político.

Por otra parte, en nuestra Constitución Política se encuentra regulado el derecho de asilo en su artículo 11. Fue con motivo de la reforma del 10 de junio de 2011 que se adicionó el párrafo correspondiente a: "En caso de persecución por motivos de orden político, toda persona tiene derecho a solicitar asilo; por causas de carácter humanitario recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones".

Sin embargo, dicho párrafo nuevamente tuvo un cambio el 15 de agosto de 2016 y fue sustituido por el siguiente: "Toda per-

[19] Sin Fronteras IAP, "Evolución y Retos del Asilo en México", 20 años de asistencia legal e incidencia por las personas Refugiadas, México, 2016, página 20.

[20] Ibidem, página 21.

sona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones."[21]

Con esta última reforma, el reconocimiento del derecho de asilo remite y se complementa con los tratados internacionales y, en cuanto a su regulación en materia de procedencia y excepciones, remite a la ley interna, esto es, la Ley de Migración.

Hoy en día las cifras nos muestran un poco de la realidad en cuanto a su implementación. Del 2013 a diciembre de 2017, el fenómeno de la movilidad humana ha ido en aumento, tal y como se ejemplifica en la siguiente tabla.[22]

	2013	*2014*	*2015*	*2016*	*2017*
Solicitantes	1 296	2 137	3 424	8 788	14 596
Concluidos	846	1 370	2 400	5 954	4 475
Reconocidos	280	460	951	3 076	1 907
Protección complementaria	33	84	161	641	918
Abandonados	176	389	663	2 081	2 233
Desistidos	274	378	361	313	167
No reconocidos	533	826	1 288	2 237	1 650
Pendientes por resolver	0	0	0	439	7 719

De acuerdo con dichas estadísticas, en 2017 México registró un total de 14.596 solicitudes de asilo, un incremento de 66% en comparación con las solicitudes de 2016. La mayoría de las solicitudes de asilo en México provinieron de Honduras (4,272), Venezuela (4,042), El Salvador (3,708) y Guatemala (676).[23]

21 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 11.

22 *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/290340/ESTADISTICAS_2013_A_4TO_TRIMESTRE_2017.pdf*

23 Consultable en: http://www.acnur.org/noticias/press/2018/6/5b2db7cd4/acnur-saluda-las-medidas-anunciadas-por-mexico-en-favor-de-las-personas.html

7. La cara humana del asilo: una mirada más allá de las fronteras

Lo primero que vino a mi mente cuando decidí el título de este último apartado fue: "no podemos permanecer indiferentes y pensar que nada ocurre". Los índices e informes, tanto nacionales como internacionales, nos muestran a través de cifras y números la situación de movilidad que estamos experimentando a nivel internacional. México, no es la excepción, al contrario, es parte del corredor migratorio de América del Norte, el más transitado del planeta, siendo un país de origen, tránsito, destino y retorno de personas en contexto de migración.

Sin embargo, los números únicamente reflejan estadísticas pero no la parte humana. Quedan de fuera el sufrimiento, el dolor, la incertidumbre, la violencia y demás circunstancias que los hacen ser una población vulnerable frente a la constante violación a sus derechos humanos. Un ejemplo del temor que se vive es el siguiente testimonio:

"Se te acercan, preguntan cuánto dinero tienes y se lo llevan todo. Te disparan, te queman, te golpean. Abusan de ti y de forma muy violenta. Si tienes una hija y, al verla por la calle, les gusta, vienen por la noche y la violan delante de ti. Hay ladrones por todas partes; se llevaron mi coche, mi dinero y mis documentos y no hay nada que se pueda hacer. No hay policía ni ejército; no hay ley. Nadie puede ayudarte. Lo peor está en las calles, en particular de noche. A partir de las seis de la tarde, si trabajas hasta tarde, en el camino de vuelta a casa te cruzas con muchas malas personas. Nunca sabes lo que van a hacer."[24]

Al respecto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos -en los últimos 26 años- ha manifestado en diversos informes especiales, recomendaciones y pronunciamientos su preocupación e inquietud por la situación de vulnerabilidad que atraviesan los grupos de personas que se encuentran en situación de migración, tanto nacionales como extranjeros. De manera particular aquellos que están en una situación migratoria irregular, lo que los

[24] Testimonio consultable en: https://www.msf.mx/article/testimonios-de-migrantes-y-refugiados-las-duras-consecuencias-humanitarias

expone a situaciones de vulnerabilidad en la cual son más propensos para ser víctimas del crimen organizado, de secuestros, de trata de personas, de explotación laboral y sexual, maltrato, así como a ser víctimas de la delincuencia común, de situaciones climáticas extremas, de accidentes en tren, o marítimos, así como carreteros, de no acudir a los servicios de salud por miedo a la detención y deportación y de ser sujetos de abusos de autoridad trayendo como consecuencia violaciones a sus derechos humanos por su condición migratoria irregular.

Dicha realidad, no puede ser evadida. Es fundamental tener en cuenta que la figura del asilo tiene un rostro humano, tiene una historia de vida, encarnan en ella hombres y mujeres que buscan un lugar para reconstruirse y resignificar su vida. De ello se trata el reto principal del fenómeno migratorio, de mirar los rostros humanos y caminar hacia la protección de sus derechos, dejando de lado las luchas y guerras internas de cada país. No se trata únicamente de "buscar y recibir asilo", el punto fino del tema radica en crear consciencia y crear políticas públicas en derechos humanos que afiancen la protección de las personas frente al tema migratorio y de desplazamiento.

Por ello se hace necesario transitar de una política migratoria de contención por cuestiones de seguridad, a una garantista en la que el centro de la misma sea el respeto a los derechos fundamentales de la persona migrante.

Insisto, abramos puentes en lugar de construir muros.

8. Bibliografía

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

Convención Bolivariana de 1911

Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados en 1951

Convenciones sobre Asilo Territorial y de Asilo Diplomático en 1954

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967

Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889

Tratado General de Paz y Amistad Centroamericana de 1923

Agencia de la ONU para los Refugiados, El derecho de asilo y el mandato del ACNUR, 4 de abril de 2006.

Agencia de la ONU para los Refugiados, Guía para la protección de los refugiados en México, disponible en http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Mexico/Guia_para_la_proteccion_de_los_refugiados_en_Mexico.pdf

Caso Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, 28 de febrero de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, Caso Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana, 26 de mayo de 2001.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, recomendación 35/2017 de 31 de agosto de 2017, sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica y legalidad, libertad personal, así como al principio del interés superior de la niñez en agravio de un grupo de personas en contexto de migración que solicitaron el reconocimiento de la condición de refugiado.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, “El derecho a la información sobre

la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal".

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados".

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 25/18 de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador, "La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección".

Corte Internacional de Justicia, Caso de Asilo (Colombia vs. Perú), volumen I.

Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Personas situación de migración o refugio. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf

Mark Manly, "La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" en El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina, Leonardo Franco (coord.), ACNUR, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorama, 2004, San José, Costa Rica.

Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, septiembre 2007, México.

Sin Fronteras IAP, "Evolución y Retos del Asilo en México", 20 años de asistencia legal e incidencia por las personas Refugiadas, 2016, México.

La nacionalidad, la igualdad y la no discriminación

*Alexandra Haas Paciuc**

Sumario: Introducción. ¿Qué es la discriminación?. Prejuicios, estereotipos y actitudes: el rechazo a las personas de otros países. Actos y disposiciones excluyentes: la negación explícita de derechos. Brechas de desigualdad. Reflexiones finales.

Introducción

Durante los últimos 70 años, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) ha marcado la pauta para gobiernos y sociedades alrededor del mundo. Se trata de un instrumento con amplia relevancia y vigencia que todavía inspira discusiones acerca del contenido de las leyes y las políticas públicas. En ese tenor, es una referencia para atender el imperativo de respetar plenamente la dignidad de cada persona.

Entre las amplias previsiones de la DUDH, el presente texto destaca el vínculo entre el contenido de dos artículos. Por una parte, el Artículo 15 sobre la nacionalidad, que señala a la letra:

* Presidenta del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred).

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.[1]

Por otra parte, el Artículo 2, que configura una de las primeras enunciaciones de lo que hoy entendemos como el principio de igualdad y no discriminación,[2] y textualmente establece:

> Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.[3]

En concreto, la preocupación en torno a la cual este texto se centra es la prevalencia de patrones discriminatorios basados en la nacionalidad. Como se describirá en las siguientes páginas, en México persisten tendencias como las siguientes:

i. Actitudes de rechazo generalizado hacia las personas con nacionalidad distinta a la mexicana.

---

1 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1948), *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, A/RES/217(III).

2 El principio había sido enunciado de alguna forma por la Carta de las Naciones Unidas en 1945, cuyo Artículo 1 destaca como un propósito de la ONU "fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos (...) [, así como] realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión" (Énfasis propio). Véase Naciones Unidas (1945) *Carta de las Naciones Unidas*.

3 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1948), *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, A/RES/217(III).

ii. Actos y disposiciones legales que limitan los derechos de las personas con base en su nacionalidad, o en el tipo de nacionalidad que tienen (i.e. por nacimiento versus por naturalización).[4]
iii. Brechas de desigualdad que resultan de un trato diferenciado.

Así, el objetivo del presente artículo es problematizar los tres fenómenos anteriores, y mostrar que todos son expresiones de un patrón estructural de discriminación. Así, después de definir lo que se entiende por discriminación como fenómeno social, a lo largo del texto se proporcionará evidencia sobre cada una de las tendencias señaladas, y se hará patente su calidad excluyente. El escrito finaliza con una reflexión acerca de los pendientes para la plena inclusión de todas las personas, de manera que la nacionalidad no sea un criterio relevante para establecer distinciones formales o informales.

¿Qué es la discriminación?

La discriminación, que la Constitución mexicana prohíbe expresamente en el párrafo quinto de su primer artículo,[5] se puede definir conforme a la Ley Federal en la materia de la siguiente manera:

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

[4] El Artículo 30 de la Constitución establece únicamente esas dos vías para obtener la nacionalidad mexicana. Véase Cámara de Diputados (2017) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

[5] *Ibid.*

responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.[6]

Conforme a esta definición, un acto de discriminación se compone de tres elementos fundamentales. Primero, hay una acción u omisión que da pie a un trato desigual hacia algunas personas. Segundo, este trato desigual está basado en algún motivo prohibido, como son el origen nacional y la situación migratoria. Y tercero, la distinción entre las personas tiene como consecuencia (intencional o accidentada) obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades.

La definición legal citada anteriormente está armonizada con los instrumentos internacionales, y ofrece un estándar mínimo para distinguir, en casos concretos, el trato desigual legítimo del que es discriminatorio. Sin embargo, es necesario reconocer que su contenido no es exhaustivo ni explica del todo la naturaleza y alcance de la discriminación como fenómeno social. Por ello, es importante también subrayar la dimensión estructural de la discriminación sin colocar el enfoque únicamente sobre actos específicos. Ello exige tomar nota de la relación que existe entre actos de exclusión distintos y reiterados, así como de sus causas y de su prevalencia en ámbitos distintos.

En este sentido, es necesario destacar que la discriminación no se compone de eventualidades aisladas o aleatorias, sino de una serie de dificultades sistemáticas, reiteradas y desproporcionadas que numerosos grupos de la población (juntos, una mayoría considerable) enfrentan para ejercer sus derechos.[7] Bajo el enfoque estructural, hay seis características centrales de la discriminación que sería importante considerar:

---

6 Cámara de Diputados (2018) *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003.

7 Sobre este tema, se puede consultar Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009), *Observación General Número 20*, adoptada durante el 42° Período de Sesiones el 2 de julio, E/C.12/GC/20; así como Jesús Rodríguez Zepeda (2014) "Prolegómenos de una teoría política de la igualdad de trato", en Teresa González Luna y Jesús Rodríguez Zepeda (coord.) *Hacia una razón antidiscriminatoria: Estudios analíticos y normativos sobre la igualdad de trato*, México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

1. La discriminación implica una vulneración de derechos, que pueden comprender desde el empleo digno, la seguridad social, la salud y la educación, hasta el derecho a la vivienda o a una vida libre de violencia. Como se verá en la siguiente sección, ciertos perfiles poblacionales (e. g. las mujeres, los pueblos y las comunidades indígenas, las personas con discapacidad) enfrentan barreras que les excluyen de todas estas prerrogativas. Ello es una manifestación de la discriminación.
2. La discriminación es un fenómeno recurrente. Los actos discriminatorios no son hechos aislados, aleatorios o inconexos, sino conductas que se repiten una y otra vez a través del tiempo. En ese sentido, cada caso en particular es una manifestación individual de patrones de trato más amplios.
3. La discriminación no siempre depende de las intenciones de las personas. Es cierto que varias manifestaciones de la discriminación surgen de un interés explícito por excluir a ciertos grupos de población. No obstante, otras veces la discriminación pasa desapercibida o puede derivar de normas o políticas ya establecidas, incluso si quien las implementa no tiene interés en marginar a un perfil sociodemográfico en particular. En ese sentido, la discriminación puede ser indirecta e inintencionada.
4. La discriminación es un fenómeno generalizado. Como muestra también la siguiente sección, existen patrones sistemáticos de exclusión presentes en todas las instituciones sociales, políticas, culturales y económicas del país, y no solamente en algunas.
5. La discriminación tiene hondas raíces históricas. La marginación de las personas con base en su origen nacional, situación migratoria, así como el resto de las categorías "sospechosas", ha tenido lugar a lo largo de generaciones, muchas veces sustentada en prejuicios con gran arraigo. Por ello, las costumbres y la cultura en muchos casos ocasionan que patrones excluyentes concretos se perciban como algo "normal" o "natural".
6. Finalmente, la discriminación favorece las relaciones desiguales de poder. Al reproducirse, la exclusión de nume-

rosos perfiles sociodemográficos refuerza las asimetrías en cuanto a capital político y económico.

A lo largo de las secciones siguientes, se mostrará que existen creencias sociales y patrones de trato que, con base en la nacionalidad, promueven la marginación sistemática de las personas en nuestro país. También se citará la evidencia existente sobre las brechas de desigualdad que ello genera, de manera que la urgencia de combatir estas tendencias se vuelva evidente.

Prejuicios, estereotipos y actitudes: el rechazo a las personas de otros países

En México habitan pocas personas nacidas en el extranjero. De acuerdo con la *Encuesta Nacional sobre Discriminación (Enadis) 2017* —que el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) recabó en colaboración con el Instituto Nacional de Geografía e Informática, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Universidad Nacional Autónoma de México y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología—, se trata de apenas 1.1 millones de personas, lo cual representa menos de 1% de la población.[8] Esto coloca al país como uno de los que cuentan con la proporción de población extranjera más baja en el continente, así como aquél con la tasa más reducida entre los países de la OCDE.[9] A manera de comparación, alrededor de 13% de la población de Estados Unidos nació en el extranjero.[10]

A pesar de su reducida presencia, existen varios indicios de que los prejuicios contra las personas migrantes tienen un amplio arraigo. Por citar un caso, según la *Encuesta Nacional de Migración* realizada por la Universidad Nacional Autónoma de México en 2015, "los extranjeros" son, junto con "las personas más ricas", el grupo respecto al que más desconfianza se tiene a nivel

8 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación [Conapred] (2018) *Encuesta Nacional de Discriminación 2017: Prontuario de resultados.*

9 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2016) *OECD Factbook 2015-2016: Environmental and Social Statistics,* París: OECD Publishing.

10 *Ibid.*

nacional. Particularmente, una quinta parte de la población cree que los extranjeros debilitan "nuestras costumbres y tradiciones", mientras que una proporción similar opina que "son demasiados", a pesar de su presencia reducida.[11]

A raíz de este tipo de creencias, subsisten todavía diversas actitudes excluyentes. De hecho, como muestra la *Enadis 2017*, proporciones considerables de la población expresan su disposición a marginar a quienes no han nacido en México de numerosos espacios. Por una parte, cuatro de cada 10 personas declaran que no rentarían un cuarto de su casa a personas extranjeras. Por otra parte, casi la mitad de la población (47%) estaría poco o nada de acuerdo con que se eligiera a una persona nacida en el extranjero (aunque tuviera padre o madre mexicana) para la Presidencia de la República.[12]

En este último caso, cabe destacar que, de acuerdo con la Constitución, una persona nacida de padre o madre mexicana, aunque hubiera nacido en el extranjero, sería mexicana por nacimiento, pues en el Artículo 30 de tal ordenamiento se señala:

> A) Son mexicanos por nacimiento:
>
> I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
> II. *Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;*
> III. *Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización*, y
> IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes [...][13]

---

11 Maritza Caicedo y Agustín Morales Mena (2015). *Imaginarios de la Migración internacional en México. Una mirada a los que se van y a los que llegan (Encuesta Nacional de Migración)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

12 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación [Conapred] (2018). *Encuesta Nacional de Discriminación 2017: Prontuario de resultados.*

13 Cámara de Diputados (2017) *op. cit*. Énfasis propio.

De tal manera, impedir que esa persona ocupara la Presidencia del país únicamente porque nació fuera de nuestras fronteras sería inconstitucional.[14]

La propensión a negar ciertos servicios (como una renta) o prerrogativas (como la participación política) con base en la nacionalidad encuentra su correlato en casos concretos. Como se verá en la sección a continuación, las prácticas y distinciones de esta naturaleza tienen un arraigo importante en México, incluso de manera expresa en diversos instrumentos jurídicos.

Actos y disposiciones excluyentes: la negación explícita de derechos

Casos concretos de exclusión por nacionalidad

Alrededor del país, se han documentado numerosos casos de exclusión basados en la nacionalidad de las personas. Por destacar una cifra, entre enero de 2012 y junio de 2018, Conapred calificó 48 expedientes como presuntos actos de discriminación hacia personas migrantes en el país, de los que más de 50% era atribuido a personas del servicio público. En 30 de los casos, se determinó que había vulneraciones al derecho al trato digno; en 17, al derecho a la igualdad de oportunidades, y en 10, al derecho al trabajo. Los principales ámbitos donde se dieron estos casos fueron los trámites administrativos, así como el empleo.

Las personas de nacionalidad extranjera que solicitan refugio en México son particularmente vulnerables a este tipo de eventualidad. Dado que muchas veces carecen de documentos oficiales (por haber abandonado furtivamente las condiciones de violencia y exclusión en su país de origen), se les impide incorporarse a la educación o al empleo formal. Además, existe la tendencia a negarles el acceso a servicios públicos de todo tipo. En 2017,

[14] De acuerdo con el Artículo 82 constitucional, un requisito para ser titular del Poder Ejecutivo Federal es ser mexicano por nacimiento. Como se demostrará más adelante, esta condición es discriminatoria; sin embargo, en el caso hipotético planteado por la Encuesta, el lugar de nacimiento de la persona en cuestión no sería impedimento para acceder al cargo. *Ibid.*

por ejemplo, una mujer de Camerún que vivía con VIH y era solicitante de refugio expuso su caso ante Conapred: tras haber dado a luz en territorio nacional, el personal de seguridad de una clínica de salud le negaba injustificadamente la entrada. Acceder era particularmente importante para ella, porque tenía interés en dar seguimiento al tratamiento antirretroviral de su bebé. Solo hasta que el Consejo emitió medidas cautelares se permitió que la mujer y su bebé accedieran a las instalaciones en igualdad de condiciones, sin impedimentos para recibir atención médica.

De manera similar, destacan las violaciones de los derechos de quienes no cuentan con la nacionalidad mexicana y transitan por este país para llegar a otro. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha apuntado de manera explícita que estas personas son blancos desproporcionados del delito, presas del crimen organizado, víctimas de la privación de la libertad y, en muchos casos, sobrevivientes de abuso sexual.[15] Además, están sujetas a prácticas reiteradas de perfilamiento racista, bajo las cuales las autoridades detienen a las personas con base en su apariencia física.[16]

Cabe resaltar que quienes enfrentan actos de discriminación, cuando son conscientes de ello, tienden a evitar la denuncia. De acuerdo con la *Enadis 2017*, nueve de cada diez personas a las que se había negado injustificadamente un derecho en los últimos cinco años no lo denunciaron.[17] Es factible intuir que esta

---

15 CNDH (2016) *Informe sobre la problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional*, octubre. Disponible en: *https://goo.gl/lxTbYh*.

16 En 2016, la CNDH mostró que estas prácticas incluso afectan a personas de nacionalidad mexicana. En una recomendación, retomó las experiencias de tres personas tzeltales que, a pesar de acreditar su identidad con documentos oficiales mexicanos, fueron detenidas para ser "devueltas a Guatemala" y enfrentaron diversas violaciones a sus derechos humanos por parte de las autoridades. Véase CNDH (2016) "Recomendación 22/2016 sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la libertad personal, de tránsito, a la no discriminación, a la integridad y seguridad personal, y al acceso a la justicia en agravio de V1, V2, V3 Y V4 de nacionalidad mexicana". 22 de mayo. Disponible en: *https://goo.gl/KWClWh*.

17 Conapred (2018) *op. cit*.

tendencia se exacerba entre personas de nacionalidad extranjera que transitan o buscan refugio en el país, tanto por su desconocimiento de sus derechos y de los recursos legales disponibles para hacerlos valer como por su nivel de carencias y su falta de acceso a la justicia. Por ello, es posible intuir que los casos de discriminación hacia estos sectores son más frecuentes de lo que muestran los registros oficiales.

Ordenamientos jurídicos que establecen distinciones por nacionalidad

La negación arbitraria de servicios y derechos no es siempre una práctica meramente informal, sino que a veces se constituye como parte explícita de las políticas del Estado. Un caso particularmente ilustrativo de ello es la manera en que nuestro marco jurídico regula los derechos de quienes adquieren la nacionalidad mexicana por naturalización, a quienes se imponen restricciones de manera frecuente.

Vale recordar que, según el Artículo 30 de la Carta Magna, una persona se considera mexicana por naturalización si cae dentro de alguno de los siguientes supuestos: [18]

> [...]
>
> B) Son mexicanos por naturalización:
>
> I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.
>
> II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.[19]

En términos generales, es común que el marco jurídico vigente contravenga el espíritu de la DUDH y mandate distinciones entre cada uno de los tipos de nacionalidad. Por una parte, des-

[18] Las condiciones bajo las que se otorga la nacionalidad por nacimiento se especificaron en páginas anteriores. Véase supra, nota 5.

[19] Cámara de Diputados (2017) *op. cit.*

taca que la nacionalidad mexicana por nacimiento no se puede perder, mientras que la que se obtiene por naturalización sí. Textualmente, el Artículo 37 constitucional establece:

> [...]
>
> C) Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad.
> D) La nacionalidad mexicana por naturalización se perderá en los siguientes casos:
>
> I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y
> II. Por residir durante cinco años continuos en el extranjero [...][20]

Como puede verse, esto implica que, sólo por haberse naturalizado en lugar de obtener la nacionalidad por nacimiento, quienes residan fuera de México más de cinco años, adquieran cualquier otra nacionalidad, utilicen un pasaporte extranjero, reciban títulos extranjeros o se ostenten como extranjeros no tendrán garantizado el derecho a la nacionalidad en México.

Por otra parte, y como reflejo de las actitudes citadas en el apartado anterior, existe una tendencia marcada a reservar el acceso a cargos públicos a mexicanas y mexicanos por nacimiento. Esto se observa a lo largo de numerosas legislaciones a nivel federal y local. En el caso de la Constitución, por ejemplo, ése es un requisito para los siguientes puestos a nivel federal:[21]

1. Titular del Poder Ejecutivo federal, conforme al Artículo 82;
2. Titular de las Secretarías de Despacho, conforme al Artículo 91;
3. Titular de la Fiscalía General de la República, conforme al Artículo 102;
4. Integrante del Ejército (en tiempos de paz), de la Armada y de la Fuerza Aérea, conforme al Artículo 32;

[20] *Ibid.*

[21] *Ibid.*

5. Ocupante de algunos cargos de la Marina Mercante, conforme al Artículo 32;
6. Titular del órgano de gobierno de la Comisión Federal de Competencia Económica, conforme al Artículo 28;
7. Titular del órgano de gobierno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, conforme al Artículo 28;
8. Diputada o Diputado, conforme al Artículo 55;
9. Senadora o Senador, conforme al Artículo 58;
10. Ministro o Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al Artículo 95;
11. Magistrado o Magistrada del Tribunal Electoral, conforme al Artículo 99, y
12. Integrante del consejo de la Judicatura, conforme al Artículo 100.

Además, en el mismo ordenamiento, se establece que los siguientes puestos a nivel estatal están reservados para quienes cumplan con el mismo requisito:[22]

1. Titular del Poder Ejecutivo local, conforme al Artículo 116;
2. Diputado o Diputada de algún Congreso local, conforme al Artículo 116;
3. Magistrado o Magistrada de algún Poder Judicial local, conforme al Artículo 116, y
4. Los mismos cargos en la Ciudad de México, conforme al Artículo 122.

En un caso similar se encuentran numerosas leyes del orden federal, que exigen para diversos cargos la nacionalidad mexicana por nacimiento y, en varios casos, el no adquirir alguna otra nacionalidad. Se destacan, a manera ilustrativa, los siguientes diez:

1. Presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, conforme al Artículo 9 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos;[23]

[22] *Ibid.*

[23] Cámara de Diputados (2018) *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1992.

2. Presidencia del Instituto Nacional de las Mujeres, conforme al Artículo 15 de la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres;[24]
3. Titular de la Dirección General del Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad, conforme al Artículo 49 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad;[25]
4. Rector o Rectora de la Universidad Nacional Autónoma de México, conforme al Artículo 5 de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México;[26]
5. Titular de la Dirección General del Instituto Politécnico Nacional, conforme al Artículo 13 de la Ley Orgánica del Instituto Politécnico Nacional;[27]
6. Magistrada o Magistrado del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, conforme al Artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa;[28]
7. Titular de la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública, conforme al Artículo 31 de la Ley Federal de Defensoría Pública;[29]
8. Consejero o Consejera Presidente (y Electoral) del Instituto Nacional Electoral, conforme a los Artículos 36 y

---

[24] Cámara de Diputados (2018) *Ley del Instituto Nacional de las Mujeres*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de enero de 2001.

[25] Cámara de Diputados (2018) *Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011.

[26] Cámara de Diputados (1945) *Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1945.

[27] Cámara de Diputados (1982) *Ley Orgánica del Instituto Politécnico Nacional*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1981.

[28] Cámara de Diputados (2016) *Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016.

[29] Cámara de Diputados (2016) *Ley Federal de Defensoría Pública*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998.

38 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales;[30]

9. Integrante de una Mesa Directiva de Casilla del Instituto Nacional Electoral, conforme al Artículo 83 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales;[31]
10. Integrante de la Policía Federal, conforme al Artículo 17 de la Ley de la Policía Federal.[32]

Incluso para cuestiones alejadas de la esfera pública se establecen distinciones análogas. Por subrayar un caso, en el caso del transporte aéreo, la Ley de Aviación Civil establece, en su artículo 40, que toda aeronave deberá contar con un comandante o piloto al mando, y que en cualquier aeronave de servicio al público el comandante "deberá ser mexicano por nacimiento que no adquiera otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos".[33] Ello es congruente con el artículo 32 constitucional, según el cual "todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana" debe tener nacionalidad mexicana por nacimiento.[34]

Finalmente, también destacan las disposiciones discriminatorias en ordenamientos a nivel local. En particular, todas las Constituciones estatales señalan que las y los Presidentes Municipales deben tener la nacionalidad mexicana por nacimiento. La única excepción es la Ciudad de México, que en su Artículo

30 Cámara de Diputados (2017) *Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014.

31 *Ibid.*

32 Cámara de Diputados (2011) *Ley de la Policía Federal*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de junio de 2009. Cabe destacar que esta y otras disposiciones fueron declaradas inválidas por la Suprema Corte de Justicia en 2011, en su sentencia para la Acción de Inconstitucionalidad 48/2009, precisamente por su carácter discriminatorio. Dicha resolución puede consultarse en el Diario Oficial de la Federación del 24 de junio de 2011.

33 Cámara de Diputados (2018) *Ley de Aviación Civil*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1995.

34 Cámara de Diputados (2017) *Constitución Política... op. cit.*

24, fracción 5, mandata que "Las y los ciudadanos mexicanos, por nacimiento o naturalización, tienen derecho a acceder a cualquier cargo público de la Ciudad, incluyendo los de elección".[35]

Así pues, resulta claro que la nacionalidad y el tipo de nacionalidad que se tiene son criterios con base en los cuales la sociedad y el Estado mexicano —por medio de sus normas, instituciones y prácticas— hacen distinciones. Ello contribuye a que, como se verá a continuación, las personas de distinta nacionalidad experimenten diferencias notorias en su calidad de vida.

Brechas de desigualdad

Precisamente por su presencia reducida en el país, la información acerca de la población que vive en México bajo otra nacionalidad es escasa.[36] Sin embargo, hay algunos análisis académicos que revelan disparidades importantes en demérito de las personas extranjeras en varios ámbitos. Ello sugiere que los estereotipos y los actos excluyentes, cuando no son combatidos, se traducen en desigualdades significativas.

Dos ejemplos ilustrativos son el ámbito educativo y el laboral. En el caso del primero, por ejemplo, se observa que las y los niños de distinto origen nacional tienen niveles de acceso diferentes. Un análisis reciente revela que, en la región Sur - Sureste, nueve de cada diez adolescentes mexicanos entre 13 y 15 años logran asistir a la escuela. En contraste, la proporción se reduce a la mitad para adolescentes que, aunque viven actualmente en México, son nacionales de algún país del Triángulo Norte de Centroamérica.[37]

---

35 Ciudad de México (2017) *Constitución Política de la Ciudad de México*, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 5 de febrero de 2017.

36 En la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017, por ejemplo, la amplitud de la muestra (más de 39 mil viviendas) no evitó que las limitaciones muestrales impidieran contar con información desagregada sobre el acceso de las personas extranjeras a la salud, la educación y el empleo en México. Conapred (2018) *op. cit*.

37 Rodrigo Aguilar y Silvia Giorguli (2016) "Escolaridad en niños y jóvenes centroamericanos en México: generaciones 1.5 y 2.0". *Policy Brief* #10 del

En el caso del empleo, también existen disparidades importantes con base en la nacionalidad. Conforme a un estudio basado en los datos del Censo 2010, destaca que, en el estado de Chiapas, las personas migrantes de origen guatemalteco trabajan en promedio siete horas semanales más que la población en general. Sin embargo, también en su demérito, perciben salarios 30% menores.[38]

Lo que estas cifras sugieren es que la prevalencia de prejuicios, actitudes, disposiciones y actos de discriminación propicia la exclusión sistemática de diversos espacios, lo cual resulta en asimetrías a nivel macrosocial. Valga decir que ello no solamente vulnera los proyectos de vida de las personas migrantes, sino que además genera un amplio desperdicio de talento y potencial. Sin duda, promover la inclusión y erradicar los estereotipos actuaría en beneficio del crecimiento y el desarrollo de México.

Reflexiones finales

Las políticas hacia las y los extranjeros alrededor del mundo pueden tornarse más incluyentes, pero en ocasiones tienden a profundizar la exclusión. En la actual administración estadounidense, por ejemplo, ha habido un endurecimiento discursivo y político en torno a la migración, que ha resultado en un aumento del número de oficiales de la Patrulla Fronteriza,[39] así como un renovado interés por realizar redadas en varias ciudades con el objetivo de identificar y detener a personas en situación migrato-

Central America-North America Migration Dialogue. El Triángulo Norte de Centroamérica comprende a Guatemala, Honduras y El Salvador.

38 Las cifras comparativas de horas trabajadas promedio son 58 versus 50.7. Los salarios mensuales son $2,778.60 versus $3,895.20. El cálculo se basa en datos del Censo de Población y Vivienda 2010 del INEGI. Liliana Meza (2016), "Migración Guatemalteca en Chiapas: Efectos en Salarios y Horas Trabajadas". Policy Brief #9, *Central America-North America Migration Dialogue (CANAMID)*. Véase la Gráfica 3, pág. 6.

39 The White House (2017) "*Executive Order: Border Security and Immigration Enforcement Improvements*, Sec. 8, 25 de enero de 2017. Disponible en: *https://goo.gl/dHmnZj*

ria irregular.[40] También se ha implementado una política de "cero tolerancia" que ordena la detención de cualquiera que ingrese de forma irregular al territorio estadounidense, incluso si está en compañía de niñas, niños y adolescentes.[41] La consecuencia inmediata fue la separación de miles de familias.[42]

El surgimiento de este tipo de políticas suele generar descontento en nuestro país y, en ese sentido, nos obliga a mirarnos en un espejo. Es indispensable reconocer que el trato que se brinda a personas de otra nacionalidad en México es sumamente desfavorable y discriminatorio, y que necesitamos una política integral en materia migratoria cuya base sean los derechos humanos. Cada persona extranjera requiere una atención adecuada e incluyente dependiendo de su situación particular (i. e. si es migrante en tránsito, si solicita el reconocimiento de su condición de refugiado, si se asienta a vivir en el país), pero su nacionalidad no puede ser motivo de exclusión bajo ningún motivo.

Si bien este texto se ha centrado en la exclusión motivada por la nacionalidad, sería pertinente también una reflexión profunda sobre cómo las instituciones y la sociedad mexicanas establecen distinciones entre nacionalidades diferentes, así como la manera en que este fenómeno interactúa con otras facetas de la discriminación. Por citar un caso, sería relevante analizar con detalle las asimetrías entre personas de nacionalidad estadounidense y nacionalidad hondureña. También cobraría importancia explorar el vínculo entre la exclusión basada en la nacionalidad y aquella que se funda en el origen étnico, la apariencia física, la lengua,

---

40 Véase, por ejemplo, Hamed Aleaziz (2018) "Immigration agents raid 77 Northern California workplaces; no arrests reported", *San Francisco Chronicle*, 2 de febrero. Disponible en: *https://goo.gl/1SVfTU*.

41 Departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos (2018) "Fact Sheet: Zero Tolerance Immigration Prosecutions". Disponible en: *https://goo.gl/CNsA6V*.

42 De acuerdo con oficiales del gobierno de Estados Unidos, entre el 5 de mayo y el 9 de junio se separaron a 2,342 niñas, niños y adolescentes de sus familiares en la frontera de México con Estados Unidos. Véase Nick Miroff (2018) "In Trump's efficient U.S. family separation system, reunions take far longer", *The Washington Post*, 19 de junio. Disponible en: *https://goo.gl/NE494y*.

el género, la religión o la condición socioeconómica, entre otros factores.

A futuro, resulta clara la urgencia de reformas comprehensivas al orden jurídico mexicano. Es cierto que la legislación ha evolucionado en los últimos años de manera importante, con la creación de una *Ley de Migración* ejemplar en 2011 y la posibilidad para ciertas personas de ostentar una doble nacionalidad, a la par de un aumento en la recepción de personas refugiadas. Sin embargo, la evidencia citada a lo largo de este texto deja en descubierto que nuestras normas aún estigmatizan la migración y que, de manera más preocupante, incluso cuando la legislación no margina, las prácticas sociales y las políticas públicas pueden hacerlo. Todo ello es el reflejo de décadas de nacionalismo y de una sospecha generalizada hacia las personas de otros países, lo cual hoy resulta llamativo, dado que México es el segundo país del mundo donde más personas emigran al extranjero.[43]

El exhorto es claro: honrar el espíritu de la DUDH implica reconocer y erradicar los prejuicios aún insertos en las normas, prácticas y políticas vinculadas con la nacionalidad y la migración en nuestro país. Como se señala en párrafos anteriores, la inclusión permite honrar la dignidad de las personas, impulsar su realización personal, acortar las brechas nacionales y favorecer el desarrollo de México. En consecuencia, en atención a que la discriminación que no se atiende se convierte en desigualdades, desgaste social e incluso violencia, es deber del Estado atender al primer artículo constitucional y garantizar un acceso igualitario a todos los derechos.

[43] Véase Banco Mundial (2016) *Migration and Remittances Factbook 2016*, 3ª Ed. Disponible en: *https://goo.gl/RBYfnY*.

Derecho a la nacionalidad: las restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos político electorales de las personas mexicanas por naturalización. Una propuesta de aproximación*

*Jorge Enrique Terrón González***

Sumario: I. Análisis de la sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-1171/2017. II. Una aproximación distinta a la cuestión efectivamente planteada. II. Conclusiones. IV. Fuentes de consulta.

En el Derecho mexicano existen ciertas restricciones constitucionales[1] y legales que denotan un trato diferenciado entre quienes nacimos en territorio nacional [considérense embarcaciones y aeronaves] y/o provenimos de padre y/o madre mexicanos, sin importar el lugar en que el nacimiento tuviera lugar, y aquellas personas que nacieron en otro país y cuyos padres tienen distinta nacionalidad a la mexicana. A guisa de ejemplo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en diversas leyes federales, generales y estatales se prevén diversos

* Las opiniones expuestas en el presente escrito son propias y en modo alguno condicionan y/o representan la postura de la Ponencia o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Licenciado en Derecho, en proceso de obtención del grado de Maestro en Derecho por la UNAM, actualmente colabora en la Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1 En este sentido puede consultarse: Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *Derechos Humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, pp. 118-128.

cargos reservados a quienes son mexicanos por nacimiento y no tienen otra nacionalidad.

Así, el artículo 32 de la Constitución Federal prevé la existencia de cargos y funciones para las cuales se requiere ser mexicano por nacimiento; éstos se reservan a quienes tengan esa calidad, siempre que no adquieran otra nacionalidad. Aunado a ello y pese a no ser el tema central, cabe destacar que en dicho artículo también se encuentra establecido que los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. La Constitución Federal expresamente reserva los siguientes cargos a las personas mexicanas por nacimiento:

Cargo	*Artículo constitucional*
Comisionada/o del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales	Artículo 6, apartado A, fracción VIII, párrafo 10.
Comisionada/o de la Comisión Federal de Competencia Económica	Artículo 28, párrafo 23, fracción I.
Comisionada/o del Instituto Federal de Telecomunicaciones	Artículo 28, párrafo 23, fracción I.
Servicio en el Ejército, fuerzas de policía o seguridad pública	Artículo 32, párrafo tercero.
Personal de embarcaciones o aeronaves. Capitán de puerto, servicios de practicaje y comandante de aeródromo	Artículo 32, párrafo cuarto.
Diputada/o	Artículo 55, fracción I.
Senador/a	Artículo 58.
Auditor/a Superior de la Federación	Artículo 79.
Presidenta/e	Artículo 82, fracción I.
Secretaria/o de Estado	Artículo 91.
Ministra/o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	Artículo 95, fracción I.
Magistrada/o Electoral de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	Artículo 99.

Cargo	*Artículo constitucional*
Consejera/o de la Judicatura Federal	Artículo 100.
Fiscal General de la República	Artículo 102, apartado A, párrafo segundo.
Gobernador/a Constitucional	Artículo 116, fracción I.
Magistrada/o de Poder Judicial local	Artículo 116, fracción III.
Magistrada/o del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México	Artículo 122, apartado A, fracción IV.

De los cargos destacados en el cuadro anterior, el previsto en el artículo 55 de la Constitución Federal y la posibilidad de su ejercicio para una ciudadana mexicana por naturalización recientemente fue materia de análisis en el Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano [SUP-JDC-1171/2017[2]] resuelto por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

I. Análisis de la sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-1171/2017

Los hechos del caso

El 3 de octubre de 2017, una ciudadana mexicana por naturalización presentó un escrito dirigido al Consejero Presidente del Instituto Nacional Electoral (INE), mediante el que formuló los siguientes cuestionamientos: 1. ¿Podré encabezar la planilla a diputada y/o senadora federal?; y, 2. ¿Cuál será el criterio a seguir por este Consejo General del Instituto Nacional Electoral para el caso de que desee participar como candidata a diputada y/o senadora federal en la elección concurrente de 2018? Posteriormente, el Director Ejecutivo de Prerrogativas y Partidos Políticos del INE, dio respuesta a su consulta. La ciudadana controvirtió esa respuesta ante la Sala Superior del TEPJF, pues consideró que este requisito viola su derecho humano a la igualdad y no discriminación.

[2] Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sala Superior, *SUP-JDC-1171/2017*, resuelto en sesión correspondiente al 24 de enero de 2018. Ponente: Magistrada Janine M. Otálora Malassis.

El Consejo General del INE, emitió el acuerdo por medio del cual aprobó la respuesta a la consulta realizada por la actora, en la que sostuvo que la ciudadana no podría encabezar las listas para diputada o senadora federal, pues no cumpliría con el requisito establecido en el artículo 55, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Además, agregó que en caso de que la ciudadana fuera registrada en dichas listas, el Consejo General mantendría una postura apegada al texto constitucional.

En contra de dicha resolución, la ciudadana interpuso un diverso juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano. La promovente señaló que el acuerdo impugnado se emitió sobre la base de una violación a sus derechos humanos de fuente constitucional y, sobre todo, convencional.[3] Lo anterior debido a que la autoridad responsable debió analizar que la norma contenida en el artículo 55 de la Constitución Federal, es contraria al principio de igualdad y no discriminación, pues limita su derecho humano y político de ser votada. Dicho juicio fue resuelto el 24 de enero de 2018, confirmando el acuerdo impugnado.

Las consideraciones de la sentencia

En el apartado quinto de la sentencia de la Sala Superior del TEPJF, denominado "Marco contextual y estudio de fondo", pueden advertirse los argumentos que se sintetizan a continuación:

a) El artículo 133 Constitucional reconoce el principio de supremacía constitucional, sin embargo, la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 significó una forma diferente de entender el régimen constitucional en México. Las reformas constitucionales no alteraron el régimen constitucional de los tratados internacionales en general,

[3] La Sala Superior del TEPJF advirtió que:
"...sus motivos de disenso están encaminados a combatir no sólo el acuerdo INE/CG635/2017 del Consejo General, por medio del cual se le dio respuesta a su consulta, sino el alcance que debe darse a la norma constitucional, que prescribe como requisito para ser diputada o senadora de la República, contar con la ciudadanía mexicana por nacimiento." Véase: TEPJF, Sala Superior, SUP-JDC-1171/2017, *supra* nota 3, p. 10.

sino que se integraron las normas internacionales de derechos humanos al parámetro de control de regularidad cuya fuente es la propia Constitución;

b) Al resolver el expediente Varios 912/2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concluyó que los jueces nacionales: deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger;

c) Luego, al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011, sostuvo que las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos.

d) En un caso anterior [SUP-JDC-186/2000], la Sala Superior definió el concepto de *elegibilidad* como: la posibilidad real y jurídica de que un ciudadano, en ejercicio de su prerrogativa de ser votado, también llamada voto pasivo, esté en cabal aptitud de asumir un cargo de elección popular para el cual ha sido propuesto por un partido político, por satisfacer las cuestiones previstas al efecto como exigencias inherentes a su persona, tanto para ser registrado como para ocupar el cargo, es decir, por reunir los requisitos indispensables para participar en la contienda electoral como candidato y, en su oportunidad, desempeñar el cargo.

e) Los requisitos de elegibilidad tienen como elementos intrínsecos la objetividad y certeza, mediante la previsión de éstos en la Constitución y en la ley reglamentaria, pues implican restricciones a un derecho fundamental;

f) Dicho requisito de elegibilidad aparece por primera vez en la propia Constitución Política de 1917, ahora vigente, pues su antecesora de 1824 permitía que ciudadanos mexicanos que hubieran obtenido la nacionalidad por naturalización pudieran ser diputados;

g) Otras Cartas fundamentales en el mundo prescriben el requisito de nacionalidad adquirida por nacimiento para quienes aspiran a formar parte de los órganos representativos de sus países; pero otras Constituciones[4] prescriben que los ciudadanos naturalizados puedan acceder a cargos de representación popular;
h) Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha concluido que el artículo 23 convencional impone al Estado ciertas obligaciones específicas, no se puede concluir de manera tajante que existe un derecho absoluto a participar en los asuntos públicos de los Estados parte en su modalidad de derecho político a ser votado;
i) La actora parte de una perspectiva equivocada respecto a la regulación convencional y el parámetro de control de regularidad constitucional, de ahí que **su planteamiento se desestime.** Emprender un estudio de ponderación y proporcionalidad –como lo solicitaba la promovente- entre los derechos reconocidos en el marco constitucional y convencional, sería innecesario si se analizara desde la perspectiva internacional pues no se reconoce un derecho absoluto en ese ámbito e inviable si se considera dicho requisito de elegibilidad como una restricción expresa, pues el parámetro de control constitucional vigente no permite un ejercicio de regularidad en tales términos;
j) Para la resolución es un eje rector, el hecho de que en la contradicción de tesis 293/2011 se hubiera determinado que no obstante la jerarquía constitucional de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, prevalece lo dispuesto en la Constitución Federal, en este caso el requisito de elegibilidad determinado por el constituyente, quien en el ámbito de su libertad de configuración legislativa lo incorporó a nuestro sistema jurídico.

[4] Se citan como ejemplo las Constituciones de los siguientes países: Estados Unidos de América, España, Argentina, Venezuela, Ecuador, Chile, Alemania, Polonia, Bolivia, Dinamarca, Egipto, Grecia, Nicaragua, República Dominicana, Panamá y China.

En concreto, la Sala Superior del TEPJF determinó que el requisito de elegibilidad previsto en el artículo 55 de la CPEUM es una restricción expresa que en uso de su libertad de configuración legislativa, el constituyente quiso incluir en nuestro sistema jurídico a partir de la premisa de que en el contexto interamericano de derechos humanos no se puede concluir de manera tajante que existe un derecho absoluto a participar en los asuntos públicos de los Estados parte en su modalidad de derecho político a ser votado, ya que éstos, en ejercicio de sus potestades de libertad de configuración legislativa, en cuanto al diseño de sus sistemas y modelos electorales, pueden establecer requisitos que obedezcan a razones históricas mediante las cuales se propicia la maximización de ciertos valores. Así, dicho requisito de exigibilidad constituye una restricción constitucional expresa al ejercicio del derecho humano a ser votado.

II. Una aproximación distinta a la cuestión efectivamente planteada

Sin desconocer que en efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011[5] determinó que derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º. Constitucional[6], cuando en ésta haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano[7],

[5] SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión de 3 de septiembre de 2013. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

[6] Artículo 1o. *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*
[...]

[7] Véase: Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Pleno, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, página 202.

tampoco podemos obviar el temprano señalamiento de la Corte IDH en el sentido de reprobar la existencia de una tendencia a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados, pues —sostuvo— la mayoría de dichas hipótesis constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país.[8]

En estas condiciones, cobra relevancia recordar la lista de cargos que tan solo en la Constitución Federal se encuentran reservados a las personas mexicanas por nacimiento y el hecho de que ninguna de las disposiciones que los prevén, menciona de forma explícita el objetivo de la restricción que cada una contiene, a efecto de poder determinar si la misma es legítima, necesaria, adecuada y proporcional.[9] Asimismo cabe destacar el hecho de que la principal línea argumentativa de la resolución en el asunto *sub examine*, parte de una premisa que pudiera tener una aproximación y, por ende, una conclusión distinta.

En efecto, al resolver, el TEPJF retomó la jurisprudencia derivada de la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 por parte de la SCJN, a efecto de determinar que la existencia de una restricción expresa en la Constitución Federal relativa al ejercicio del derecho político a ser votado, constituye un restricción cuya previsión en el texto constitucional fue suficiente para no efectuar el análisis de "ponderación y proporcionalidad" propuesto por la recurrente. Al respecto se estima pertinente formular un primer cuestionamiento: ¿La jurisprudencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta vinculante para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación?

De acuerdo con el décimo párrafo del artículo 94 Constitucional, la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la

[8] *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, párr. 62.

[9] *Cfr.* Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *op. cit.*, p. 88.

Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución. En tanto que, de conformidad con la primera parte del artículo 217 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia que establezca la SCJN, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decrete el Pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal [sic], y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

De lo antes referido podemos advertir que no existe obligatoriedad directa respecto de la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte para el TEPJF, excepto en el caso en que ésta se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución Federal y en los casos en que resulte exactamente aplicable.[10] Ahora bien, el alcance de este último supuesto normativo no ha encontrado consenso en el propio Tribunal Pleno de la SCJN, esto es, pese a que al resolver la Contradicción de Tesis 6/2008-PL[11], una de las cuestiones que se estableció fue que las consideraciones adoptadas por cuando menos ocho Ministras/os del Pleno del Alto Tribunal tienen el carácter de jurisprudencia y resultan obligatorias para el TEPJF.[12]

Sin embargo, dicha resolución también motivó diversos votos particulares y concurrentes en los que uno de los temas recurrentes de análisis por parte de los Ministros que los formularon, correspondió al entendimiento de la regulación relativa a la for-

---

10 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, artículo 235.

11 SCJN, Contradicción de Tesis 6/2008-PL, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión correspondiente al 26 de mayo de 2011. Ponente: Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

12 Cfr. Tesis P./J. 94/2011 (9a.), de rubro *"JURISPRUDENCIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. TIENEN ESE CARÁCTER Y VINCULAN AL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CUANDO SE APRUEBAN POR OCHO VOTOS O MÁS."*, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, página 12.

mulación de la jurisprudencia por parte del tribunal electoral y al grado de vinculatoriedad que tiene la emitida por la Suprema Corte para éste. En dichas condiciones, en uno de dichos votos, se estableció un esquema derivado de una interpretación sistemática que compartimos. En el voto concurrente señalado, el Ministro Aguilar Morales sostuvo lo siguiente:

> ...de lo dispuesto por el artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decida en definitiva la tesis que debe prevalecer cuando se suscite contradicción entre las sustentadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sobre la inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto de la propia Constitución, y las sostenidas por las salas o el Pleno del Alto Tribunal, se debe concluir que dichas contradicciones pueden plantearse cuando la divergencia de criterios se suscite entre una tesis o jurisprudencia del Tribunal Electoral y un criterio del Pleno de la Suprema Corte, tenga o no el carácter de jurisprudencia, pues si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo intérprete de la Constitución Federal, la norma constitucional referida incluso prevé que la contradicción pueda suscitarse respecto a la interpretación de un precepto de la Constitución, que es una facultad exclusivísima del Alto Tribunal. Lo que sucede es que, estableciendo que no haya un órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que la Suprema Corte, aun cuando haya contradicciones de tesis entre el Pleno y el Tribunal Electoral, la Constitución deja que sea la propia Suprema Corte quien resuelva.
>
> En esa medida, estimo que los únicos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resultan obligatorios para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, conforme a nuestro sistema constitucional, son sólo los que derivan de los procedimientos a que se refiere el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que resulten de las contradicciones de tesis suscitadas entre el citado Tribunal Electoral y la Suprema Corte.[13]

[13] Voto concurrente formulado por el Ministro Luis María Aguilar Morales, respecto de la ejecutoria dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 6/2008-PL, pp. 2-3.

Como adelantábamos, dicha interpretación sistemática encuentra cabida en el caso concreto que se ha expuesto con anterioridad y se ve robustecida con la lectura de los artículos 99 y 105, fracción II de la Constitución Federal, así como 232 a 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, según los cuales, el TEPJF, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de la Constitución Federal, es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, al cual le corresponde resolver, entre otras cuestiones, las impugnaciones de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal, distintas a las relativas a las elecciones de Presidenta/e de la República, diputadas/os y senadoras/es federales; así como de las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos que señalen la Constitución Federal y las leyes.

Al respecto, si bien, el artículo 105, fracción II de la Constitución prevé que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución es la acción de inconstitucionalidad, el propio artículo 99 en cita contiene una salvedad expresa en el sentido de que, sin perjuicio de ello, las salas del TEPJF podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución Federal y que dichas resoluciones se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio, imponiendo únicamente el deber de informar de las mismas a la SCJN.

Asimismo, dispone que cuando una Sala del tribunal electoral sustente una tesis sobre la **inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional** y dicha tesis pueda ser contradictoria con una sostenida por las Salas o el Pleno de la Suprema Corte, cualquiera de las y los Ministros, las Salas o las partes, podrán denunciar la contradicción en los términos previstos en la ley, a efecto de que la SCJN decida en definitiva cuál tesis debe prevalecer, sin que dicho pronunciamiento afecte los asuntos ya resueltos.[14]

[14] Estas condiciones se encuentran previstas también en los artículos 236 y 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Así, bajo la interpretación propuesta de las normas reseñadas, la respuesta al cuestionamiento planteado impone una acotación para concluir que únicamente la jurisprudencia derivada del medio de control constitucional previsto en el artículo 105 de la Constitución Federal resulta obligatoria *per se* para el TEPJF, pues como se ha expuesto, los criterios que en sus resoluciones emita dicho tribunal electoral que pudieran ser contrarios a una tesis sostenida por las Salas o el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, aún pueden ser objeto de una contradicción de tesis que a la postre será conocida y resuelta por el Alto Tribunal; máxime que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte ha determinado que los derechos de participación política, por virtud de su atributo de fundamentales, gozan de la protección constitucional encomendada al TEPJF y a la SCJN, de acuerdo con sus respectivas esferas de competencia jurisdiccional.[15]

En dichas condiciones, un pronunciamiento diverso a lo sostenido por la Suprema Corte al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011, no parece contrario a lo dispuesto en la tesis P./J. 64/2014 (10ª.) pues si bien en ésta se estableció que aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país 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, debe señalarse que la propia jurisprudencia en cita dispone que 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 legales para que se subsane ese aspecto, pudiendo ser uno de esos medios la contradicción de tesis entre el TEPJF y la SCJN prevista constitucional y legalmente.

Expuesto lo anterior, como se indicó, la construcción argumentativa del TEPJF en el caso *sub examine* pudo partir de un entendimiento constitucional y convencional diverso a la luz de

[15] Véase la tesis P./J. 83/2007 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVI, diciembre de 2007, página 984.

los principios y derechos que a continuación se abordan, con la posibilidad no sólo de ofrecer una solución diversa a la cuestión efectivamente planteada, sino además de provocar una nueva discusión en relación con la proporcionalidad en sentido amplio de las restricciones constitucionales. Establecido lo anterior, es tiempo de abordar los derechos y principios involucrados en el caso concreto.

El derecho a la nacionalidad

La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano.[16] La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática.[17] El derecho a la nacionalidad tiene tres elementos esenciales: el derecho a adquirir una nacionalidad, a no ser privado arbitrariamente de la nacionalidad y a cambiar la nacionalidad.[18]

Entre los principales instrumentos internacionales[19] que reconocen expresamente el derecho a la nacionalidad con alguno, algunos o la totalidad de los elementos antes referidos, destacan dos, uno de carácter regional y otro del Sistema Universal de Derechos Humanos, los cuales vieron su nacimiento en el mismo

16 Corte IDH, *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *op. cit*., párr. 32.

17 *Ibidem*, párr. 35.

18 Cfr. O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 563.

19 Figuran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [artículos 12 y 24]; Convención Americana sobre Derechos Humanos [artículo 20]; Convención de los Derechos del Niño [artículos 7 y 8]; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [artículo 9]; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares [artículo 29]; Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada [artículo 3].

año de 1948; éstos corresponden a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948 (Declaración Americana) y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948. De acuerdo con el artículo XIX de la primera, toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela; en tanto que el artículo 15 de la DUDH dispone que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y a no ser privada arbitrariamente de ella, ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Estas disposiciones se encuentran robustecidas con el contenido de los diversos artículos 9, 13 y 14 de la propia DUDH, según los cuales: i) nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado; ii) toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; iii) toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país; iv) en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar fuera de él, en cualquier país [derecho que no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas]. Este derecho también se encuentra previsto en el artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), según el cual, las niñas y los niños tienen derecho a adquirir una nacionalidad. Por su parte, el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, especialmente a la del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que a nadie se le privará arbitrariamente de ella ni del derecho a cambiarla.

Generalmente se reconocen diversas formas de adquirir una nacionalidad; niñas y niños generalmente adquieren la del país en cuyo territorio nacen, o la de sus padres o la de uno de ellos. De otro lado, los adultos pueden adquirir la nacionalidad por matrimonio o por naturalización.[20] En el sistema universal de derechos humanos, se reconoce el derecho de los Estados a establecer las leyes rectoras para la adquisición, renuncia o pérdida de la

[20] *Ibidem*, p. 564.

nacionalidad[21]. En el caso de la adquisición de nacionalidad por naturalización se ha reconocido que es el Estado el que establece dicha posibilidad a quien originariamente era extranjero, de ahí que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sean materia que dependa predominantemente del derecho interno, siempre que con dicha regulación no se vulneren otros principios superiores.[22]

La naturalización constituye un acto soberano del Estado que otorga la nacionalidad, acogiendo al individuo como parte de su pueblo, una vez que se surten los requisitos que el propio Estado, en ejercicio de dicha soberanía, establece para tal efecto.[23] Asimismo, se ha destacado que la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos[24] y que tal derecho es no sólo el fundamento mismo de la capacidad política sino también de parte de la capacidad civil de las personas[25].

La nacionalidad mexicana

Constitucionalmente, la nacionalidad mexicana se adquiere por ambas vías, esto es, por nacimiento (*ius soli/ius sanguinis*) o por

---

21 Comisión de Derechos Humanos, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/45, 57ª sesión, 19 de abril de 2005, cap. XIV, E/CN.4/2005/L.10/Add. 14, p.1.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *op. cit*., párr. 36.

23 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 48/2009, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión correspondiente al 14 de abril de 2011. Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, p.128.

24 Cfr. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 253. Ver también Corte IDH Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 137.

25 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, Párrafo 86. Ver, además, Cfr. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *op. cit*., párr. 32.

naturalización; son personas mexicanas por nacimiento i) aquellas que nazcan en territorio de la República, con independencia de la nacionalidad de sus padres; ii) las que nazcan en el extranjero, hijas(os) de padre y madre mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional; iii) las que nazcan en el extranjero, hijas(os) de padre y madre mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización; y, iv) las que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes. En tanto que, son mexicanas por naturalización: i) las personas extranjeras que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización; ii) la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.[26]

En el contexto relatado, cobra relevancia el hecho de que la Primera Sala de la SCJN ha reconocido **el derecho humano a la nacionalidad mexicana** y ha determinado que de una lectura integral de los artículos 30, 31, 32 y 37 de la Constitución Federal se desprenden los siguientes elementos normativos esenciales relativos a dicho derecho: a) que a todas las personas mexicanas —sin hacer distinción de si lo son por nacimiento o por naturalización— se les reconoce el derecho a contar con otra nacionalidad o nacionalidades además de la mexicana; b) que la ley secundaria regulará el ejercicio de los derechos de las personas de nacionalidad mexicana –sin distinción– con doble o múltiple nacionalidad; c) que todas las personas de nacionalidad mexicana–sin distinción– tienen las mismas obligaciones; d) que la nacionalidad mexicana por nacimiento es irrenunciable, y e) que la nacionalidad mexicana por naturalización se puede perder en supuestos limitados.[27]

---

[26] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 30.

[27] SCJN, Primera Sala, *Amparo Directo en Revisión 5121/2014*, resuelto en sesión correspondiente al 25 de noviembre de 2015. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Así, si bien, el derecho a la nacionalidad —y en específico la mexicana— se encuentra reconocido constitucional, legal y jurisprudencialmente [*lato sensu*], el ejercicio de ciertos derechos se encuentra restringido en razón de la forma de adquisición de dicha nacionalidad. Como se mencionó, en el caso concreto, la negativa a los cuestionamientos de la promovente del juicio de derechos político electorales tuvo como parte de su sustento la previsión de un requisito de exigibilidad que, a su vez, constituye una restricción constitucional explícita que debe ser atendida de manera preferente, pese al reconocimiento de que los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales no se relacionan en términos jerárquicos, de ahí que no resultara procedente emprender el estudio solicitado por la promovente, el cual, a efecto de hacer explícita la potencialidad del recurso, se realiza en lo subsecuente.

Los derechos político electorales: el derecho a ser votado

El artículo 21 de la DUDH dispone que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos; asimismo, dispone que toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. Por su parte, el PIDCP prevé en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el diverso artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los derechos y oportunidades de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; así como a tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

En dichas condiciones, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha establecido, entre otros, el derecho a estar libre de discriminación como uno de los derechos previos [o prerrequisitos] para el ejercicio del derecho

a participar en elecciones libres y justas. Al respecto ha señalado que el derecho a la participación política debe ser disfrutado por todos y sin discriminación o distinción de cualquier tipo (basada por ejemplo en la raza, color, sexo, orientación sexual e identidad de género, idioma, religión, opinión política u otra opinión, origen social o nacional, etcétera. Por lo anterior, ha destacado que las autoridades tienen la obligación positiva de prevenir la discriminación y la negativa de abstenerse a discriminar.[28]

Al respecto, la Corte Interamericana, en estudio del artículo 23.1 de la CADH[29], ha sostenido que los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos. Además, éstos propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, por lo cual, su ejercicio efectivo constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la CADH.[30]

Cabe destacar que más allá de sólo imponer ciertas obligaciones específicas a los Estados, a partir de las cuales no se pueda

---

28 OHCHR, *Manual on human rights monitoring, chapter 23, Monitoring human rights in the context of elections*, United Nations, 2011, p. 9. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Chapter23-MHRM.pdf [última consulta el 28 de agosto de 2018, 02:01 horas]

29 Artículo 23. Derechos Políticos
1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

30 Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos,* sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. número 184, párrs. 140 a 143.

concluir de manera tajante que existe un derecho absoluto a participar en los asuntos públicos de los Estados, en su modalidad de derecho político a ser votado, se ha referido que el artículo 23 de la CADH, contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, este artículo no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término "oportunidades", lo cual implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Por ello, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.[31]

Igualdad y no discriminación

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha destacado que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.[32] Éstos se encuentran previstos en los artículos 1, 2 y 7 de la DUDH de manera general y de manera específica en los artículos 10, 16 y 26 del referido instrumento; 2 y 3 del PIDCP y 1 y 24 de la CADH. En tanto, en la Constitución general de la República, el artículo primero da cuenta de éste en su último párrafo, al tenor de las siguientes líneas:

[31] *Ibidem*, párrafo 145.

[32] OHCHR, CCPR, *Observación General 18, No discriminación*, 37° periodo de sesiones, 1989, párr. 1.

> [...]
>
> Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.
>
> [...]

En relación con el ejercicio de los derechos político electorales, se ha dispuesto que los Estados parte deben comprometerse a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente para tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas.[33]

A partir de lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y el diverso 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos estableció que el término discriminación empleado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.[34] No obstante, también se ha pronunciado en el senti-

[33] Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, artículo 5 c).

[34] OHCHR, CCPR, *Observación General 18, No discriminación, op. cit.*, párr. 7.

do de que el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia, por lo que no toda diferencia de trato constituirá discriminación, siempre que los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y se persiga lograr un propósito legítimo.[35]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine en el goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en dicha situación de inferioridad. Así, ha recalcado, no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponden con su única e idéntica naturaleza.[36]

Asimismo, ha sostenido que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas.[37] En esas condiciones, la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que las y los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.[38] Sin embargo, también ha enfatizado que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas, es decir, no puede perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que

---

35 *Ibidem*, párrs. 8 y 13.

36 Corte IDH, *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *op. cit.* , párr. 55.

37 Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra* nota 31, párr. 150.

38 *Ibidem*, párr. 148.

de alguna manera repugnen la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.[39]

Sobre estos aspectos, la SCJN ha sostenido que el derecho humano a la igualdad jurídica ha sido tradicionalmente interpretado y configurado en el ordenamiento jurídico mexicano a partir de dos principios: el de igualdad ante la ley y el de igualdad en la ley (los cuales se han identificado como igualdad en sentido formal o de derecho). De ellos, para la cuestión que nos ocupa destaca el segundo principio, el cual, opera frente a la autoridad materialmente legislativa y tiene como objetivo el control del contenido de la norma jurídica a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio.[40]

Asimismo ha reconocido que el principio de igualdad y no discriminación permea todo el ordenamiento jurídico, por lo que, cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución es, *per se*, incompatible con ésta; pero también ha precisado que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redunda en detrimento de los derechos humanos.[41]

El test de proporcionalidad

La SCJN, ha sostenido que en el test de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, lo que se analiza es una relación entre principios, entendidos como mandatos de optimización que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida

[39] Corte IDH, *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *op. cit.*, párr. 57.

[40] Tesis 1a./J. 125/2017 (10a.), Primera Sala, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, libro 49, diciembre de 2017, tomo I, página 121.

[41] Tesis P./J. 9/2016 (10a.), Pleno, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 34, septiembre de 2016, tomo I, página 112.

posible. El test de proporcionalidad sirve para resolver los conflictos entre principios (o entre derechos así concebidos) y consta de tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.[42]

En este sentido, dado que en el caso concreto se encuentran involucrados los principios de igualdad y no discriminación, así como el derecho a ser votado frente a una restricción traducida en un requisito de elegibilidad en razón de la forma de adquisición de la nacionalidad mexicana, a continuación y sin pretender ser exhaustivos, se presenta un esbozo a grandes rasgos de la proporcionalidad de dicha medida. Así, en primer lugar se procede a verificar si la restricción a las personas mexicanas por naturalización para ser votados en el cargo de diputada/o federal o senador/a de la República, persigue una finalidad constitucionalmente válida.

Finalidad constitucionalmente válida. En esas condiciones, los artículos 55, fracción I y 58 de la Constitución Federal establecen como requisito para ser diputada/o federal o senador/a, respectivamente, el ser mexicana/o por nacimiento, por lo que la finalidad que con dicha restricción se pretende alcanzar, debe evidenciarse a partir del establecimiento de ciertos cargos públicos reservados para las personas mexicanas por nacimiento en general. En ese contexto, cabe destacar que en 1916, Venustiano Carranza, presentó al Congreso Constituyente un proyecto de reformas a la Constitución de 1857. Al dirigirse a dicho Congreso Constituyente, entre varias otras cuestiones, expresó que en la reforma al artículo 30 de la Constitución de 1857, se creyó necesario definir, quiénes son los mexicanos por nacimiento y quiénes tienen esa calidad por naturalización, para dar término a la larga disputa que se estuvo sosteniendo sobre si el hijo de un extranjero nacido en el país, que al llegar a la mayor edad opta por la ciudadanía mexicana, debía de tenerse o no como mexicano por nacimiento.[43]

---

42 Tesis 1a.CCCIX/2014 (10a.), Primera Sala, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 10, septiembre de 2014, tomo I, página 590.

43 Informe del C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, Proyecto de reformas a la Constitución de

Por su parte, en los debates de la Primera Comisión de Constitución del Congreso Constituyente, dicha propuesta motivó las siguientes declaraciones:

> [...]
>
> La distinción entre mexicanos por nacimiento y mexicanos por naturalización, tiene interés desde el punto de vista práctico, porque nuestras leyes exigen la primera cualidad para dar acceso a ciertos cargos públicos, exigencia muy justa y que obliga a definir cuáles de los mexicanos debe considerarse que lo son por nacimiento.
>
> [...]
>
> El hecho de haber nacido en nuestro suelo y manifestar que optan por la nacionalidad mexicana, hace presumir que estos individuos han vinculado completamente sus afectos en nuestra patria; se han adaptado a nuestro medio y, por lo mismo, no parece justo negarles el acceso a los puestos públicos de importancia, tanto más cuanto que pueden haber nacido de madre mexicana, cuya nacionalidad cambió por el matrimonio; pero que transmitió a sus descendientes el afecto por su patria de origen. Confirma esta opinión la observación de una infinidad de casos, en que mexicanos hijos de extranjeros se han singularizado por su acendrado amor a nuestra patria.[44]

Sin embargo, pese a dicho señalamiento, al referirse al artículo 55 de la Constitución Federal, también se señaló que:

> [...]
>
> Si fijamos nuestra atención en los requisitos que se necesitan para ser mexicano, notaremos que, si dejamos así, lisa y llanamente la primera condición, a lo mejor puede resultar un Congreso integrado por no pocos extranjeros [sic] naturalizados mexicanos. Creemos fundadamente que el sentir de la Cámara, es que los representantes de la nación sean mexicanos por nacimiento y, expresándolo así en la Constitución, dicho queda que han de ser hijos de padres mexicanos. Proponemos pues, que a la de mexicano sea agregada la

1857, p. 15, en *Colección de dictámenes del Congreso Constituyente de 1916-1917, pertenecientes al Diputado Constituyente Hilario Medina,* Cámara de Diputados LXIII Legislatura, México, 2016.

44 *Colección de dictámenes del Congreso Constituyente de 1916-1917, pertenecientes al Diputado Constituyente Hilario Medina, op. cit.*, p. 120.

> condición de que lo sea por nacimiento, el ciudadano que ha de ser electo diputado.
>
> [...]
>
> Es una tendencia en todas las sociedades, que sea uno de sus propios individuos y no un extraño, a quien se le confíen sus destinos y sus intereses. Nosotros, por ejemplo, en nuestra condición de Nación Libre y Soberana, no confiamos nuestros destinos a un extraño; sino a un mexicano por nacimiento, hijo de padres mexicanos.
>
> [...][45]

Posteriormente, el 20 de marzo de 1997, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, una reforma a los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Federal, de cuya exposición de motivos destaca lo siguiente:

> [...]
>
> En el marco de esta reforma, resulta indispensable tener presente que el ejercicio de los cargos y funciones correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias del Estado Mexicano que por naturaleza sustentan el fortalecimiento de la identidad y soberanía nacionales, exige que sus titulares estén libres de cualquier posibilidad de vínculo jurídico o sumisión hacia otros países.
>
> Por ello, se agrega otro nuevo párrafo también en el artículo 32, en el que los cargos establecidos en la Constitución, tanto los de elección popular, tales como los de Presidente, Senadores, Diputados y Gobernadores, así como los de Secretarios de Estado, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y todos los que se señalen en otras leyes del Congreso de la Unión, que de alguna manera puedan poner en riesgo la soberanía y lealtad nacionales, se reservan de manera exclusiva a mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad.
>
> [...][46]

Así, se coincide[47] con que la restricción supera el principio de legalidad, pues ésta es clara en el texto constitucional. Sin em-

---

45 *Ibidem*, pp. 193 a 195.

46 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 48/2009, *supra* nota 24, p. 132.

47 Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *op. cit.*, p. 119.

bargo, pese al objetivo que se ha destacado de los artículos 30, 32 y 37, que incluso fue aceptado por la SCJN[48], de la lectura de las consideraciones que motivaron la redacción de la fracción I del artículo 55 Constitucional, no se advierte sino un sesgo de xenofobia que paradójicamente puede sintetizarse en la expresión que hace alusión a los "extranjeros naturalizados mexicanos", esto es, a pesar de la naturalización se les consideraba extranjeros por no haber nacido en territorio nacional y, por ende, el destino del país no podía estar en manos de un "extraño".

No obstante, concediendo que de una lectura distinta pudieran derivarse rasgos de alusión a la soberanía nacional y a una exaltación de un sentido independentista, puede asumirse que el artículo 55, en su fracción I [y por tanto el 58], encuentra acogida en las consideraciones que pretenden destacar un fin constitucionalmente válido en la reserva de ciertos cargos públicos de manera exclusiva a personas mexicanas por nacimiento. En este tenor, es dable proceder a verificar la satisfacción del primer subprincipio del test de proporcionalidad.

Idoneidad. En el caso de la atribución de la nacionalidad mexicana por naturalización es de resaltarse que en los Estados Unidos Mexicanos se han otorgado 16,734 cartas de naturalización de enero de 2013 a junio de 2018[49], lo cual representa un aproximado del .013%[50] de la población total del país en los últi-

48 *Ibidem*, página 162.

49 Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección General de Asuntos Jurídicos, *Cartas de naturalización*, *Cantidad mensual de cartas de naturalización expedidas a partir de 2013*, Datos y recursos, disponible en: https://datos.gob.mx/busca/dataset/cartas-de-naturalizacion [última consulta el 12 de agosto de 2018, 00:35 horas].

50 De acuerdo con la Encuesta Intercensal 2015 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, la estimación de la población residente en viviendas particulares habitadas es de 119,530,753 personas, a las cuales debe añadirse la población de viviendas colectivas, del Servicio Exterior Mexicano y la que carece de vivienda, cuya estimación bajo el mismo ritmo de crecimiento que la de viviendas particulares, corresponde a 407,720 personas. Dichos datos en conjunto arrojan una estimación de la población total del orden de las 119,938, 473 personas, al 15 de marzo de 2015. Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta Intercensal 2015. Principales resultados*, disponible en: http://internet.contenidos.ine-

mos cinco años, cuestión que no resulta menor recordando que como señaló la Corte Internacional de Justicia:

> La naturalización no es una cosa para tomar a la ligera. Pedirla y obtenerla no es un acto corriente en la vida de un hombre. Entraña para él ruptura de un vínculo de fidelidad. Lleva consigo consecuencias lejanas y un cambio profundo en el destino del que la obtiene. Le concierne personalmente y sería desconocer su sentido profundo el no retener de ella más que el reflejo sobre la suerte de sus bienes.[51]

La complejidad señalada por la Corte Internacional de Justicia se hace patente al verificar los requisitos que en los Estados Unidos Mexicanos deben cumplir las personas extranjeras para naturalizarse mexicanas[52]. Estos requisitos, a grandes rasgos, consisten en presentar solicitud a la Secretaría de Relaciones Exteriores, en la que se manifieste la voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana; formular renuncia a la nacionalidad que les sea atribuida, a toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier Estado extranjero, especialmente de aquél que le atribuya la otra nacionalidad, a toda protección extraña a las leyes y autoridades mexicanas, y a todo derecho que los tratados o convenciones internacionales concedan a los extranjeros; asimismo, deben protestar adhesión, obediencia y sumisión a las leyes y autoridades mexicanas y abstenerse de realizar cualquier conducta que implique sumisión a un Estado extranjero.

Debe señalarse que, en términos de la Ley de Nacionalidad, la Secretaría de Relaciones Exteriores no podrá exigir que estas renuncias y protestas se formulen, sino hasta que se haya tomado la decisión de otorgar la nacionalidad al solicitante; sólo cuando se hayan efectuado dichas renuncias y protestas se otorgará la carta de naturalización.

---

gi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/promo/eic_2015_presentacion.pdf [última consulta el 20 de agosto de 2018, 02:17 horas.]

51 I.C.J., *Nottebohm Case (second phase)*, judgement of april 6th, 1955, I.C.J. Reports 1955, p. 24.

52 *Vid*. Ley de Nacionalidad, artículos 17 y 20.

Asimismo, la persona solicitante debe probar que sabe hablar español, que conoce la historia del país y que está integrado a la cultura nacional[53], así como acreditar que ha residido en territorio nacional por el plazo cinco años inmediatos anteriores a la fecha de la solicitud, tratándose de la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos y acredite que han residido y vivido de consuno en el domicilio conyugal establecido en territorio nacional[54] . Dicho plazo se reduce a dos años, si el solicitante es descendiente en línea recta de un mexicano por nacimiento[55]; tiene hijos mexicanos por nacimiento; es originario de un país latinoamericano o de la Península Ibérica, o, a juicio de la Secretaría de Relaciones Exteriores ha prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, social, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la Nación[56].

Finalmente, el plazo se ve reducido a un año en el caso de personas adoptadas, así como de menores descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos o dentro del año siguiente a partir de su mayoría de edad, en caso de que los adoptantes o quienes ejerzan la patria potestad no lo hu-

53 Para acreditar tales conocimientos, debe presentar y aprobar los exámenes de acuerdo con los contenidos aprobados por el Instituto Matías Romero de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el cual es la academia diplomática de México. Véase: Reglamento de la Ley de Nacionalidad, artículo 15 e Instituto Matías Romero, *¿Qué hacemos?*, disponible en: https://www.gob.mx/imr/que-hacemos [última consulta el 11 de agosto de 2018, 23:28 horas].

54 Este requisito se ve modulado en tanto la o el cónyuge mexicano radique en el extranjero por encargo o comisión del Gobierno Mexicano. Además, tratándose de matrimonios entre personas extranjeras, se prevé que la adquisición de la nacionalidad mexicana por uno de los cónyuges con posterioridad al matrimonio, permitirá al otro obtener dicha nacionalidad. Véase Ley de Nacionalidad, artículo 20, fracción II.

55 Los descendientes en línea recta en segundo grado de un mexicano por nacimiento, siempre que no cuenten con otra nacionalidad al momento de la solicitud; o bien que no le sean reconocidos los derechos adquiridos a partir de su nacimiento, quedan exentos de comprobar la residencia.

56 En casos excepcionales, a juicio del titular del Ejecutivo Federal, no es necesario que la persona extranjera acredite la residencia en el territorio nacional. Ley de Nacionalidad, artículo 20, fracción I, inciso d).

bieren solicitado. El proceso de adquisición de la nacionalidad mexicana por naturalización implica el cumplimiento de diversos requisitos, según el supuesto en que se ubique la persona solicitante.[57]

En tales condiciones, es claro que el proceso de obtención de la nacionalidad mexicana por naturalización es de una alta complejidad y que en el mundo actual y en contextos democráticos globalizados, dados los fenómenos migratorios en el ámbito mundial es muy cuestionable que la medida pase la prueba de idoneidad.[58] Máxime que, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente.[59]

Por lo anterior, pareciera que la medida idónea para garantizar –si se acepta que ese es el fin constitucionalmente válido- la soberanía y la seguridad nacional, debe ubicarse inmerso en los requisitos y condiciones a acreditar en el proceso de obtención de la nacionalidad mexicana por naturalización, la cual implica la renuncia a la nacionalidad que se ostentaba, así como a la protección que dicho Estado pudiera conceder y a favor del Estado mexicano conlleva una sumisión que hace aun más notoria la trascendencia del siguiente cuestionamiento:

> ¿Por qué haber nacido en tal o cual lugar contiene más peso que la decisión de vivir en una nación y adoptarla como propia? Si el Estado, a través de sus instituciones, confiere a una persona la carta de naturalización que otorga la nacionalidad mexicana, esa carta habría de entregarse aparejada con todos los derechos que la nacionalidad trae consigo. Hacer lo contrario es clasificar a las y los mexicanos en dos categorías distintas: los que sí son mexicanos porque

[57] Al respecto véanse los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 del Reglamento de la Ley de Nacionalidad.

[58] Cfr. Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *op. cit.*, p. 121.

[59] Corte IDH, *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *op. cit.*, párr. 59.

> nacieron en territorio nacional y los que lo son, pero un poco menos, y que por tanto verán disminuidos algunos de sus derechos.[60]

De esta manera, al no superar el requisito de idoneidad, se torna innecesario continuar analizando el resto de los elementos del test de proporcionalidad, derivando en porción normativa que pese a ser considerada como una restricción expresa en la Constitución, resulta contraria a ésta y a los derechos humanos cuyo asidero se encuentra marcado por lo dispuesto en el artículo 1º Constitucional, por lo que, pudiera ser objeto de un pronunciamiento que lleve a su inaplicación mediante –en el caso específico- un medio de control concreto de constitucionalidad.

III. Conclusiones

Si bien la atribución de la nacionalidad es un aspecto que en principio corresponde al Estado que la otorga, las condiciones de otorgamiento encuentran límites en el derecho internacional que han sido fijados a partir de, entre otros, los principios de igualdad y no discriminación, el derecho a la nacionalidad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y fundamentalmente la dignidad humana.

Así, en el Estado mexicano, la nacionalidad se adquiere por nacimiento vía *ius solii* y/o *ius sanguini,* pero también puede adquirirse por naturalización, lo cual debería implicar condiciones de igualdad en el ejercicio de derechos y la carga en las obligaciones que a las personas mexicanas en general correspondería, no obstante, el ejercicio de ciertos derechos se encuentra restringido en razón de la forma de adquisición de dicha nacionalidad. Uno de ellos es el derecho a ser votado, específicamente tratándose de los cargos de diputada/o federal y senador/a los cuales imponen como requisito constitucional, ser mexicano por nacimiento.

Dicho requisito es visto como una restricción constitucional expresa que limita o prácticamente nulifica las posibilidades de

[60] De la Madrid, Ricardo Raphael, Coord., *Reporte sobre la discriminación en México 2012. Derechos políticos*, CIDE, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2012, p. 43.

realizar una evaluación respecto a su proporcionalidad que pudiera conllevar su ulterior inaplicación en un caso concreto o una declaratoria de inconstitucionalidad a través de un medio de control constitucional abstracto. Sin embargo, una interpretación sistemática de la Constitución Federal, en consonancia con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, permite advertir una posibilidad para que el TEPJF pueda potencializar la efectividad de los recursos que son sometidos a su potestad y, eventualmente, propiciar una nueva discusión ante la SCJN respecto a la constitucionalidad/convencionalidad de dicha restricción, a efecto de que el derecho a la nacionalidad y el ejercicio de los derechos relativos al mismo no se vea afectado por disposiciones discriminatorias que normativa y fácticamente ubiquen a las personas en una categoría inferior, pues resulta contrario con el reconocimiento de los derechos humanos que encuentra justificación en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas.[61]

IV. Fuentes de consulta

Normatividad

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Amparo

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

Ley de Nacionalidad

Reglamento de la Ley de Nacionalidad

Instrumentos internacionales y *soft law*

Comisión de Derechos Humanos, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/45, 57ª sesión, 19 de abril de 2005, cap. XIV, E/CN.4/2005/L.10/Add. 14.

[61] Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 199-304. Este criterio es explícito en la Contradicción de Tesis 293/2011.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de los Derechos del Niño.

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada.

Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos,* Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C. número 184.

Corte IDH *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana.* Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

I.C.J., *Nottebohm Case (second phase)*, judgement of april 6th, 1955, I.C.J. Reports 1955, p. 24.

OHCHR, *Manual on human rights monitoring*, *chapter 23, Monitoring human rights in the context of elections*, United Nations, 2011.

OHCHR, CCPR, *Observación General 18, No discriminación*, 37° periodo de sesiones, 1989.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Doctrina

Colección de dictámenes del Congreso Constituyente de 1916-1917, pertenecientes al Diputado Constituyente Hilario Medina, Cámara de Diputados LXIII Legislatura, México, 2016.

De la Madrid, Ricardo Raphael, Coord., *Reporte sobre la discriminación en México 2012. Derechos políticos*, CIDE, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2012.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta Intercensal 2015. Principales resultados*.

Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

Salazar Ugarte, Pedro *et. al.*, *Derechos Humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.

Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección General de Asuntos Jurídicos, *Cartas de naturalización, Cantidad mensual de cartas de naturalización expedidas a partir de 2013*, Datos y recursos.

Jurisprudencia

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 48/2009, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión correspondiente al 14 de abril de 2011. Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández.

SCJN, Primera Sala, *Amparo Directo en Revisión 5121/2014*, resuelto en sesión correspondiente al 25 de noviembre de 2015.

SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión de 3 de septiembre de 2013.

SCJN, Contradicción de Tesis 6/2008-PL, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión correspondiente al 26 de mayo de 2011.

Tesis 1a.CCCIX/2014 (10a.), Primera Sala, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 10, septiembre de 2014, tomo I, página 590.

Tesis 1a./J. 125/2017 (10a.), Primera Sala, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, libro 49, diciembre de 2017, tomo I, página 121.

Tesis P./J. 9/2016 (10a.), Pleno, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 34, septiembre de 2016, tomo I, página 112.

Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Pleno, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, página 202.

Tesis P./J. 94/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, página 12.

Tesis P./J. 83/2007 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVI, diciembre de 2007, página 984.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sala Superior, *SUP-JDC-1171/2017*, resuelto en sesión correspondiente al 24 de enero de 2018.

Voto concurrente formulado por el Ministro Luis María Aguilar Morales, respecto de la ejecutoria dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 6/2008-PL.

Jorge Enrique Terrón González

Licenciado en Derecho, en proceso de obtención del grado de Maestro en Derecho por la UNAM, actualmente colabora en la Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El derecho a integrar una familia: su construcción y (de)construcción binaria en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

Gretha Jimena Vilchis Cordero

¡No se nace mujer, se llega a serlo!

Simone de Beauvoir[1]

Sumario: Introducción. La historia de la familia: su impacto sobre la mujer. La división binaria de la familia. El derecho a integrar una familia y la (de)construcción de sus binarios en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Conclusiones. Bibliografía

Introducción

La familia es el espacio donde surgen las primeras relaciones humanas, en el cual se crean y replican las primeras desigualdades o bien se construyen las primeras relaciones igualitarias y equitativas.

Bajo esa premisa, este documento es un esfuerzo, *desde una óptica crítica feminista,* por reconocer algunas de las estructuras patriarcales construidas a través de los siglos en la familia, que

[1] De Beauvoir, Simone, *Das andere Geschlecht*, Hamburgo, 1951, p. 285. (Original francés Le Deuxième Sexe, Paris, 1949).

han afectado desproporcionadamente a las mujeres al rededor del mundo. Asimismo, busca reconocer los avances que, a partir de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, se han construido en torno la familia, impulsando la (de)construcción de las cargas ideológicas y los binomios establecidos a las mujeres.

Se iniciará haciendo un breve recuento histórico de las primeras estructuras familiares y su transformación en el orden social de Grecia y Roma, como un punto de partida histórico donde se impone un sexo sobre otro, reduciendo a la mujer a instrumento de reproducción, situación que prevalece hasta ahora, aunque gradualmente disminuida.

Posteriormente, se expondrá como el feminismo ha logrado visibilizar al espacio familiar como un lugar de represión y de ejercicio del poder patriarcal, en torno al cual se han construido *binomios culturales* como: *público/privado, productivo/reproductivo, proveedor/esposa* o *dependencia/autonomía* que producen barreras estructurales en la familia y la sociedad, afectando las oportunidades de las mujeres para el ejercicio de otros derechos.

En una sección subsecuente, se abordará cómo, a partir del derecho a integrar una familia en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos ha jugado un papel preponderante en (des)dibujar, dentro de la familia, el binomio *público/privado,* así como en la (des)feminización de las labores del hogar, a través del constante desarrollo y evolución que brindan los órganos de las Naciones Unidas mediante sus resoluciones. De manera que el *corpus iuris* del derecho a la familia continúa robusteciéndose y respondiendo a los nuevos retos de la realidad.

En la última parte del trabajo, se expondrán algunos de los múltiples desafíos que persisten dentro de la familia, a pesar de la redistribución de los derechos y las obligaciones inherentes a la misma, entre sus integrantes, la sociedad y el Estado. Se concluye reiterando la importancia de continuar nutriendo el *corpus iuris* del derecho a integrar una familia fuera de los binomios culturales y las estructuras patriarcales persistentes, a fin de garantizar que cada persona que integra una familia —sin importar su género— pueda gozar de sus derechos inherentes y desarrollarse de manera plena.

La historia de la familia: su impacto sobre la mujer

Históricamente han existido estructuras familiares en contraposición absoluta con las admitidas como *naturales,* las cuales han sido ocultas del imaginario moderno favoreciendo el establecimiento del patriarcado dentro del orden social.

Las primeras familias existentes en el estado primitivo de las personas, en el cual no existían restricciones al intercambio sexual, fueron las *familias comunales*, de tal manera que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres, y que, por consiguiente, las hijas e hijos se consideraban en común[2].

Al salir del estado primitivo del intercambio sexual abierto, se crearon las primeras reglas, a través de las cuales los ascendientes y los descendientes —madres y padres e hijos e hijas— estaban excluidos entre sí del tráfico sexual, con lo cual se dio paso a la familia *consanguínea.* Este primer sistema de parentesco sanguíneo perteneció naturalmente a la madre, quien era el único pariente cierto de la siguiente generación[3]. La filiación de la mujer, como forma de familia, fue durante muchos años la única considerada como válida.

Posteriormente, la exclusión del intercambio sexual se extendió a las hermanas y hermanos uterinos —por parte de la madre— formando la *familia punalúa,* la cual limitaba la reproducción entre consanguíneos, dando paso a la *gens*[4], que fue la base del orden social en Grecia y Roma[5].

Hasta esta parte de la historia el rol de las mujeres en las familias y en la sociedad era predominante, de ellas dependía la organización familiar-social.

Posteriormente se dio paso a la *familia sindiásmica*, que es el matrimonio entre *gentes* no consanguíneas, es decir, la exclusión

---

2 Engels, Federico, *El origen de la Familia, de la Propiedad Privada y el Estado*, 12a. ed., Madrid, Fundamentos, 1987, p. 45.

3 *Ibidem*, p. 51.

4 La *gens* es entendida como un grupo de personas con descendencia común.

5 Engels, Federico, *op. cit*., p. 53.

sexual de los parientes ya no sólo cercanos, sino lejanos y por alianza. En esta forma de organización el hombre fue ocupando un papel más importante en la familia conforme aumentaba su fortuna o propiedad, por lo que el hombre requería *certeza* sobre sus descendientes y herederos naturales. Así, se impuso el cambio de la filiación femenina y el derecho hereditario materno, a la filiación masculina y el derecho hereditario paterno[6]. Con esta forma de familia —al menos en occidente— los hombres pudieron introducir la monogamia estricta a las mujeres.

Se tiene entonces que la *familia monogámica* nació de la *familia sindiásmica*, a partir de la necesidad del hombre de procrear hijos e hijas de una paternidad cierta, la cual se exigía porque los hijos —varones— entraban en calidad de herederos directos y serían quienes tendrían la posesión de los bienes paternos[7].

Fue en Grecia donde se consolidó esta nueva forma de familia, basada en condiciones sociales y no naturales, en la cual se impuso la monogamia únicamente a las mujeres, además se acompañó del concepto de *familia*[8], siendo ésta el conjunto de esclavos pertenecientes al mismo hombre.

Así, el significado de la palabra familia, más que relacionarse con algún lazo consanguíneo o sentimental, guardaba relación con la propiedad del hombre sobre sus esclavos. Posteriormente, en el imperio romano, se asignó al *pater familias,* a través de la figura de la patria potestad, el derecho de vida y muerte sobre su mujer, hijas, hijos y esclavos.

Esta disolución del derecho materno con la imposición de la monogamia hacia la mujer dio al hombre una paternidad "asegurada" o al menos reconocida, como padre cierto de sus descendientes, con la cual la mujer no sólo paso a pertenecer de manera exclusiva a un hombre, sino también a la potestad de éste, lo que consecuentemente implicó la subordinación de un sexo frente al otro.

---

6 *Ibidem*, pp. 65 a 73.

7 *Ibidem*, p. 79.

8 La palabra familia procede del latín *famŭlus* que quiere decir esclavo doméstico.

A partir de esta construcción de familia patriarcal y aún más con la familia individual monógama, lo doméstico perdió su carácter público, la sociedad ya no tuvo nada que ver con eso y se transformó en un asunto privado. Consecuentemente, se produjo una división de trabajo en la que el espacio privado "pertenecía" a las mujeres, como las encargadas del cuidado del hogar y las hijas e hijos, y los hombres en la esfera pública, como proveedores del hogar, encargados de las relaciones políticas y sociales.

Esta monopolización en torno a la familia y sus cargas culturales ha trascendido hasta nuestros días, tanto en las leyes como en la vida cotidiana, afectando de manera desproporcionada a la mujer y su desarrollo.

En gran medida, el derecho de familia repetía la intervención religiosa y las formas sociales moralizantes. En este sentido, los primeros Códigos Civiles de familia reproducían conceptos y valores religiosos en el ámbito secular, sobre todo en América Latina y los países predominantemente católicos. Así, la intervención estatal en la familia parecía necesaria para perpetuar la dominación patriarcal y los arreglos desiguales, más que como forma de igualación. Las mujeres, niñas y niños excluidos de la esfera pública, también eran postergados de la formación de las normas y de las determinaciones judiciales[9].

De lo anterior se desprende que la familia moderna no sólo tiene sus orígenes en la esclavitud, sino también en la imposición de la historia de un sexo sobre otro, que redujo a la mujer a instrumento de reproducción, situación que prevalece hasta ahora[10].

---

[9] Rábago Dorbecker, Miguel, "Los conceptos de esfera pública y privada en el derecho de familia", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coord.), *Mujeres, familia y trabajo,* Colección Género, Derecho y Justicia, No. 3, p. 13, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/libros/documento/2016-12/3Mujeresfamiliatrabajo_0.pdf*

[10] Es importante señalar que el modelo de familia patriarcal-monógama, es también una imposición del mundo occidental que desconoce otras formas de familia y matrimonio que coexistían paralelamente como la poligamia de Oriente o la poliandria del Tíbet, entre otras estructuras familiares comunales que persisten en comunidades indígenas y tribales de América y África.

La división binaria de la familia[11]

El concepto de familia ha llevado consigo las cargas culturales y sociales que se construyeron en torno ésta a lo largo de los siglos hasta la modernidad.

La *familia* es parte de los conceptos dicotómicos a los que la crítica feminista ha identificado dentro de binarios culturales, que al introducirse en el derecho —pese a sus pretensiones de neutralidad y universalidad— producen consecuencias más allá del plano jurídico que afectan, reproducen o perpetúan en la desigualdad de género[12].

La primera dicotomía en torno a la familia ha sido atribuirla al *espacio privado* frente al *espacio público*. Históricamente se fue construyendo una división de género en la cual el espacio público se encontraba dominado por los hombres, mientras que la esfera privada estaba a cargo de las mujeres, de tal forma que se fue naturalizando la idea del espacio privado como aquel reservado a la familia y por ende femenino.

La división *público/privado* fue una herencia de la época antigua, particularmente romana en la cual la esfera pública —y por tanto la política— era reservada para los hombres y vedada para mujeres y esclavos, los cuales estaban confinados a la esfera de lo privado, de lo doméstico o, peor aún, a ser propiedad del hombre libre. Esta dicotomía es una de las formas de jerarquización más poderosas de la división social de género[13].

La falta de visibilidad de lo que sucede en el espacio privado-familiar, implicó también ausencia del reconocimiento de las la-

---

11 Para la elaboración de este apartado resultó fundamentar el escrito de Alma Beltrán y Puga, *La crítica de los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio*. Publicado en la revista de ISONOMÍA, No. 45, en octubre de 2016, pp.47-81.

12 Beltrán y Puga, Alma, "La crítica de los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio", *ISONOMÍA*, No. 45, 2016, p. 50.

13 Rábago Dorbecker, Miguel, "Los conceptos de esfera pública y privada en el derecho de familia", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coord.), *Mujeres, familia y trabajo,* Colección Género, Derecho y Justicia, No. 3, pp. 1-2, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/libros/documento/2016-12/3Mujeresfamiliatrabajo_0.pdf*

bores de cuidado, tareas domésticas, tiempo, pero sobre todo de las mujeres, quienes "pertenecen" a este espacio. Consecuentemente, las mujeres han enfrentado —y siguen enfrentando— barreras estructurales para ocupar el espacio público culturalmente masculinizado, lo que se traduce en dificultades para participar en la vida política o "productiva" en condiciones de igualdad frente a los hombres[14].

Una segunda dicotomía es la división sexual del trabajo *productivo/reproductivo* que consolida el binomio *público/privado*. Esta distribución se basa en las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, a partir de las cuales las mujeres "naturalmente" son las encargadas del trabajo reproductivo —no remunerado— esto es, del cuidado de las hijas e hijos, así como las labores del hogar, es decir, del espacio privado, mientras que a los hombres se les atribuyen las cargas de trabajo remunerado en el espacio público (producción de bienes y servicios)[15].

A partir de la división sexual del trabajo y de la feminización de las labores del hogar, se redefine la valoración social y económica en torno a las actividades que se desarrollan en el espacio privado, (in)visibilizándolas y (des)valorizándolas de manera significativa hasta nuestros días.

De esta división sexual del trabajo surgen nuevos binomios como los son *proveedor/esposa* o *dependencia/autonomía*, que excluyen a las mujeres del trabajo productivo, remunerado y valorado, y las colocan como el sexo "débil" al servicio del hombre, puesto que no produce algún valor en el mercado, sino que por el contrario son un pasivo constante del mismo.

Estas dicotomías en torno al derecho a la familia han generado barreras estructurales que afectan las oportunidades de las mujeres para el ejercicio de muchos otros derechos. Por ejemplo: su acceso a la educación; su autonomía para decidir sobre el número y el espaciamiento de las hijas e hijos; su desempeño en el espacio laboral y las brechas salariales; las dobles o triples jornadas de trabajo; vivir una vida libre de discriminación y violencia, entre otros.

14 *Ibidem*, p. 4.

15 Beltrán y Puga, Alma, *op. cit.*, p. 55.

La posición de las mujeres ha sido históricamente asimétrica tanto en la familia como en el matrimonio, la mujer ha cargado con los roles de género que se le asignaron tradicionalmente como responsable de la educación y cuidado de hijas e hijos, de las personas adultas mayores, la limpieza, cuidado y administración del hogar, etc.

El feminismo ha logrado visibilizar al espacio familiar como un lugar de represión, de ejercicio del poder patriarcal. Por su parte, el desarrollo del capitalismo occidental tornó al hogar como un lugar despolitizado cuya función es ser espacio de producción para salvar las necesidades. Estos dos elementos reafirman al hogar como una zona de poco prestigio para la producción de narrativas en la esfera pública. De ahí que gran parte de la regulación de lo que acontece en el hogar o lo que se denomina derecho de familia, proviene de la necesidad de normar dicha esfera en función de un debate discutido en el ámbito público, en el que lo propio del hogar se encuentra prácticamente excluido[16].

El derecho a integrar una familia y la (de)construcción de sus binarios en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

Durante los siglos xx y xxi, los movimientos feministas han expuesto y (de)construido los binarios impuestos en torno a la familia, convirtiéndola en un asunto público-político, que además ha implicado la reivindicación o adquisición de derechos por parte de aquellas poblaciones tradicionalmente oprimidas por su género, edad, raza, religión, preferencia sexual o identidad de género, entre otras[17].

Exponer a la familia al espacio público ha implicado exigir la intervención del Estado para transformar las relaciones de género construidas en tono a ella, por lo que el derecho a la familia ha tomado un rol predominante frente al goce de los Derechos Hu-

16 Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.,* p.13.

17 Benhabib, Seyla, "Feminist Theory and Hannah Arendt's Concept of Public Spehere", en *History of the Human Sciences*, Vol. 6, No. 2, 1993, p. 104.

manos, por lo cual es lógico comprender su incorporación en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* —primer documento en el cual los pueblos y las naciones establecen su ideal común— como parte de los derechos mínimos como la libertad, la igualdad, la propiedad y la vida[18].

De manera particular, el artículo 16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (en adelante, Declaración o DUDH) señala:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado[19].

El reconocimiento de la Declaración Universal a los derechos a integrar una familia y a contraer matrimonio como derechos humanos *implicó trasladar de la esfera privada a la pública estos conceptos,* exigiendo a los Estados Parte, garantizar su protección y el pleno desarrollo de las familias y sus integrantes.

De tal modo que el lugar que ocupa la familia en el espacio privado comienza a desdibujarse para hacer evidentes las desigualdades de género construidas en torno a ese espacio. Consecuentemente, la familia se ha convertido en un punto intermedio entre las personas y el Estado, así como entre lo público y lo privado, desmontando —en parte— la primera dicotomía *público-privado* mencionada con antelación.

---

[18] Es importante tomar en cuenta que la Declaración Universal de Derechos Humanos debe leerse en un contexto determinado: un tanto dicotómico, occidental y patriarcal.

[19] Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Aprobada en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Esta (de)construcción de binarios alrededor de la familia ha ido avanzando a nivel internacional a través de la interpretación y contenido que han desarrollado los diversos órganos de Naciones Unidas, tanto del artículo 16 de la Declaración como de los diversos tratados del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos[20].

Otro avance significativo, que desmonta una de las dicotomías construidas frente a la familia, es el reconocimiento de las múltiples formas y estructuras familiares existentes en los Estados e incluso entre las regiones dentro de un mismo Estado[21], con lo cual el Comité de Derechos Humanos entrevé que no existe un concepto uniforme de familia o una definición unívoca. En otras palabras, la familia no se reduce a aquella conformada por *hombre/mujer* con sus hijas e hijos, sino que puede tener estructuras y relaciones diferentes a las impuestas como *naturales*.

Este reconocimiento explícito de la diversidad de estructuras familiares implica consecuentemente la obligación de los Estados de protegerlas, por lo que cuando existan diversos conceptos de familia dentro de un Estado —como *nuclear22*, *extendida*[23], *monoparentales24*, *ensamblada*[25], *parejas que no han contraído matri-*

---

20 Años más tarde, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos retomó los derechos a integrar una familia y a contraer matrimonio reconocidos en la Declaración en su artículo 23, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

21 Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas. **Observación General No. 19,** *Comentarios generales adoptados por el Artículo 23 - La familia*, **39o. período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171, 1990, párrafos 1, 2 y 3.**

22 Hace referencia al grupo de parientes integrado por los progenitores, es decir, el padre y la madre y sus hijas e hijos. *Cfr*. Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones, México*, Nostra Ediciones, 2010, p. 23.

23 Está conformada por abuela-abuelo, madre-padre, hijas-hijos, tías-tíos y primas-primos. *Cfr*. *Idem*.

24 Es aquella que se integra por uno solo de los progenitores: la madre o el padre y los(as) hijos(as). *Cfr*. *Idem*.

25 Aquellas familias integradas por familias reconstituidas, por dos familias monoparentales, por miembros de núcleos familiares previos, que al sepa-

monio, entre otras— se requiere que los Estados Parte señalen en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros[26].

Es importante tomar en cuenta que —sin importar el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición del país—- el tratamiento de la mujer en la familia, tanto ante la ley como en privado, debe conformarse bajo los principios de igualdad y justicia[27].

Además, frente al amparo de la familia heterosexuada, los distintos Comités de Naciones Unidas se han pronunciado sobre la necesidad de proteger a las familias que salen de esta estructura, como lo son aquellas conformadas por personas del mismo sexo[28]. En este sentido, los Estados deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad sus derechos, por ejemplo, para acceder a la pensión de viudez u otras prestaciones sociales[29].

En cuanto a la protección de las mujeres que no están unidas bajo el esquema tradicional del matrimonio, en particular aquellas que viven en amancebamiento[30], los Comités han señalado la

---

rase se unen nuevamente, de hecho o de derecho, con nuevas personas o grupos familiares formando el ensamble o una nueva estructura familiar. Cfr. Idem.

26 Comité de Derechos Humanos, *op cit*., **párrafos 2 y 3.**

27 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Naciones Unidas, Recomendación General No. 21, *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 13o. período de sesiones, A/47/38, 1994, párrafo 13.

28 La orientación sexual e identidad de género han sido consideradas como categorías protegidas en los diversos Tratados que forman parte del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos a través de las cláusulas de prohibición de discriminación.

29 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 42o. período de sesiones, E/C.12/GC/20, 2009, párrafo 32.

30 Se entiende por amancebamiento cuando dos personas viven juntas y tienen relaciones sexuales sin estar casadas entre sí.

necesidad de crear leyes que las protejan dentro de la vida familiar, la repartición de los ingresos y los bienes, así como de los derechos y obligaciones con los hombres en el cuidado y la crianza de sus hijas-hijos o familiares a cargo[31].

Actualmente persiste en muchos países la falta de igualdad de *jure* que impide que la mujer goce de ésta en la familia y la sociedad. Incluso cuando existe la igualdad de *jure,* en todas las sociedades se continúa asignando a la mujer funciones diferentes, que se consideran inferiores, vulnerando los principios de justicia e igualdad[32]. Además, se perpetúa el valor y protección *superior* a la familia heterosexual y al matrimonio derivada de la misma.

Ahora bien, frente a las actividades históricamente asignadas a las mujeres obtenidas de la división de trabajo sexual —entre lo *productivo y lo reproductivo*— el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos ha contribuido de manera importante en la reconfiguración de estas dicotomías.

Desde la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se ha reconocido como principio básico la igualdad de derechos y de responsabilidades de los cónyuges durante el matrimonio y en caso de disolución de éste. Dicho principio ha sido reiterado a través del *corpus iuris* internacional del derecho a integrar una familia y a contraer matrimonio. Lo anterior se traduce en igualdad de derechos frente a la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de hijas e hijos, la administración de los haberes, la custodia de los menores, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, la pérdida y la recuperación de la patria potestad, entre otros, teniendo en cuenta el interés público[33].

De manera explícita la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW por sus siglas en inglés) señala la necesidad de romper los roles de género establecidos en torno a la familia, así como de eliminar

[31] Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Naciones Unidas, Observación General No. 20, *op. cit.,* párrafo18.

[32] *Ibidem*, párrafo12.

[33] *Ibidem,* **párrafos 6, 7 y 8.**

la discriminación que viven las mujeres a causa de su papel en la procreación (productivo/reproductivo, proveedor/esposa o dependencia/autonomía).

La CEDAW reitera con más fuerza la importancia de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones familiares y el matrimonio, así como eliminar la discriminación de las mujeres en estos ámbitos. Igualmente, a través de su articulado, establece obligaciones a los Estados Parte para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación, responsabilidad y desarrollo de sus hijas e hijos.

Además, visibiliza las desigualdades históricas derivadas de la dicotomía entre el trabajo *productivo/reproductivo*, así como las consecuencias que ha tenido sobre el valor inferior que se les ha otorgado a las actividades que se desempeñan en el espacio doméstico.

Particularmente, respecto al rol reproductivo que se les asigna a las mujeres, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer ha sido enfático al señalar que las obligaciones impuestas a éstas de tener descendencia y criarla afectan su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal. En este sentido, la decisión de tener hijas o hijos, no debe estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno, por el contrario, las mujeres deben tener la libertad de decidir el número y el espaciamiento entre ellas y ellos[34].

Al respecto, hay un amplio acuerdo en que cuando se dispone libremente de medidas apropiadas para la regulación voluntaria de la fecundidad, mejoran la salud, el desarrollo y el bienestar de todas las personas de la familia. Además, estos servicios mejoran la calidad general de la vida y la salud de la población, y la regulación voluntaria del crecimiento demográfico ayuda a conservar el medio ambiente y a alcanzar un desarrollo económico y social duradero[35].

[34] *Ibidem*, párrafo 21.

[35] *Ibídem*, párrafo 23.

A pesar de los esfuerzos para desmontar la división sexual del trabajo —*productivo/reproductivo*— y las consecuencias de ésta sobre las mujeres, a nivel mundial el trabajo doméstico sigue siendo una carga impuesta a las mismas. Consecuentemente, la incorporación generalizada de las mujeres en el espacio *público-productivo* ha implicado que éstas se enfrenten a dobles o triples jornadas de trabajo, desempeñado las funciones asignadas tradicionalmente en el hogar y, además, aquellas que les exige su empleo[36], lo que ocasiona desigualdades en la vida familiar y laboral frente a los hombres.

Al respecto, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos indicó que: "Los Estados que pasan por alto o no tratan de remediar la carga desproporcionada de trabajo doméstico no remunerado de la mujer, incurren en grave incumplimiento de las obligaciones sobre igualdad y no discriminación, que son los pilares del derecho internacional de los derechos humanos" [37]. En ese tenor, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que el trabajo doméstico no remunerado no afecte de manera desproporcionada el disfrute por la mujer de sus derechos y facilitar el establecimiento de condiciones que aseguren dicho goce en pie de la igualdad con el hombre[38].

Adicionalmente, resulta importante que los Estados midan y cuantifiquen el trabajo doméstico no remunerado de la mujer, el cual contribuye al desarrollo de cada país[39]. Poner de manifiesto

---

36 Al respecto, es importante mencionar que en el espacio *público-productivo* se reproducen los esquemas sociales tradicionales, lo que ha dado lugar al menosprecio del trabajo de las mujeres frente al que desempeñan los hombres. Además existe un *continuum* de segregación profesional por sexos, que supone encasillar a las mujeres en determinados puestos de trabajo con un salario menor.

37 Sepúlveda Carmona, Magdalena, *Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Naciones Unidas, A/68/293, 2013, párrafo 70.

38 *Idem*.

39 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Naciones Unidas, Recomendación general No. 17, *Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto,* 10o. periodo de sesiones, A/46/38, 1991.

la función económica que desempeñan las mujeres día con día es una manera de (re)valorar y reivindicar sus aportaciones en la familia, la sociedad y el Estado.

La inclusión masiva de las mujeres en el espacio productivo-remunerado a pesar de impulsar, en cierta medida, la (re)distribución de las labores dentro la familia, ha terminado reproduciendo los roles de género tradicionalmente asignados. En este sentido, mientras que algunas mujeres se incorporan al mundo *laboral-público,* otras las cubren en las labores de limpieza y cuidado dentro de la familia.

Así, el trabajo remunerado dentro del hogar suele recaer —nuevamente— en las mujeres, quienes, por lo general, se encuentran en condiciones de vulnerabilidad derivadas de una situación de pobreza o del bajo nivel de escolaridad. Estas labores domésticas suelen desarrollarse en condiciones precarias, en las cuales las mujeres carecen de contratos, laboran jornadas extendidas, no cuentan con prestaciones sociales y tienen bajos ingresos.

Las trabajadoras domésticas son (re)victimizadas dentro del espacio familiar, ante las condiciones de trabajo poco dignas que se les brindan derivadas del desprecio que se otorga a las tareas del hogar. Además, se enfrentan a dificultades para compaginar las responsabilidades familiares con su jornada laboral.

Así, se puede encontrar entre las nuevas formas de explotación, la contratación de trabajadoras domésticas[40]. De esta manera, el trabajo remunerado dentro del hogar surge como una actividad laboral-económica que mantiene las relaciones asimétricas de poder y perpetúan los binomios construidos en torno a la familia.

Ante este contexto, las Naciones Unidas, a través del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[41]

---

[40] Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Naciones Unidas, Recomendación general No. 19, *La violencia contra la mujer,* 11o. período de sesiones, Doc. A/46/38, 1992, párrafo 14.

[41] La Organización Internacional del Trabajo es una agencia 'tripartita' de Naciones Unidas, la cual reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas de trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos,

promueve la equiparación de los derechos de las trabajadoras domésticas con los que se establecen en la legislación para los demás grupos de trabajadores (hombres y mujeres). El Convenio implica cobertura de seguridad social, regulación de la jornada laboral, días de descanso semanales y acceso a la licencia de maternidad, entre otros.

A través del Convenio 189 se busca contribuir a superar los obstáculos que surgen de las particulares condiciones de trabajo y la contratación de las mujeres y hombres que laboran en los hogares privados. Sin embargo, aún existen muchas resistencias en los Estados para firmar y ratificar el Convenio por lo que su aplicación aun es limitada.

Las problemáticas hasta aquí expuestas son apenas un pequeño trazo de las barreras estructurales que las mujeres al rededor del mundo siguen enfrentando día con día. La (de)construcción de las dicotomías y roles asignados al espacio privado requiere de procesos largos y complejos, así como del desarrollo de las capacidades e instituciones nacionales y de la promoción del cambio social y de actitud[42].

A pesar de los desafíos persistentes, la familia se encuentra redistribuyendo los derechos y las obligaciones inherentes a la misma, entre sus integrantes, con la sociedad y el Estado. En este sentido, el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos ha jugado un papel preponderante tanto en la redistribución de las labores familiares como en la (de)construcción de los binomios culturales en torno a ésta.

Conclusiones

A partir del reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, se visibiliza en ella un punto de

mujeres y hombres. *Cfr. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm*

[42] Organización Internacional de Trabajo, *La estrategia de la OIT sobre los trabajadores domésticos, https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/strategy/lang--es/index.htm*

partida y de retorno para mejorar las condiciones de vida de sus integrantes. De manera particular, de las mujeres, a quienes la historia las redujo a las labores de reproducción y de cuidado en el hogar, ocultándolas del espacio público-político.

En este sentido, evidenciar los binarios construidos en torno a la familia que promueven la discriminación de las mujeres –*público/privado, productivo/reproductivo, proveedor/esposa*, *dependencia/autonomía*– puede considerarse como un ese punto de inicio para impulsar la (de)construcción de las estructuras patriarcales que afectan a las mujeres dentro la familia.

Esta (des)feminización del hogar implica redistribuir las responsabilidades familiares a los hombres, a las mujeres y a la sociedad en su conjunto. En otras palabras, involucra trasladar a la familia del espacio privado hacia la (co)responsabilidad pública.

En ese tenor, los Estados deben velar porque los integrantes de la familia —dentro y fuera de ésta— se desarrollen en plenitud y gocen de los mismos derechos en condiciones de igualdad. Para ello, se requiere que impulsen leyes, acciones, políticas y programas de conciliación y corresponsabilidad, así como encaminadas a la eliminación de la discriminación y violencia contra las mujeres en este espacio.

Por su parte, el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos deberá continuar velando porque los Estados cumplan con sus obligaciones derivadas del derecho a formar una familia e impulsando la igualdad entre mujeres y hombres dentro de este entorno. Asimismo, requiere seguir (de)construyendo, tanto al interior como hacia afuera, las estructuras patriarcales persistentes que continúan afectando a las mujeres hasta el día de hoy.

Desmontar las estructuras arraigadas a través de los siglos en la familia es una tarea compleja que se cimienta día a día a ritmo pausado, requiere de la participación de los organismos internaciones, los Estados, la sociedad en su conjunto, así como las personas que las integran. Cada uno(a) debe denunciar estas desigualdades y generar cambios –desde sus trincheras– para crear espacios familiares libres de desigualdad y violencia.

Bibliografía

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Aprobada en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

BELTRÁN Y PUGA, Alma, "La crítica de los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio", *ISONOMÍA*, No. 45, 2016.

BENHABIB, Seyla, "Feminist Theory and Hannah Arendt's Concept of Public Spehere", en *History of the Human Sciences*, Vol. 6, No. 2, 1993.

BROWN, Wendy y HALLEY Janet, *Left legalism/Left critique*, Durham, London, Duke University Press, 2002.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, NACIONES UNIDAS, Observación general No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 42o. período de sesiones, E/C.12/GC/20, 2009.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS, **Observación general No. 19,** *Comentarios generales adoptados por el Artículo 23 - La familia*, **39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171, 1990.**

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS, Observación general No. 28, *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 68o. periodo de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2000.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, NACIONES UNIDAS, Recomendación general No. 17, *Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto,* 10º periodo de sesiones, A/46/38, 1991.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, NACIONES UNIDAS, Recomendación general No. 19, *La violencia contra la mujer* 11º período de sesiones, Doc. A/46/38, 1992.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, NACIONES UNIDAS, Recomendación general No. 21, *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 13o. período de sesiones, A/47/38, 1994.

DE BEAUVOIR, Simone, *Das andere Geschlecht*, Hamburgo, 1951. (Original francés Le Deuxième Sexe, Paris, 1949).

ENGELS, Federico, *El origen de la Familia, de la Propiedad Privada y el Estado*, 12a. ed., Madrid, Fundamentos, 1987.

GOUGH, Kathleen, "The Origin of the Family", en: Rayna [Rapp] Reiter (ed.), *Toward an Anthropology of Women*, Nueva York, Monthly Review Press, 1975.

KENNEDY, Duncan, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

MACKINNON, Catherine A., "Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, Vol. 3, 1982.

ONU MUJERES, *El progreso de las Mujeres en América Latina y el Caribe*, en prensa. Con base en: OIT 2016. Políticas de formalización del trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2016.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (No. 189),* 100a. Reunión CIT, Ginebra, 2011.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La estrategia de la OIT sobre los trabajadores domésticos, https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/strategy/lang--es/index.htm*

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico: Guía introductoria/Oficina Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2016.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe", en *Panorama Laboral Temático*, No. 4, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2018.

PEDRERO NIETO, Mercedes, "Género, trabajo doméstico y extradoméstico en México. Una estimación del valor económico del trabajo doméstico", en *Estudios Demográficos y Urbanos*, Vol. 19, No. 2.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones,* México, Nostra Ediciones, 2010.

RÁBAGO DORBECKER, Miguel, "Los conceptos de esfera pública y privada en el derecho de familia", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coord.), *Mujeres, familia y trabajo,* Colección Género, Derecho y Justicia, No. 3, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/libros/documento/2016-12/3Mujeresfamiliatrabajo_0.pdf*

RODRÍGUEZ ETERNOD, Diego, *Re(gu)laciones desiguales: las narrativas del trabajo doméstico remunerado, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad-genero/2017-05/3erlugarEnsayo2016.pdf*

SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, *Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Naciones Unidas, A/68/293, 2013.

WARNER, Michael, *Público, públicos y contrapúblicos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

El derecho a casarse y formar una familia

*Cecilia Armengol Alonso**

Sumario: El derecho a casarse y formar una familia sin discriminación. El derecho a casarse, no permanecer casado, o simplemente no casarse. El derecho a formar una familia o bien a no tenerla.

El ser humano es un ser social por naturaleza, la forma en que interpretamos la realidad, el contenido de las ideas, razonamientos, actitudes, sentimientos, experiencias, valores y antivalores adquieren sentido en la vida humana cuando son compartidos con otros[1]. Lo que es así porque vivimos en un mundo con otros y para con otros, situación que nos obliga a vivir en sociedad y establecer estructuras de convivencia mismas que facilitan la construcción de nuestra realidad mediante el intercambio de un mundo intersubjetivo con sentido común y pertenencia.

La intersubjetividad[2] ha sido un elemento analizado por la psicología social para explicar los diversos fenómenos sociales,

* Licenciada en Derecho por ITESO, maestría en Derechos Humanos y Democracia por FLACSO, es secretaria de estudio y cuenta adscrita a la Primera Sala SCJN, especialista en asuntos civiles y familiares.

1 Shutz,: 1979, citado en: Fernández Ch. (1994). Psicología Social, Intersubjetividad y psicología colectiva, en Montero M. (Coord.). Construcción y crítica de la psicología social. Barcelona: Editorial Anthropos.

2 Expósito, F. (2005) Delimitando el contenido de la psicología social aplicada en Expósito y Moya.

entendida como el proceso psicológico por el cual el ser humano efectúa intercambios subjetivos de significados para y con otros, construyendo un espíritu colectivo para la socialización bajo el entendimiento de mundo (realidad) de sentido común y de identidad social[3]. Esos intercambios subjetivos ocurren en la vida cotidiana[4] de todo ser humano mediante procesos de interrelación que facilitan en principio la supervivencia de la especie humana a partir de la procreación y el establecimiento de sistemas de cooperación de subsistencia.

Además de crear procesos complejos de socialización e identidad la intersubjetividad también implica el intercambio de lenguaje, valores, actitudes, hábitos, sexualidad, creencias, símbolos, sistemas de apoyo, innovación, tecnología, y cualquier otro acto de humanidad, por lo que es natural que como consecuencia de ella se intercambien conflictos.

Entendida así la intersubjetividad como un fenómeno social y como parte de la vida cotidiana del ser humano que crea conflictos, explica por mucho porqué para los derechos humanos considerar estos procesos psicológicos son fundamentales para comprender el núcleo esencial de muchos derechos fundamentales, en la lógica que la socialización intersubjetiva auxilia al saneamiento y estabilidad de estructuras sociales reconocidas mediante el diseño de principios e instituciones jurídicas, que finalmente se traducen en normas y reglas que facilitan la vida humana de forma cotidiana.

De suerte que, entre la intersubjetividad y el derecho se establece un moldeo bi-direccional en la medida que la vida cotidiana es llevada, construida y transitada de acuerdo a las normas, principios y reglas que el derecho establece, y a la vez el derecho se sistematiza y perfecciona de conformidad a las relaciones so-

[3] Hernández Romero, Y., & Galindo Sosa, R. V. (2007). El concepto de intersubjetividad en Alfred Schutz. *Espacios Públicos*, 10(20).

[4] La vida cotidiana, aquí entendida como la esfera de la realidad para un sujeto social, que se refleja en el conjunto de vivencias que acontecen entre los individuos con deseos capacidades, posibilidades y emociones. Ver: Uribe Fernández, M. L. (2014). La Vida Cotidiana como espacio de construcción social. *Procesos Históricos*, (25).

ciales e intersubjetivas que dotan de coherencia y sentido a la existencia individual de acuerdo a las exigencias que prescribe la vida humana día a día.

Razón por la que el derecho no es estático sino más bien dinámico y está en constante cambio porque se obliga a reconocer y regular ese constructo social mediante el cual los individuos organizan y estructuran su realidad estableciendo relaciones interpersonales que en suma es lo que origina el fenómeno mismo de intersubjetividad como una necesidad básica y elemento fundamental a la dignidad humana. En efecto, si partimos del concepto jurídico de la dignidad humana, parteaguas y fundamento de los derechos humanos universales, que no se pregona solo como un precepto moral, sino que constituye un bien jurídico protegido por el Estado[5], la que se describe como un núcleo esencial e inherente a toda persona a ser tratada como tal esto es simplemente como persona humana, lo que lleva a reconocer la naturaleza de sus necesidades biológicas, psíquicas y físicas. Luego entonces, es posible afirmar que el derecho impone como mandato el reconocimiento y protección del proceso psicológico de intersubjetividad humana, en tanto cualquier vida humana está en constante búsqueda de una identidad personal que pretende responder al cuestionamiento existencial de ¿quién soy yo? y ¿para quién soy yo? Cuestionamientos que además de dignificar al ser, en tanto justifican la existencia humana delinean una búsqueda constante de compañía para huir de la soledad del nacimiento, porque finalmente el ser humano está solo en sus procesos mentales desde que nace hasta que muerte[6].

Ahora no podríamos entender en su totalidad la intersubjetividad y su relación con el derecho sin especificar que ésta se

---

5 Ver jurisprudencia Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.) de rubro: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.
Época: Décima Época Registro: 2012363 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II Materia(s): Constitucional Página: 633

6 *"La necesidad más profunda del hombre es, entonces, la necesidad de superar su separatidad, de abandonar la prisión de su soledad."* Fromm, E., & Rosenblatt, N. (2000). *El arte de amar*. São Paulo^ eSP SP: Martins Fontes. P. 25.

manifiesta primordialmente bajo tres presupuestos básicos para su conformación: la necesidad afectiva (sentimiento), la necesidad cognitiva (conciencia de sí mismo y del otro como personas diferentes) y también la posibilidad activa (conducta relativa a la toma de decisiones)[7].

Generalmente es la necesidad afectiva y cognitiva lo que motiva la búsqueda de pertenencia a un grupo o familia, porque es el sentido de pertenencia y la distinción de lo otro, lo que dota al individuo de autoestima[8] e identidad propia, al saberse quién y para quién se es; además esta necesidad de pertenencia y de búsqueda de identidad se manifiesta en el ámbito más íntimo del ser, de ahí que difícilmente se alcanza la intersubjetividad humana por un factor exógeno impositivo, en tanto que el tercer presupuesto que se refleja en el acto voluntario es esencial para la consecución de la intersubjetividad, de ahí que cobra especial relevancia considerar este presupuesto en la norma jurídica consistente en la elección libre de tener o mantener relaciones interpersonales, porque de no reconocerse precisamente dicha posibilidad en la ejecución de ese proceso psicológico, no se respetaría el núcleo más esencial de este proceso individual: la libertad de elección de vida privada.

Es entonces, el ejercicio activo traducido en la libertad mediante la toma de decisión de hacia quién o a quiénes se desea "pertenecer", el elemento esencial e indiscutible que en todo caso ha de reconocer el derecho que emana del ejercicio libre a establecer relaciones interpersonales, pertenecer a grupos o estructuras sociales, decisión que resulta mucho más evidente en tratándose de la búsqueda de una pareja y en el deseo de iniciar la conformación de una familia[9].

---

7 Elementos que la psicología social configura como parte de la conducta social de atracción interpersonal misma que puede medirse por medio de la variante de la actitud del fuerte agrado hasta el fuerte desagrado a otros. Baron, R. A. y Byrne, D. (2005). Psicología social. Madrid: Pearson Educación. p. 266.

8 Misma que si bien se crea a partir del conocimiento de uno mismo, está inmersa en el conocimiento del otro y de las diferencias a fin de aceptar y resaltar logros, aptitudes y valores.

9 En tanto derivado del mismo proceso psicológico de intersubjetividad podemos derivar también otros derechos como el de identidad, asociación,

Una vez comprendidas las bases y fundamentos del proceso psicológico de la intersubjetividad es posible distinguir que la triada que conforma los presupuestos de este complejo proceso consistentes en la necesidad afectiva, la necesidad cognitiva (identidad y la posibilidad activa de intersubjetividad, también se despliegan en el reconocimiento jurídico del derecho fundamental de todo ser humano: el derecho a casarse y a formar una familia.

En efecto, bajo el entendimiento de que los procesos de intersubjetivos parten de una necesidad básica humana, no es de extrañarse que el derecho humano a casarse y formar una familia se incluyera en catálogo básico de derechos universales proclamados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el año de 1948, expresamente en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre[10], de cuya redacción resalta que se dio especial relevancia al respeto de acceso al matrimonio sin restricción o discriminación alguna por causa de alguna categoría sospechosa, al igual que se reconoce un trato igualitario entre hombres y mujeres para el ejercicio del derecho a casarse y fundar una familia, así como en las obligaciones y derechos que del matrimonio deriven y en la posibilidad de su disolución, también a la decisión libre y plena de las personas para contraer matrimonio, y al reconocimiento de que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad del que emerge un principio de protección especial. Derecho humano que a mayor profundidad se reconoce en el sistema universal

mantenimiento de la familia, materializado generalmente en el deber de los agentes del Estado de no separar a los infantes de su familia salvo que permanecer en la misma represente un grave riesgo de acuerdo a su interés superior, entre otros.

[10] Artículo 16
1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 23, se replica el contenido del derecho de la declaración universal y se establece el deber de los Estados Partes, de garantizar la igualdad para contraer matrimonio, durante éste y en dado el caso en la disolución del mismo, garantizando así la protección a los más vulnerables, como mandato del principio de protección a la familia.

Por su parte, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, también en el año de 1948, se incluyó igualmente el derecho a casarse y formar una familia en el catálogo de derechos humanos reconocidos a nivel regional, concretamente en el artículo VI[11], se expresa el derecho de toda persona a constituir una familia, y el reconocimiento a la familia como elemento fundamental de la sociedad y con ello el deber del Estado de protección a la familia con el correlativo derecho-deber a la persona que se estatuye en el capítulo segundo de dicha declaración, en el artículo XXX[12] referente al deber de asistir, alimentar, educar y amparar a los hijos y/o padres cuando así lo necesiten.

Ahora, si bien la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no señaló expresamente el derecho a casarse, éste se encuentra plenamente reconocido en el sistema regional americano al incluirse textualmente en el artículo 17[13], que

[11] Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

[12] Artículo XXX. Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.

[13] Artículo 17. Protección a la Familia.
1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

enuncia el principio de protección a la familia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de un modo muy similar al reconocimiento del sistema universal de derechos humanos, en tanto que establece que el hombre y la mujer gozan de iguales derechos y obligaciones para contraer matrimonio, durante y en todas las consecuencias que se generen en caso de la disolución del mismo, así como que este no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Así, el reconocimiento regional acepta que existen restricciones al derecho a casarse mismas que estarán de acuerdo a los requisitos señalados por las leyes internas de los Estados, en referencia primordialmente a la edad de los contrayentes y a otras condiciones requeridas que serán válidas siempre que no signifiquen una discriminación u obstáculo irracional para el ejercicio del derecho.

Nuestra Constitución mexicana no reconoce expresamente el derecho a casarse y a formar una familia, pero sí reconoce la libertad reproductiva para tener los hijos que se deseen y el reconocimiento del hombre y la mujer en igualdad de condiciones ante la ley, lo que se incluyó en el artículo 4 constitucional[14], por reforma del Constituyente en el año de 1974. Curiosamente en la exposición de motivos que dio lugar a la redacción de los dos primeros párrafos de ese artículo los cuáles perduran hasta ahora, se señaló como razonamientos y justificación en la exposición de motivos que conformó la iniciativa del Ejecutivo[15], que la refor-

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

14 (REFORMADO, D.O.F. 31 DE DICIEMBRE DE 1974)
Art. 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.
(REFORMADO, D.O.F. 31 DE DICIEMBRE DE 1974)
Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

15 Presentada ante la Camara de Diputados como Cámara de Origen el 24 de septiembre de 1974.

ma pretendía sumarse al equilibrio que el sistema constitucional mexicano encontró al asegurar las libertades individuales y las garantías sociales. Así como que no era efecto del azar que dichos párrafos estuvieran precedidos del artículo 3 constitucional que regula y garantiza la educación del pueblo mexicano, en tanto que ésta debe orientarse hace criterios de libertad, democracia, solidaridad nacional e internacional y convivencia humana; destacando que el contenido de dicha reforma sería la pauta para modificar leyes secundarias, federales y locales, que incluían modos sutiles de discriminación, especialmente en contra de la mujer que debía soportar en la vida familiar y colectiva. De ahí que desde ese entonces se señaló que:

> *"el Gobierno de la República esté empeñado en elevar la calidad de vida de sus hombres y mujeres de igual manera y formar en la conciencia de cada mexicano el sentido pleno de su responsabilidad histórica frente a la existencia cotidiana."*

Por supuesto que la reforma de 1974 al artículo 4 constitucional fue impulsada por mucho por las recomendaciones que la Organización de las Naciones Unidas formulara en 1967 al través de la Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, así como la proclamación de 1975 como Año Internacional de la Mujer, y la declaración de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Teherán en 1968 en relación a los derechos reproductivos; empero lo relevante para este análisis, es advertir que en el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, así como el derecho de toda persona de decidir de manera libre e informada el número y esparcimiento de los hijos, en suma la decisión de conformar una familia, está inmersa la aceptación de la vida cotidiana de los ciudadanos y los múltiples fenómenos que ocurren en la realización de la intersubjetividad humana como acto necesario que valida la libertad reconocida en toda vida ciudadana,

Con ello el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como principio y mandato a la ley proteger la organización y el desarrollo de la familia reconociendo a esta como el entorno *"donde se conservan con más pureza las formas de convivencia que dan a la sociedad mexicana su carácter singular y donde se generan las más limpias y auténticas aspiracio-*

nes y transformaciones." Bajo lo anterior la protección constitucional mexicana dota de mayor contenido al derecho a formar una familia en la medida que reconoce el derecho a la procreación como una garantía personal de raigambre solidaria, y como derecho fundamental la libertad, de formar una familia bajo la responsabilidad individual y solidaria entre hombres y mujeres[16].

Esta idea de solidaridad entre el hombre y la mujer se ha visto recientemente reforzada en la jurisprudencia constitucional mexicana, ante el advenimiento de las nuevas reglas que regulan las consecuencias jurídicas de la disolución del matrimonio[17], a fin de solucionar la indiferencia que queda entre ex cónyuges heredada por los códigos romano civilista de regulación del divorcio en tanto al no tener afinidad los ex cónyuges solo podían fomentar las obligaciones después del divorcio con base a la culpa de la provocación del mismo, luego una vez que no puede sancionarse a quien motivó el divorcio, la justicia tuvo que responder al problema jurídico que surge cuando uno de los ex cónyuges tiene necesidad alimentaria, mismo caso de la terminación del concubinato que al equipararse a los beneficios reconocidos al matrimonio ha sido posible reconocer la continuación de obligaciones alimentarias cuya fuente estriba netamente en una base de solidaridad familiar[18], también con base en la idea de solidaridad y

16 Al respecto la iniciativa del ejecutivo afirma: *Desterrar de nuestra existencia los hijos de la ignorancia y la pobreza favorece la procreación por la libertad, la educación, el amor y la comprensión de la pareja, y refuerza el sentido solidario de la función generadora.*

17 Ver tesis: 1a./J. 21/2017 (10a.) de rubro: ALIMENTOS EN EL JUICIO DE DIVORCIO POR ACREDITACIÓN DE CAUSALES. SU IMPOSICIÓN NO TIENE EL CARÁCTER DE SANCIÓN. Época: Décima Época Registro: 2014567 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 43, Junio de 2017, Tomo I Materia(s): Civil Página 390

18 Tesis: 1a./J. 83/2012 (10a.) ALIMENTOS. LOS EX CONCUBINOS TIENEN DERECHO A ALIMENTOS DESPUÉS DE TERMINADA LA RELACIÓN DE CONCUBINATO, EN LOS MISMOS TÉRMINOS QUE LO TIENEN LOS EX CÓNYUGES (LEGISLACIONES DE TAMAULIPAS, GUERRERO Y DISTRITO FEDERAL, APLICADAS EN LOS CASOS CONTENDIENTES).
Época: Décima Época Registro: 2003218 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1 Materia(s): Civil página 653

resarcimiento se han creado figuras como la compensación del cónyuge que durante el matrimonio realizó trabajo doméstico no remunerados, lo que precisamente persigue la reciprocidad de las funciones familiares desempeñadas durante el matrimonio.

Ahora bien, de los contenidos reconocidos tanto a nivel constitucional mexicano en el artículo 4 de la Constitución Federal, cuanto del sistema internacional y del sistema interamericano de los derechos humanos por medio de los distintos instrumentos internacionales que reconocen el derecho humano de casarse y fundar una familia, se derivan elementos en común que podemos desde ya establecer como parte del contenido descriptivo, básico y elemental de esos derechos humanos.

- El primero entendido en el acceso al derecho a casarse o a formar una familia en condiciones de igualdad y sin discriminación, salvo las restricciones legales que de forma legítima se establezcan, siempre que resulten proporcionales y razonables, esto es, no como una medida injustificada para obstaculizar al ejercicio de esos derechos.
- También como elemento esencial e indispensable, y quizás el de mayor relevancia como se apuntó es, la libertad connatural al ser humano de realizar intercambios subjetivos de la vida cotidiana, esto es, la elección libre y voluntaria para contraer matrimonio y conformar una familia.
- Y por último se encuentra como elemento en común, que a la par del derecho a casarse y fundar una familia, se reconoce a la familia como núcleo esencial de la sociedad democrática, y en consecuencia un deber de intervención del Estado traducido en el principio de protección a cualquier forma de vida familiar, en tanto ésta ayuda a la conformación de una sociedad plural y democrática.

Los contenidos aludidos del derecho a casarse y fundar una familia se han visto implementados en nuestro sistema jurídico, especialmente después de la reforma constitucional de junio de 2011 al artículo 1 de la Constitución Federal, por la cual se internalizaron los derechos humanos universales y regionales, a la vez que se establecieron los contenidos de los derechos fundamentales como parámetros de constitucionalidad, que al reconocer-

se más que nada como principios dieron luz a la interpretación de las reglas y normas posibilitando respuestas jurídicas inéditas promoviendo el mejoramiento del sistema legal y de justicia[19], lo que claramente se observa en la jurisprudencia constitucional mexicana, a partir de la décima época del Semanario Judicial de la Federación, y que a continuación se mencionarán algunos ejemplos que demuestran que efectivamente los contenidos en común del derecho a casarse y fundar una familia son respetados, garantizados y promovidos en nuestro sistema jurídico.

El derecho a casarse y formar una familia sin discriminación

El matrimonio es en sí un fenómeno social, al ser relativamente estable, observable, y objetivo porque implica una manifestación del orden material, social, espiritual, producto del interactuar humano, luego como cualquier fenómeno social va variando en el tiempo y en el espacio acorde al momento histórico y lugar donde ocurre[20].

Para entender el aporte que ha tenido el reconocimiento en serio de los principios universales de igualdad y no discriminación respecto del derecho a casarse en nuestro ordenamiento jurídico, se debe recordar que el matrimonio es un concepto que no nació como idea original dentro del catálogo universal de los derechos humanos, sino que solamente se reconoció como uno de los tantos actos en la vida de toda persona que está incluido en de los derechos fundamentales a los que se tiene derecho por el simple hecho de ser humano al precisamente reconocerlo como un acto de ejercicio intrínseco a la dignidad humana.

El matrimonio fue concebido por el derecho con una perspectiva más social que individual-libertaria, al establecerse como una institución de índole meramente civil, si bien dentro de la

[19] Sobre los procesos de constitucionalización del derecho véase Vigo, Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización del Derecho.* (2012) Grupo Editorial Ibánez, Bogotá, Colombia.

[20] Expósito, E. (2013). El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista general de derecho constitucional*, (17), 22.

clasificación del derecho privado su auxilio se encaminó más a la sociedad que al individuo, y fue definido desde sus inicios con la idea de unión legítima entre el hombre y la mujer para efectos de procreación de los hijos[21].

Este concepto, derivado más que nada de la herencia civil en nuestros códigos replicó la idea por muchos años de una familia nuclear idónea, y la institucionalización jurídica que influyó notablemente en el constructo social de familia y en el lenguaje en cuanto el significado intersubjetivo de lo qué es y para qué es un matrimonio[22].

Así, el significado de la unión heterosexual como única posibilidad de matrimonio no solo fue deseable socialmente sino también legalmente, lo que propició que hasta hace poco motivado por los principios igualdad y no discriminación, que se suscitara la demanda del colectivo homosexual para tener acceso en igualdad de condiciones al matrimonio. Es esa lucha ocurrió una fuerte resistencia de la sociedad y juristas quienes razonaban argumentativamente que el significado del vocablo matrimonio significa solamente la unión de un hombre y una mujer, de suerte que no podría significar a su vez la unión homosexual ante la imposibilidad de procreación[23]; bajo esa lógica defendió celosamente al matrimonio y como respuesta a la igualdad de trato se propuso la viabilidad de otras figuras jurídicas que no llevaran el nombre

[21] Es notable que en el derecho romano la honorabilidad del matrimonio se basa en la consideración social del mismo por otros, más que en la intención subjetiva de celebrarlo, por lo que para la ley tenía mayor importancia la solemnidad del acto social y la constitución de la dota, que la apreciación subjetiva de los contrayentes. Ideas que aún conservamos en la costumbre y cultura social en torno a los ritos y celebraciones del matrimonio. *manus y matrimonio* en D'Ors Javier, *Derecho Privado Romano,* Sexta ed. (1986) ED. UNIVERSIDAD DE NAVARRA. PARR. 218.

[22] Estas posturas analizadas desde una perspectiva construccionista verifican que debido a la costumbre social se creo una verdad sobre el matrimonio a partir de la estructura del lenguaje y su significado. Gergen, 1988, citado en Garay, A., Iñiguez, L., & Martínez, L. M. (2005). La perspectiva discursiva en psicología social Disponible en: *http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/240*

[23] Ver. Ayuso Miguel, *Algunas reflexiones (políticas) sobre la naturaleza del matrimonio y la familia*. En De matrimonio. coord, Ayuso, Miguel (2015) Marcial Pons, Buenos Aires. pp. 149 a 168.

de matrimonio como la sociedad de convivencia que finalmente equiparaba los derechos y obligaciones del mismo pero no podía llamarse matrimonio, lo que resultó muy cuestionable porque finalmente se continuaba obstaculizando el derecho a casarse, y en cambio solo se reconocía el derecho a convivir en pareja.

Sin embargo, dicha propuesta no cumplía con el mandato universal de dar acceso al derecho a casarse en igualdad de circunstancias y sin discriminación alguna, de ahí que la Corte Constitucional mexicana al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010 que analizó las reformas al Código Civil del entonces Distrito Federal[24], después de un vasto y profundo estudio, concluyó que si bien, históricamente, el matrimonio, como institución civil, ha sido tradicionalmente reconocido como el celebrado entre un hombre y una mujer, así como la base primaria de la familia y, como tal, ha sido objeto de una especial protección jurídica, el matrimonio no es un concepto inmutable o "petrificado" y, por tanto, no es concebible que su conceptualización tradicional no pueda ser modificada por el legislador ordinario, para incluir otro tipo de uniones de acuerdo a la realidad social.

Posteriormente, la Primera Sala de la Suprema Corte mexicana, cuya competencia es precisamente el derecho civil y familiar, construyó diversos criterios jurisprudenciales a partir del análisis constitucional a las legislaciones estatales que a contrario de la legislación del entonces Distrito Federal, continuaban definiendo al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, lo que representaba un obstáculo en el ejercicio del derecho a casarse por personas del mismo sexo. Entonces, retomando muchos de los razonamientos de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la Primera Sala estimó no existe razón constitucional para impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo[25], al igual que es dis-

---

[24] Engrose de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 fallada en sesión del 16 de agosto de 2010, por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: *http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx*

[25] Tesis: 1a./J. 46/2015 (10a.) de rubro: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO. Época: Décima Época Registro: 2009922 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Se-

criminatorio definir en la ley al matrimonio únicamente con fines de procreación[26], que las normas civiles que definen al matrimonio como el celebrado entre un solo hombre y una sola mujer se encuentran basadas implícitamente en una categoría sospechosa y por ende resultan discriminatorias[27], así como que el establecimiento de figuras que legalizaran uniones de parejas sin llamarle matrimonio era práctica completamente discriminatoria[28].

Criterios que al constituirse en jurisprudencia resultan vinculantes para todos los entes del Estado, no obstante persiste la

manario Judicial de la Federación Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional, Civil Página: 253

26 Tesis: 1a./J. 85/2015 (10a.) de rubro: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO QUE CONTENGA LA PROCREACIÓN COMO FINALIDAD DE ÉSTE, VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.
Época: Décima Época Registro: 2010675 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional Página: 184

27 Tesis: 1a./J. 84/2015 (10a.) de rubro: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE DEFINEN LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO COMO LA QUE SE CELEBRA ENTRE UN SOLO HOMBRE Y UNA SOLA MUJER, CONTIENEN UNA DISTINCIÓN CON BASE EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. Época: Décima Época Registro: 2010676 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional Página: 186

28 Tesis: 1a./J. 67/2015 (10a.) de rubro: EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DEL MATRIMONIO. EL HECHO DE QUE EXISTA UN RÉGIMEN SIMILAR PERO DISTINTO AL MATRIMONIO Y QUE POR ELLO SE LES IMPIDA EL ACCESO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO ES DISCRIMINATORIO. Época: Décima Época Registro: 2010263 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II Materia(s): Constitucional Página: 1315
Tesis: 1a./J. 86/2015 (10a.) de rubro: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN. Época: Décima Época Registro: 2010677 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional Página: 187

resistencia del constructo social que concibe al matrimonio únicamente con la unión heterosexual, de ahí que actualmente ocurre un fenómeno no solo social sino jurídico manifestado en la dificultad de que en la práctica se registren matrimonios de personas del mismo sexo, cuando la legislación civil no se ha reformado, lo cual supone que aún falta el consenso de un significado común y plural para el vocablo matrimonio, para lo que quizás es necesario el transcurso del tiempo a fin de modificar la verdad social respecto al matrimonio y que esta así termine por compartir un significado acorde con el derecho universal a casarse, y se advierte que por lo pronto lo que sí perdura dentro del concepto de matrimonio es la idea de exclusividad de la pareja y compromiso de permanencia aunque como se verá a continuación esta permanencia no es obligatoria.

Del mismo modo, el contenido del principio de protección a la familia ha modificado el concepto de la misma, precisamente con el objeto de no discriminar a otras conformaciones que tienen derecho por igual a recibir la protección del Estado, incluso como se observó desde la modificación al artículo 4 constitucional en 1974, el legislador previó la cambiante dinámica familiar de acuerdo a la demanda social de participación activa de la mujer al trabajo no solamente doméstico, aunado que igualmente en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 la Suprema Corte de Justicia determinó que la protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger[29].

El derecho a casarse, no permanecer casado, o simplemente no casarse

Como segundo elemento en común al contenido del derecho a casarse y formar una familia, encontramos que es imprescindible

[29] Tesis: P. XXIII/2011 de rubro: FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES).
Época: Novena Época Registro: 161309 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIV, Agosto de 2011 Materia(s): Constitucional Página: 871

el ejercicio y goce del derecho mediante el acto libre y voluntario de la persona para contraer matrimonio, al igual que la libre decisión informada y responsable sobre tener o no hijos, a lo que agregaríamos que también existe la libertad para decidir no casarse.

El consentimiento en el matrimonio ha sido tratado por su regulación en semejanza a los requisitos para obligarse, por lo que para satisfacer la voluntad de contraer matrimonio se presupone cumplir con los requisitos de ley y no estar impedido o bien tener dispensa de ellos[30], en tanto la voluntad se expresa en el acto mismo del matrimonio y si bien puede estar viciada por un consentimiento nulo en razón de error o fuerza, se entiende

[30] A manera de ejemplo se exponen los impedimentos establecidos en el Código Civil Federal, destacando que probablemente los establecidos en las fracciones IX, V, VIII, resulten impedimentos que sí obstaculizan el derecho, el precepto dispone:
ARTICULO 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:
I.- La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;
II.- La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, del tutor o del juez, en sus respectivos casos;
III.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;
VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;
VIII.- La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias;
IX.- Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
X.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer;
De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

que al celebrarse el matrimonio en un acto voluntario y público se respeta la libertad plena del contrayente.

No obstante, la tradición civilista romana también limitó la decisión libre de los contrayentes al estatuir la figura de los esponsales o promesas de matrimonio que de no cumplirse generaban sanciones generalmente para cubrir gastos e indemnizaciones, pero al caer en desuso por la costumbre fueron derogadas de las legislaciones, lo que no ocurrió con la limitación a la decisión libre o derecho de no permanecer casado, acto que debe incluirse dentro del contenido del derecho humano a casarse, porque si retomamos la ideal del proceso psicológico de intersubjetividad es evidente que concebir solamente el deseo de pertenencia de los individuos a un grupo o de interacción interpersonal con otro, soslaya la posibilidad humana que implica que derivado del mismo proceso de intersubjetividad se puede establecer el rechazo a no pertenecer o bien a no compartir experiencias de la vida cotidiana con otro, luego se sigue que en el derecho a casarse está implícito también el derecho a no permanecer casado, el cual igualmente debe ejercerse en condiciones de igualdad sin discriminación y como manifestación de la voluntad, consciente y libre.

Este contenido del derecho a no permanecer casado sí desafió a la tradición jurídica de la disolución del matrimonio, la cual si bien permitía el divorcio, éste procedía solo bajo la actualización y demostración estricta de causales[31] típicas que hicieran necesaria la separación matrimonial, poco a poco la legislación civil adecuó la disolución matrimonial a diversas realidades matrimonia-

[31] Ver Tesis de rubro: DIVORCIO. PARA SU PROCEDENCIA LAS CAUSALES DEBEN QUEDAR Época: Séptima Época Registro: 242177 Instancia: Tercera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 30, Cuarta Parte Materia(s): Civil DEBIDAMENTE ACREDITADAS.
Tesis: de rubro: DIVORCIO, LAS CAUSALES DE, DEBEN INTERPRETARSE STRICTO SENSU.
Época: Sexta Época Registro: 271818 Instancia: Tercera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen XXVI, Cuarta Parte Materia(s): Civil Página: 93
Al haber establecido nuestro legislador causales de divorcio autónomas, se advierte el propósito de que éstas

les que llevaron a clasificar al divorcio de acuerdo a su necesidad drástica de separación de los cónyuges como el divorcio remedio o necesario, y a la posibilidad de realizar divorcio sin consecuencias de sanción como el de mutuo consentimiento, o separación por más de 2 años del hogar conyugal. Legislaciones de avanzada como la del entonces Distrito Federal en 2008, propusieron también un divorcio sin expresión de causa, el cual también ampliamente debatido por el colectivo social en pro de la defensa a la familia y a las garantías de legalidad y seguridad jurídica del consorte que sí deseaba continuar unido en matrimonio.

Empero, precisamente bajo la perspectiva del respeto a la libertad individual, nuevamente la Corte Constitucional mexicana avaló esa forma de divorcio unilateral, la que incluso no fue considerada en perjuicio de la familia sino por el contrario una forma de pacificar los conflictos familiares que ocurren precisamente por la dificultad de disolver el matrimonio[32].

Si bien pudiera resultar discutible la facilidad que la ley debe otorgar a la disolución del matrimonio en la medida que para contraerlo sí se establecen diversos impedimentos razonables y justificados como lo es la edad o la consanguinidad en línea recta, de acuerdo al último pronunciamiento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es contundente que dentro del derecho a casarse se reconoce el derecho a no permanecer casado, y con ello la libertad absoluta de los individuos para cambiar su estado civil.

En efecto, la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 73/2013 que se suscitó como consecuencia del arbitrio interpretativo de dos órganos de amparo respecto a la comprobación

[32] Ver Tesis: 1a. CCXXIII/2009 de rubro: DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CÓNYUGE. LOS ARTÍCULOS 266, 267, 282, 283, FRACCIONES IV, V, VI, VII Y VIII, 283 BIS, 287 Y 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 3 DE OCTUBRE DE 2008, QUE REGULAN SU TRAMITACIÓN, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE DEBIDO PROCESO LEGAL.
Época: Novena Época Registro: 165810 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXX, Diciembre de 2009 Materia(s): Civil Página: 280

estricta de causales de divorcio, determinó sin responder a la pregunta concreta de la contradicción que el establecimiento de causales de divorcio en la ley se traducía en una medida legislativa que restringe injustificadamente el derecho fundamental, toda vez que no resulta idónea para perseguir ninguno de los límites que imponen los derechos de terceros y de orden público en referencia a la protección familiar[33].

Criterio del cual se aprecia que el razonamiento toral de dicha conclusión giró en torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad y no así al contenido del derecho a casarse, porque se sostuvo que derivado de esta autonomía personal se reconoce la libre elección individual de los planes de vida, y por ello el Estado tiene prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija.

De ahí que hubiese sido ilustrados que el criterio reflejara también un análisis respecto al vínculo del derecho a la autodeterminación con el derecho a casarse y la derivación de este en la responsabilidad familiar a la que alude el artículo 4 constitucional en el entendimiento del constituyente de la libertad responsable de los ciudadanos de procurar el entorno familiar donde ocurren las más nobles aspiraciones y transformaciones de los ciudadanos. Esto con el fin de dotar de coherencia y sentido al derecho a no permanecer casado y su interrelación con el derecho a formar una familia, porque si bien la Primera Sala sostuvo que lo relativo a las consecuencias derivadas del divorcio se verán en sus vías correspondientes, finalmente la decisión de disolver el matrimonio por uno de los contrayentes impacta en la intersubjetividad familiar, por lo que es prácticamente imposible negar la conse-

[33] Ver Tesis: 1a./J. 28/2015 (10a.) de rubro: DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS).
Época: Décima Época Registro: 2009591 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 20, Julio de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional Página: 570

cuencia del divorcio en la decisión que atañe a otros aspectos a consecuencia de la separación familiar.

En suma, del contenido en común basado en la libertad de elección del derecho a casarse, no permanecer unido en matrimonio o bien la decisión de no casarse, se concibe más como parte de esa posibilidad de elección libre del diseño o plan de vida, en lugar de una vocación de cumplir con un fin social. Lo cual en su momento puede resultar en la elaboración de nuevos razonamientos para determinar el grado de responsabilidad individual por dichas elecciones, si es que comienzan a afectar el tejido social, en lo que quizás el derecho tenga que intervenir en una regulación futura.

El derecho a formar una familia o bien a no tenerla

Si bien es el matrimonio o la vida en pareja las formas más comunes de comenzar una familia de lazos biológicos mediante la descendencia directa, en la medida que en el derecho a formar una familia está implícito el derecho a la igualdad y no discriminación el goce de dicho derecho no solamente se ejercer mediante esa forma, sino que el Estado debe brindar las posibilidades de que las personas puedan formar una familia entendida en su multiplicidad de conformaciones como fue reconocido por la Corte Constitucional mexicana al avalar el matrimonio entre personas sin distinción de sexo.

Entonces al constar en la realidad social que la familia esencialmente consiste en un sistema de cooperación basado en la combinación de recursos humanos y materiales, esta encuentra múltiples formas de conformación porque su sistema básicamente consiste una acción humana e intersubjetiva basada en la cooperación e interdependencia de sus miembros, a fin de unir esfuerzos para el beneficio de sus integrantes. Luego, la clasificación de las familias puede resultar desde muy simple hasta muy compleja[34], en la medida que puede ser dividida y clasificada de-

[34] Una de las clasificaciones más aceptadas por la sociología es la propuesta por Leñero (2008) que distingue en: Familia Nuclear o primaria, familia semiextensa, familia extensa, familia restructurada y familia uniparental.

pendiendo precisamente de esa red de cooperación de auxilio, las jerarquías, el número de integrantes, las alianzas, la unidad domésticas y otras características de sus integrantes, pero todas se basan en el cooperación y residencia común que se establece en el mundo personal de cada individuo, por lo que no existe razón jurídica de limitar su tipología a un modelo único, de ahí que el principio de protección Estatal es un mandato que aplica a cualquier tipo de familia entendida como tal y las personas tienen la libertad de conformar la familia del modo en que lo deseen, o bien también el derecho a no hacerlo precisamente como un ejercicio libre y activo al proceso de intersubjetividad de acuerdo al plan de vida que se adopte.

Bajo esa óptica de plena igualdad en el deber de protección de la familia y de elección privada de libre de conformación familiar, la distinción de las figuras jurídicas que conforman un grupo familiar tiende a atenuarse, porque no existen privilegios para un modelo determinado[35], misma situación que ocurre con la elección de la forma o método que opte para formar una familia, por lo que el Estado debe priorizar en igualdad de condiciones las distintas formas en las que una persona puede conformar una familia[36], especialmente cuando se hace teniendo hijos, de ahí que

Leñero (2008) Mitos de la Familia y las intervenciones Familiares en Leñero L. (coord.) Políticas e intervenciones familiares. México: UAM.

35 Tesis: 1a. CXXXVIII/2014 (10a.) CÓNYUGES Y CONCUBINOS. AL SER PARTE DE UN GRUPO FAMILIAR ESENCIALMENTE IGUAL, CUALQUIER DISTINCIÓN JURÍDICA ENTRE ELLOS DEBE SER OBJETIVA, RAZONABLE Y ESTAR DEBIDAMENTE JUSTIFICADA.
Época: Décima Época Registro: 2006167 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Página: 795

36 Ver Tesis: P./J. 14/2016 (10a.) de rubro: ADOPCIÓN. EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY REGULATORIA DE SOCIEDADES CIVILES DE CONVIVENCIA DEL ESTADO DE CAMPECHE VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.
En la que se refleja el criterio de la Corte Constitucional mexicana respecto a que limitar la adopción a parejas heterosexuales y matrimonio es discriminatorio, porque existen otras formas de conformación familiar.
Época: Décima Época Registro: 2012586Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I Materia(s): Constitucional Página: 5

tendencia a flexibilidad la institución de la adopción como medio legal para formar una familia[37].

Y respecto al uso de tecnología para la procreación de descendencia, recientemente la Primera Sala de la Corte mexicana, desarrolló un criterio que si bien estuvo más enfocado al contenido de los derechos reproductivos y de identidad de un menor de edad, ilustran también el contenido del derecho a formar una familia libremente sin limitación alguna del método para llegar a ello, en tanto la Primera Sala determinó que la *voluntad procreacional* es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial[38], luego es claro que basta la voluntad de la persona para tener un hijo por medios biológicos naturales o asistidos en los que incluso puede ser que no se aporte el material genético y así sea acordado con el tercero que lo done, el que se respete el derecho a formar una familia y en automático se aplique el principio de protección del mismo que se interrelaciona naturalmente con otros derechos y principios como lo es el del interés superior del menor[39].

---

37 Tesis: P./J. 8/2016 (10a.) de rubro: ADOPCIÓN. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD SE BASA EN LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES, DENTRO DE LA CUAL SON IRRELEVANTES EL TIPO DE FAMILIA AL QUE AQUÉL SERÁ INTEGRADO, ASÍ COMO LA ORIENTACIÓN SEXUAL O EL ESTADO CIVIL DE ÉSTOS.
Época: Décima Época Registro: 2012587 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I Materia(s): Constitucional Página: 6

38 Tesis: 1a. LXXX/2018 (10a.)
VOLUNTAD PROCREACIONAL. FORMA EN LA QUE DEBE ACREDITARSE CUANDO LA LEGISLACIÓN RESPECTIVA NO REGULA LA FORMA EN LA QUE DEBA OTORGARSE (CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL APLICABLE EN LA CIUDAD DE MÉXICO).
.Época: Décima Época Registro: 2017286 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 55, Junio de 2018, Tomo II Materia(s): Civil Página: 981

39 Ver Época: Décima Época Registro: 2017287 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 55, Junio de 2018, Tomo II Materia(s): Constitucional Página: 981
Tesis: 1a. LXXIX/2018 (10a.) VOLUNTAD PROCREACIONAL. SU FUNDAMENTO DERIVA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR DE EDAD.

Sin duda ante la realidad social el contenido del derecho a formar una familia requerirá de mayor experiencia judicial en torno a los límites del mismo, dada la complejidad de las posibilidades médicas y genéticas, que se suma a la intervención de terceros para el logro del objetivo, por ejemplo la maternidad subrogada, por lo que dichas realidades plantean diversos desafíos jurídicos, de ahí que es pertinente tener en claro los elementos esenciales del derecho para responder a dichas inquietudes, al igual que falta también explorar las posibilidades de reconocer la decisión personal de elegir la familia a la cual se quiere pertenecer, incluso la decisión de no tener o pertenecer a familia alguna, toda vez que el proceso de identidad mediante la intersubjetividad no descarta la posibilidad de una vida en solitario, o incluso un compromiso no exclusivo de pareja sino otras formas y estructuras como la poligamia, u otras realidades familiares, lo que también plantea futuras intervenciones para la regulación jurídica de esas elecciones de conformación familiar o vida solitaria y cuestionamientos que deberán responder a si ésta identidad familiar se debe la misma protección estatal.

El derecho a la propiedad: de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a nuestros días, una revisión general*

Marycarmen Color Vargas

Sumario: Introducción. Alcances del derecho a la propiedad en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Alcances del derecho a la propiedad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Conclusión. Bibliografía

Introducción

La colección *Setenta voces sobre la Universalidad de los Derechos Humanos* se presenta en el marco del setenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El objetivo es resaltar el desarrollo de los derechos humanos a lo largo de las últimas décadas. En este ensayo se parte de la premisa de que el derecho a la propiedad es uno de los engranajes fundamentales para el ejercicio de la dignidad humana de todas las personas.

Dentro del contexto de la anterior afirmación, es importante remitirse a la importancia que el derecho a la propiedad ha tenido en el desarrollo de la jurisprudencia internacional para el pleno goce y ejercicio de otros derechos: si en un determina-

* Agradezco a Jared Velázquez Grunstein su colaboración en la investigación y realización de este documento.

do contexto social se impide que una persona o colectivo pueda aspirar a ser propietario de un bien (con todas las garantías que el Estado debe resguardar en este sentido) muy probablemente nos encontramos ante un escenario de violaciones a los derechos humanos.

El derecho a la propiedad ha estado sujeto a un amplio margen de interpretación. El contexto político internacional en el que se establecieron los tratados que dibujan los alcances de los derechos humanos fue tenso durante la Guerra Fría: el bloque occidental y el oriental tuvieron posiciones encontradas en la concepción de muchos derechos, pero quizá el derecho a la propiedad fue uno de los que resultaron ser más controversiales, pues en éste se vivían muchos de los escenarios que contraponían dos visiones de mundo.

La protección jurídica que el Estado brinda al derecho de propiedad de una persona o colectivo se relaciona íntimamente con el valor que esa persona o colectivo tiene para el propio Estado. Si en la posguerra se debatió sobre los alcances del derecho a la propiedad bajo la lógica de la discusión entre propiedad individual y propiedad colectiva (administrada por autoridades estatales) no menos interesante es la discusión contemporánea de corte liberal en donde se obvia la propiedad individual frente al Estado, pero se amplía la caracterización clásica sobre quién o quienes pueden ser *propietarios*, fortaleciendo las narrativas colectivas de titulares de derecho tradicionalmente invisibilizados, como son los pueblos indígenas.

En este sentido, es importante decir que el derecho a la propiedad tiene un fuerte vínculo de interdependencia con, por ejemplo, el derecho a la tierra y el derecho a la vivienda y de indivisibilidad con otros como el derecho a la alimentación, a la salud o al derecho a un nivel de vida adecuado.

El derecho a la propiedad también resulta de suma relevancia en el caso de las mujeres, en tanto que la tenencia de la tierra, por ejemplo, puede representar una importante herramienta género-transformativa. Sobre esta dimensión hay estudios muy interesantes como el que hace Sally Engle Merry, en el caso de un grupo de mujeres pobres en Hong Kong, quienes haciendo uso del derecho internacional de los derechos humanos lograron

prevalecer sobre el derecho consuetudinario chino que les prohibía heredar y ser propietarias de tierras de cultivo.[1]

Si se habla de los últimos treinta años, también resulta fundamental mencionar la trascendencia que este derecho ha tenido en la defensa y lucha de los pueblos indígenas; esto es notorio sobre todo para el caso del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Es en las reivindicaciones de los pueblos originarios donde se han gestado las discusiones jurídicas más interesantes en torno al derecho a la propiedad.

El presente trabajo es, en esencia, una revisión muy general de algunos de los criterios del Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos con respecto a los alcances del derecho a la propiedad. A lo largo del texto se mencionan los principales instrumentos normativos de los que se han nutrido ambos sistemas cuando analizan este derecho; así como algunos casos paradigmáticos (primordialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Particularmente, se hará énfasis en los cambios que ha habido en las ideas de *propiedad individual y colectiva,* pues esta discusión es de suma relevancia para la construcción jurídica y alcances del derecho a la propiedad.

Alcances del derecho a la propiedad en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fue el primer instrumento jurídico internacional de la posguerra donde se rescata el derecho a la propiedad como una condición necesaria para el pleno ejercicio de la dignidad humana. Después de la Segunda Guerra Mundial, en donde se encuentran bien documentadas graves violaciones al derecho a la propiedad, no parece de extrañar que la DUDH planteara este derecho de manera extensiva. En el artículo diecisiete del documento se afirma que:

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

[1] (Merry, 2010)

Ya en la DUDH se dibuja un entendimiento colectivo de la propiedad, que contrasta con la concepción decimonónica de muchos instrumentos normativos anteriores que caracterizan al propietario como aquel que posee títulos oficiales sobre la tierra.[2] En este sentido, podemos afirmar que la DUDH es un documento sin precedentes, pues marca el inicio de una nueva concepción sobre el derecho a la propiedad.

Sin embargo, como se ha mencionado antes, el contexto internacional que se vivía en la Guerra Fría hizo que el derecho a la propiedad no figurara en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dos de los principales instrumentos que comenzaron a exigir a los Estados el respeto, protección y garantía de los derechos enunciados en la DUDH. La concepción misma de la idea de *propiedad* resultaba demasiado incómoda en las negociaciones entre el bloque occidental y oriental.[3]

Las plataformas de enunciación ideológica son aspectos que deben resaltarse al momento de analizar, con una perspectiva histórica, los distintos enfoques que han determinado el ámbito del derecho a la propiedad.[4] Si se pasa esto por alto y se habla de los alcances de este derecho humano en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, desde la óptica de la propiedad individual, podemos observar que el derecho a la propiedad se ha supeditado a la idea de propiedad industrial e in-

[2] (Gilbert, 2013)

[3] Ibidem p. 126

[4] Uno de los aspectos para profundizar en este tema es aquel que se relaciona con la capacidad de los Estados (reconocida implícitamente en el artículo 17 de la DUDH) para la expropiación, siempre y cuando ésta se justifique con base en un interés social sustantivo y se adscriba a la normatividad y lógica de compensación establecida por el derecho internacional. No es difícil imaginar que, en el contexto histórico de la Guerra Fría y los procesos independentistas de las décadas de los sesenta y setenta, este aspecto generara un intenso debate en los organismos internacionales, dada las transferencias realizadas por inversión extranjera directa de países del primer mundo a las antiguas colonias. Dentro de esta estructura, se puede consultar la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1962.

telectual y a la propiedad sobre bienes muebles e inmuebles.[5] Sin embargo, también se ha recocido –desde el vértice de la universalidad de los derechos y de la igualdad y no discriminación– el derecho a la propiedad de personas en situaciones de vulnerabilidad o históricamente discriminadas como las refugiadas, apátridas, migrantes, con discapacidad o las mujeres. Así, por ejemplo, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 se reconoce que el problema de la asignación de títulos de propiedad puede abordarse desde una perspectiva de género, pues se sostiene en los artículos 15 y 16 que debe reconocerse "los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de bienes tanto a título gratuito como oneroso".[6]

También es importante hacer mención que algunos instrumentos del Sistema Universal (se enumerarán los principales más adelante) reconocen el papel que el derecho a la propiedad tiene para el progreso, el desarrollo social y el desarrollo rural.[7]

En lo que se refiere a la propiedad colectiva, para el caso del Sistema Universal se puede referir al Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, donde se protege el derecho de propiedad y de posesión sobre sus tierras y territorios; asimismo, se aborda el problema del desalojo forzoso y el de la consulta como un derecho procedimental para salvaguardar sus derechos y particularmente para el ejercicio de su derecho a la libre determinación.

---

5 (Rodríguez, 1993). p. 13

6 Ibidem, p.13. Para mayores referencias puede consultarse: OHCHR & UN Women, *Realizing women's right to land and other productive resources*, United Nations, 2013.

7 En este sentido puede revisarse la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969. También habría que mencionar que la Organización Internacional del Trabajo establece una relación entre propiedad y trabajo al entender al salario, por ejemplo, como uno de los frutos de la labor del trabajador, cuya propiedad no puede ser violentada por entidades estatales o por particulares. Las utilidades pueden ser comprendidas como *propiedad*, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia de diversos Sistemas de Protección.

Por lo que respecta a los principales instrumentos normativos inscritos al ámbito de incidencia del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, se pueden referir (además de la DUDH[8]) a la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951[9] y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954[10], instrumentos pensados para la defensa de los derechos de las personas refugiadas y apátridas; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965,[11] en donde se ha énfasis en la inequitativa distribución de títulos de propiedad por motivo de raza; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familias de 1990,[12] que como su nombre lo indica, propone el reconocimiento de la propiedad en los escenarios sociales que llevan a las personas migrantes a abandonar su lugar de origen. Un instrumento reciente es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, en donde se protege la propiedad intelectual de las personas con discapacidad y se obliga a los Estados parte a garantizar que no sean sujetas de desposeimiento arbitrario de sus bienes.

Como ya se ha referido, dado el contexto político en el que se desarrollaron el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estos instrumentos no hacen referencia expresa al derecho a la propiedad, pero a la postre los órganos encargados de vigilar su cumplimiento sí han desarrollado un importante entramado de estándares internacionales a partir de sus observaciones generales y de la resolución de casos individuales relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y, con ello, del derecho a la propiedad colectiva. En este sentido, resulta relevante la Obser-

8 Artículo diecisiete, Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948).

9 Artículo 13 y 14, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (ONU, 1951).

10 Artículo 13 y 14, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (ONU, 1954).

11 (Rodríguez, 1993), p. 13

12 Artículo 15, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (ONU, 1990).

vación General Número 23, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[13], en la que se reconoce que el ejercicio de los derechos culturales por parte de los pueblos indígenas está relacionado con el uso de recursos y territorios. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales apunta, en la Observación General Número 14, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel de salud, que la ruptura de la relación simbiótica de los pueblos indígenas con la tierra ejerce un efecto perjudicial sobre la salud de sus poblaciones (refiriéndose al desplazamiento de estas poblaciones por actividades relacionadas con el desarrollo).

También el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Observación General No. XXIII establece la necesidad de que los Estados reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, así como la obligación de repararles cuando estos derechos hayan sido violados.

La óptica de la propiedad colectiva, aunque lleva muchos años discutiéndose en espacios internacionales, encontró su afluente más contundente en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Naciones Unidas del 2007. Por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostiene en su artículo 26.2 que "los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma."[14] Además, refiere que "los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción

[13] Si bien el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos no hace una mención expresa del derecho a la propiedad, es interesante cómo se ha abordado el tema de la propiedad colectiva a través de los Protocolos Facultativos y la interpretación extensiva de la propiedad a partir del reconocimiento del derecho a la tierra o la consulta.

[14] (ONU, 2007).

del regreso".[15] Además, este instrumento hace evidente que el derecho a la consulta es un derecho que deriva de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, especialmente, a sus derechos a la libre determinación, las tierras, los territorios y los recursos naturales, asimismo, contribuye a salvaguardarlos[16].

En relación con la dimensión colectiva del derecho a la propiedad mencionaremos dos casos individuales del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos en los que se aborda este derecho a partir su indivisibilidad e interdependencia con otros derechos humanos[17].

Si hablamos, por ejemplo, de la relación entre derecho a la propiedad y el derecho a la autodeterminación, encontramos el caso Ominayak y Lake Lubicon Band vs. Canadá.[18] En este caso, el goce de los recursos naturales y el territorio se garantiza plenamente a través del reconocimiento de las actividades económicas y sociales que eran parte de la cultura ancestral de los Ominayak, luego de que el Estado de Alberta otorgará derechos de arrendamientos para la explotación de recursos naturales a empresas privadas: el derecho a la propiedad comienza a gestarse dentro del ámbito de la autodeterminación y el reconocimiento cultural.

En el caso Ilmari Länsman y otros vs. Finlandia, aunque el Comité de Derecho Humanos no encontró una violación, si reafirmó que la actividades económicas o formas de subsistencia están protegidas por el artículo 27 de la Pacto de Derechos Civiles y Políticos y que el artículo protege su acceso a las tierras, así como su control sobre éstas cuando ese acceso o control tiene una base en actividades económicas tradicionales o en su vida cultural. También estableció que al autorizar permisos para actividades económicas privadas los Estados están obligados a asegurar que estas actividades no interfieran sustancialmente con los usos y costumbres de los pueblos indígenas[19].

15 (ONU, 2007).

16 (Tauli-Corpuz, 2018)

17 (OHCHR, 2015)

18 (Góngora Maas & Quintana Osuna, 2017), p.83.

19 (Comité de derechos humanos , 1994)

Alcances del derecho a la propiedad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Como se ha referido, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) los alcances del derecho a la propiedad se establecieron también bajo distintas concepciones ideológicas[20]. Cuando en la segunda mitad del siglo XX se discutía sobre la mejor forma de potenciar el fortalecimiento del engranaje económico e institucional de una determinada nación, la línea de discusión internacional era una gradación entre la estatización y la desregulación de la participación estatal; estas concepciones implicaban efectos concretos para los actores privados con títulos de propiedad. La anterior tesitura estructuró la significación del derecho a la propiedad en el marco de la Asamblea General de la ONU.

En el caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA) esto no fue menos controversial, pues se lidiaba con posturas muy polarizadas entre las distintas delegaciones, que oscilaban entre la asignación de más facultades a los Estados para el desposeimiento de bienes o la protección extensiva de las garantías de los inversores nacionales y extranjeros: algunos representantes nacionales, sobre todo si se piensa en el contexto latinoamericano, desconfiaban de la participación de capital extranjero en su propia economía o de la pertinencia de colaborar en foros y organismos internacionales.

Tanto la CIDH como la Corte IDH no se han abocado especialmente al desarrollo de interpretaciones sobre el derecho a la propiedad cuando éste se circunscribe a la esfera del ámbito individual. El ámbito de la propiedad colectiva ha sido en el que el SIDH ha mostrado un carácter más garantista e innovador. Sin embargo, a pesar de esto existe jurisprudencia interesante, como la sentencia del caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*[21].

Los alcances del derecho a la propiedad para el caso del SIDH se entienden, principalmente, a partir de lo establecido en la *De-*

[20] (Escarcena, 2015), pp.3-6.

[21] (Corte IDH, 2001)

claración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Es pertinente también mencionar que en el artículo 21 de este último instrumento se señala que la propiedad comprende el goce del usufructo de dicha propiedad, lo que remarca el entendido de que algunos bienes pueden ser de índole intangible. La Corte Interamericana reflexionó ampliamente sobre este aspecto en el ya referido caso Bronstein.

Otro alcance del derecho a la propiedad es el que se relaciona con el derecho a un nivel de vida adecuado: en el artículo 23 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se señala que la propiedad debe ser la "correspondiente a las necesidades de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".[22]

La CIDH y en especial la Corte IDH han entendido el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas a partir de novedosos abordajes, en donde se entiende, por ejemplo, que para los pueblos originarios "la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras[23]". Más adelante se mencionarán casos ilustrativos sobre la visión de la Corte IDH.

Se ha mencionado ya que la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* son dos de los instrumentos que abordan el derecho a la propiedad en el marco de incidencia del SIDH. Otros tratados en los que se hace referencia particular al derecho a la propiedad son la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer[24], la cual establece a la necesidad de la protección al patrimonio de las mujeres y la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores[25] que hace énfasis

22 (IX Conferencia Internacional Americana, 1948)

23 (Corte IDH, 2001)

24 (OEA, 1994)

25 (OEA, 2015)

en las vulnerabilidades de este grupo poblacional con respecto a su derecho a la propiedad.

La Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia[26], menciona expresamente que nadie puede ser privado de su propiedad por motivo de raza. En el mismo tenor está la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e intolerancia[27].

Por lo que respecta a los criterios judiciales que se han desarrollado en el SIDH, se hará mención a algunos casos relevantes. Desde una perspectiva individual de la propiedad está el caso *Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú*[28]. Un empresario de origen israelí, naturalizado peruano y accionista mayoritario en un canal de televisión, padeció la cancelación de su nacionalidad peruana, luego de que la televisora presentara una serie de documentales críticos sobre la gestión de Alberto Fujimori. Esto permitió que las autoridades peruanas suspendieran su condición de accionista mayoritario del canal de televisión. La sentencia de la Corte IDH es relevante porque rescata la noción de bienes inmateriales ya expresada en el artículo 21 de la Convención Americana, en el sentido de que se consideró la participación accionaria parte del patrimonio, al cual Bronstein tenía derecho de uso y goce: el caso se analiza considerando si detrás de los hechos denunciados, existía un caso de expropiación indirecta[29].

En *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*[30] y *Cinco pensionistas vs. Perú*[31] se discute sobre un caso de expropiación y un cambio retroactivo en el régimen de pensiones de cinco ex trabajadores. Algunos aspectos a resaltar sobre el análisis de la Corte IDH en estos casos son los siguientes: si bien es cierto que la Corte afirmó en *Salvador Chiriboga* que Ecuador había actuado bajo la lógica de

[26] (OEA, 2013)

[27] (OEA, 2013)

[28] (Corte IDH, 2001)

[29] (Escarcena, 2015), p. 547-549

[30] (Corte IDH, 2008)

[31] (Corte IDH, 2003)

un interés colectivo legítimo, no se había cumplido el requerimiento de compensación adecuado derivado de la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana. Asimismo, en cinco pensionistas, se entiende que el derecho de propiedad garantiza también el derecho a la cesantía.

Si hablamos de propiedad colectiva, una copiosa jurisprudencia enriquece los alcances del derecho a la propiedad en el SIDH. La Corte Interamericana ha conocido diversos casos específicamente sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas a la propiedad, la tierra, sus territorios y recursos naturales. Algunos de estos son: Awas Tingni Vs. Nicaragua, Yakye Axa Vs. Paraguay, Moiwana Vs. Suriname, Sawhayomaxa Vs. Paraguay, Saramaka Vs. Surinam y Xamox Kasek Vs. Paraguay, Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname y el pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil.

Algunos de los criterios relacionados con la propiedad de los pueblos indígenas[32] que ha tomado la Corte son:

- Mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables (artículo 29.b de la Convención Americana) que prohíben una interpretación restrictiva de los derechos, la Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad comunal.[33]
- -El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento de la propiedad comunal.[34] Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derecho son: a) deben ser establecidas por la ley; b) deben

[32] Un análisis sobre algunas de esta sentencia se encuentra a mayor detalle se encuentra en: (Aragón & Color Vargas, 2014).

[33] (Corte IDH, 2001) párr. 148.

[34] (Corte IDH, 2001) párr. 151

ser necesarias; c) deben ser proporcionales; y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. [35]

- Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.[36]

- La Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses entre propiedad comunal y propiedad indígena deberá realizarse un "juicio de proporcionalidad", para el cual habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.[37]

- La Corte ha referido que también se deberá considerar si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Si se decide dar prioridad a la propiedad privada sobre la comunal, deberá ofrecerse a la comunidad tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie y la comuni-

[35] (Corte IDH, 2005) párr. 141.

[36] Ibidem, párr. 146.

[37] (Corte IDH, 2006)

dad deberá poder participar de cómo se dará esa reparación.[38]

- Sobre la posesión de las tierras indígenas la Corte ha establecido los siguientes criterios: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.[39]

- También ha concluido que el Estado debe liminar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas[40]; el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio[41]; el Estado debe garantizar

38 (Corte IDH, 2007) párr. 128.

39 (Corte IDH, 2006) párr. 128.

40 Para más información se puede consultar el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (Corte IDH, 2001), párr. 164 y el caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras* (Corte IDH, 2015), párr. 105.

41 Para más información se puede consultar el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (Corte IDH, 2001), párr. 164 y el caso *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam* (Corte IDH, 2015), párr. 132.

el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros[42]; y, el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales[43]. Con respecto a lo señalado, la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra[44].

- El derecho a solicitar la devolución o restitución de las tierras puede prescribir, a menos que se demuestre que las comunidades indígenas mantienen todavía una relación con las tierras.[45]

- La Corte ha precisado sobre la obligación del Estado de garantizar el uso y goce efectivo del derecho a la propiedad indígena o tribal, para lo cual pueden adoptarse diversas medidas, entre ellas el saneamiento. La Corte ha determinado que cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión; en particular, a través de la posesión plena del legítimo propietario y, de ser procedente mediante el pago de mejoras y la reubicación de los terceros ocupantes para garantizar el uso y goce pacífico y efectivo de su dominio pleno de la propiedad colectiva. [46]

---

42 Para más información se puede consultar el caso *Pueblo Saramaka Vs. Suriname* (Corte IDH, 2007) párr. 115 y el caso *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname* (Corte IDH, 2015), párr. 132.

43 Para más información se puede consultar el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (Corte IDH,2012), párr. 146 y el caso *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname* (Corte IDH, 2015), párr. 132.

44 Para más información se puede consultar el caso de *Comunidad Moiwana Vs. Surinam* (Corte IDH, 2015), párr. 211 y el caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras* (Corte IDH, 2015), párr. 105.

45 Para más información se puede consultar el caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras* (Corte IDH, 2015), párr. 133.

46 Ibidem (Corte IDH, 2015), párr. 181

Conclusión

La plataforma de conocimiento de los derechos humanos suele pasar por alto el derecho a la propiedad en sus reflexiones. Sin embargo, la protección de bienes individuales y colectivos, con consideraciones a las dimensiones culturales, es un engranaje clave para poder hablar plenamente de un Estado de derecho.

Históricamente, podemos entender el respeto al derecho a la propiedad como un termómetro sobre las violaciones a los derechos humanos: ahí donde empieza a violentarse este derecho, ya sea en la esfera individual o colectiva, se puede hablar de cierto talante refractario a la plena observancia de los derechos humanos. Dimensionar la importancia del respeto a la propiedad en las discusiones y foros de derechos humanos es una tarea pertinente e interesante.

Bibliografía

Aragón , O., & Color Vargas, M. (2014). *Derechos Humanos en la Constitución Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana.* México: IIJ-UNAM/ SCJN/ Fundación Konrad Adenauer.

Comité de derechos humanos. (08 de Noviembre de 1994). *Ilmari Länsman y otros Vs. Finlandia.* Comunicación No. 511/1992. CCPR/C/52/D/511/1992. Disponible en http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/511-1992.html:

Corte IDH. (29 de Marzo de 2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 146. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Corte IDH. (31 de Agosto de 2001). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No.79. Disponible en: Corte IDH: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Corte IDH. (6 de Febrero de 2001). *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 74. Disponible en : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf

Corte IDH. (28 de Febrero de 2003). *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 98. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf

Corte IDH. (17 de Junio de 2005). *Caso Comunidad indígena Yakye Axa. Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 125. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Corte IDH. (28 de Noviembre de 2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 172. Diponible en : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte IDH. (6 de Mayo de 2008). *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 179. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf

Corte IDH. (27 de Junio de 2012). *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 245. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Corte IDH. (15 de Junio de 2015). *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 124. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

Corte IDH. (8 de Octubre de 2015). *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 305. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf

Corte IDH. (25 de Noviembre de 2015). *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas* Serie C No. 309. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

Escarcena, S. L. (2015). *La propiedad, su privación y restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Revista lus et Praxis*, pp. 533-536.

Gilbert, J. (2013). *Derecho a la Tierra como Derecho Humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra. Revista Sur,* pp. 123-145.

Góngora Maas, J. J., & Quintana Osuna, K. (2017). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en los Sistemas de Derechos Humanos.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Merry, S. E. (2010). *Derechos humanos y violencia de género. El derecho internacional en el mundo de la justicia local.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores /Universidad de los Andes.

OEA. (30 de Abril de 1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* Bogotá: OAS. IX Conferencia Internacional Americana. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

OEA. (9 de Junio de 1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.* Resolución: AG/RES.1257 (XXIV-O/94).Belem Do Para: OAS. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/belem-do-para-convencion-prevenir-sancionar-erradicar-violencia-mujer.pdf

OEA. (7 de Junio de 1999). *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.* Resolución: AG/RES. 1608 (XXIX-O/99). Guatemala: OAS. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-eliminacion-discriminacion-discapacidad.pdf

OEA. (5 de Junio de 2013). *Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.* Resolución: HYPERLINK "http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2805_XLIII-O-13.pdf" \t "_blank" AG/RES. 2805 (XLIII-O/13) . La Antigua: OAS. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-interamericana-racismo-discriminacion-intolerancia.pdf

OEA. (5 de Junio de 2013). *Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.* Resolución: HYPERLINK "http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2804_XLIII-O-13.pdf" \t "_blank" AG/RES. 2804 (XLIII-O/13) . La Antigua: OAS. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-interamericana-toda-discriminacion-intolerancia.pdf

OEA. (14 de Junio de 2016). *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.* Resolución: AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). Santo Domingo: OAS. Disponible en: https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf

OEA. (15 de Junio de 2015). *Convención interamericana sobre las protección de los derechos humanos de las personas mayores.* Resolución: AG/RES. 2875 (XLV-O/15)AG06871. Washington: OAS. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

OHCHR & ON Women. (2013). *Realizing Women´s Rights to Land and other Productive Resources.* New York: United Nations. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RealizingWomensRightstoLand.pdf

OHCHR. (2015). *Land and Human Rights: Annotated Compilation of Case Law.* New York: United Nations. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Land_HR-CaseLaw.pdf

ONU. (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Resolución 217 A (111). Paris: United Nations. Disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

ONU. (28 de Julio de 1951). *Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados.* Resolución 429 (V). Geneva: United Nations. http://www.acnur.org/5b0766944.pdf

ONU. (Septiembre de 28 de 1954). *Convención sobre la el Estatuto de las Apátridas.* Resolución 526 A (XVII) New York: United Nations: http://www.acnur.org/5b43cea54.pdf

ONU. (11 de Diciembre de 1969). *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.* Resolución 2542 (XXIV) New York: United Nations. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ProgressAndDevelopment.aspx

ONU. (18 de Diciembre de 1990). *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.* Resolución 45/158. New York: United Nations. Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx

ONU. (13 de Septiembre de 2007). *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.* Resolución 61/295. New York: United Nations. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html

ONU. (17 de Julio de 2018). *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas Victoria Tauli-Corpuz.* A/73/176. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/176

Rodríguez, L. V. (1993). *El derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva.* Ginebra: Asamblea General de la ONU, Comisión de Derechos Humanos , 50 período de sesiones, Tema 7 del programa provisional.

El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

*Yuria Saavedra Álvarez**

Sumario: Introducción. 1. La libertad de pensamiento, conciencia y religión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 2. La libertad de pensamiento, conciencia y religión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 3. La libertad de pensamiento, conciencia y religión en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión tiene una larga tradición tanto en el derecho interno[1] como en el

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestra en Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos por la Universidad de Utrecht, Países Bajos; Maestra en Criminología y Justicia Penal por la Universidad de Oxford, Inglaterra; y, Doctorante en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Tutora de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-México), y especialista en derechos humanos.

1 Cfr. Krishnaswami, Arcot, "Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de prácticas religiosas", Relatoría Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, 1960, pp. 4-11.

internacional.[2] Incluso hay razones para afirmar que el origen de la idea general de los derechos humanos radica en la larga historia de protección a las minorías religiosas.[3]

En realidad, los estados no consideran difícil permitir a sus ciudadanos la libertad de pensar. La dificultad comienza con el derecho a expresar nuestra convicción, el derecho a organizarnos como comunidad para promover una religión o creencia y el derecho a actuar de acuerdo con nuestras propias conciencias. Por ello, los verdaderos problemas relativos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión no se refieren al núcleo del derecho en sí, a la libertad del foro interno o a un estado interno de la mente, sino a cuestiones que también se relacionan con otros derechos humanos. La interdependencia del derecho que se debate con otros derechos humanos, incluida la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación, es evidente. Del mismo modo, la no discriminación y los derechos de las minorías no pueden separarse de la libertad de religión y de conciencia. En tal sentido, este derecho es un ejemplo particularmente claro del hecho de que los derechos humanos no se pueden aislar unos de otros sino que se realizan sólo como una totalidad.

En este pequeño trabajo me refiero a los términos "pensamiento", "conciencia" y "religión" de manera sucinta, y cómo los

[2] Cfr. Krishnaswami, Arcot, "Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de prácticas religiosas", *op. cit*., pp. 11-12; Partsch, Karl Josef, "Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms", en Henkin, Louis, (comp.), *The International Bill of Rights, The Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981, p. 209; Lillich, Richard B., "Civil Rights", en Meron, Theodor (comp.), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 158-159; y Humphrey, John P., "Political and Related Rights", en Meron, Theodor (comp.), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 176.

[3] Cfr. Daes, Erica-Irene A., "The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights. A Contribution to the Freedom of the Individual under Law", Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities of the United Nations, E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2, 1983, pp. 1-2.

redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ("DUDH") lograron, no obstante, un consenso sobre los mismos. Además, hago un recuento de los trabajos preparatorios que llevaron a la aprobación de lo que hoy día es el artículo 18 de la DUDH y cómo el derecho reconocido en esta disposición se encuentra en otros instrumentos internacionales y regionales en la materia. Finalmente, hago unas pequeñas conclusiones sobre el tema.

1. La libertad de pensamiento, conciencia y religión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

La DUDH no define los términos "pensamiento", "conciencia" y "religión". En conjunto, estos términos abarcan "todas las actitudes posibles del individuo hacia el mundo, hacia la sociedad y hacia lo que determina su destino y el destino del mundo, ya sea una divinidad, un ser superior de razón y racionalismo, o casualidad"[4] (traducción propia). Los países difieren mucho entre sí en la cuestión de las relaciones entre el Estado y las comunidades religiosas. En estas circunstancias, es sorprendente que diferentes estados hayan podido llegar a un acuerdo sobre una fórmula común. Según Partsch:

> Los ateos pueden haber estado satisfechos de ver que el "pensamiento" y la "conciencia" preceden a la "religión". Los liberales pueden haber estado complacidos de ver las tres libertades en un nivel igual sin preferencia por ninguna de ellas. Las personas fuertemente religiosas pueden considerar que el "pensamiento y la conciencia" no corresponden a la religión en general, sino a la única religión verdadera a la que se adhieren[5] (traducción propia).

El artículo 18 de la DUDH se rige por la idea subyacente de que una pluralidad de ideologías religiosas y seculares deben poder vivir pacíficamente y aseguradas por el Estado. Si se revisan

[4] Partsch, Karl Josef, "Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms", *op. cit.*, p. 213.

[5] *Ibidem.*, p. 210.

los trabajos preparatorios, en lo que concierne a los redactores, esta disposición no tiene como tarea proveer la religión a las personas ni promoverla, sino proporcionar el marco dentro del cual cada persona o grupo es libre de practicar una determinada religión, si así lo desean. Para finales de la década de 1940, este enfoque fue muy progresivo ya que, incluso, las constituciones más avanzadas de esa época tenían, en el mejor de los casos, un enfoque mixto. Esa visión fue muy complicada porque en varios estados se hacían concesiones a determinadas religiones o los estados patrocinaban algunas de ellas, aunque se permitía a grupos religiosos minoritarios total libertad para practicar su propia religión dentro de este marco de una religión oficial, dominante o preferida.[6] Precisamente por no compartir esa perspectiva antes bien mixta y, por lo tanto, ambigua, la DUDH en materia de religión fue muy adelantada a su tiempo.

2. La libertad de pensamiento, conciencia y religión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[7]

En la concesión de derechos para practicar una religión, la DUDH no considera el estado mayoritario o minoritario como un factor relevante. Una persona que pertenece a una religión dominante no tiene derechos religiosos que un miembro de una religión minoritaria no tenga. El documento es neutral con respecto a cuestiones de religión, al igual que en cuestiones de género. En lugar de suponer que existe una religión patrocinada o promovida por el Estado, el artículo 18 señala que toda persona, cualquiera que sea su preferencia religiosa o secular, tiene " derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la

[6] Cfr. Commission on Human Rights, Drafting Committee, Fourth Session, E/CN.4/AC.4/1/6/Add.1/p. 1.

[7] En esta sección los documentos consultados se encuentran originalmente en idioma inglés. Las traducciones al español son propias de la autora.

libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia." Por lo tanto, lo que hace este artículo es establecer el marco dentro del cual cada persona es libre de practicar la religión de su elección, solo o con otras personas afines.

Fue para crear ese marco para el pluralismo que en la Primera Sesión del Comité de Redacción de la DUDH que los delegados prefirieron una propuesta británica bastante larga y detallada sobre una mucho más corta de Humphrey. La versión breve simplemente afirmaba que "habr[ía] libertad de conciencia y creencia, y de culto público y privado".[8] La propuesta británica más larga incluía el derecho de todos a "cambiar su creencia", a "practicar solo o en comunidad con otras personas de ideas análogas, cualquier forma de culto y observancia religiosa" y a "dar y recibir cualquier tipo de enseñanza religiosa y esforzarse por persuadir a otras personas de edad madura y mente sana sobre la verdad de sus creencias, y en [que] en el caso de los menores, los padres o tutores ser[ían] libres de determinar qué enseñanza religiosa recibir[ían]".[9] Este artículo sentó el precedente de todos los detalles que finalmente se tienen en el artículo 18 actual. Malik captó el espíritu detrás de esta propuesta cuando instó a que "el Comité recono[ciera] el derecho fundamental de diferir de las convicciones humanas fundamentales, como en la religión, que existen en la misma entidad nacional. El hecho de que una sola nación esté obligada por el derecho internacional a reconocer la diversidad de puntos de vista fundamentales sobre cuestiones primordiales debía ser considerado un derecho esencial y fundamental".[10]

Por lo tanto, Malik sugirió que el primer párrafo del artículo señalara: "La libertad individual de pensamiento y conciencia para mantener o cambiar las creencias es un derecho absoluto

8 Commission on Human Rights, Drafting Committee, First Session, E/CN.4/AC.1/3, febrero de 1947.

9 Commission on Human Rights, Drafting Committee, First Session, E/CN.4/AC.1/3/Add.3, febrero de 1947.

10 Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.8, p. 13, febrero de 1947.

y sagrado".[11] Esta primera frase fue adoptada por el Comité, incluida en la reescritura de Cassin, y desde allí se presentó a la segunda sesión un segundo párrafo que afirmaba que "la práctica de un culto público y privado, las prácticas religiosas y las manifestaciones de convicciones diferentes [podían] estar sujet[as] únicamente a las limitaciones que [fueran] necesarias para proteger el orden público, la moral, y los derechos y libertades de los demás".[12] Geoffrey Wilson, el delegado del Reino Unido, proponía el derecho "a dar y recibir toda forma de enseñanza religiosa".[13] Se adjuntó una nota al respecto al informe del Comité. Este derecho a enseñar a otros encontró su camino de regreso a la Declaración en la Segunda Sesión de la Comisión. Bajo el patrocinio de Carlos Rómulo de Filipinas, la Segunda Sesión adoptó este segundo párrafo: "Toda persona tiene el derecho, ya sea solo o en comunidad con otras personas de ideas afines y en público o privado, de manifestar sus creencias en adoración, observancia, enseñanza y práctica."[14]

De esta manera, la propia estructura del artículo 18 es una de pluralismo y apertura a perspectivas diferentes. En este contexto, y porque el artículo hace tanto hincapié en los derechos religiosos, resulta casi sorprendente que el artículo no establezca explícitamente que las personas tienen derecho a no unirse o a no formar parte de una comunidad religiosa y a no tener ninguna creencia relacionada con ello. Bogomolov, el delegado de la entonces URSS, planteó esta cuestión en el Grupo de Trabajo de la Segunda Sesión. Argumentó que "en países donde la iglesia estaba separada del Estado, la enseñanza religiosa era un asunto privado. Además, tal artículo deb[ía] otorgar libertad de conciencia no sólo para la práctica de la religión sino también para la

11 Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.13, p.19, febrero de 1947.

12 Commission on Human Rights, Drafting Committe, E/CN.4/21, p. 77, 21 de julio de 1947.

13 Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.13, p.20, febrero de 1947.

14 Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.37, p.15, diciembre de 1947.

propaganda antirreligiosa".[15] Roosevelt respondió que "se había entendido en el Comité de Redacción que el primer párrafo del artículo 20 [18] cubría la plena libertad de conciencia tanto para los creyentes como para los ateos".[16] Si bien esto era cierto, dada la forma en que se redactó el artículo 18 finalmente, una declaración explícita en este sentido habría eliminado cualquier duda, tan es así que Emile Saint-Lot de Haití hizo el mismo comentario durante los debates posteriores de la Tercera Comisión. En "el nombre de la gran masa de librepensadores", observó que los redactores de este artículo habían intentado "proclamar no sólo la libertad de creencia, sino también el derecho del individuo a cambiar su creencia. [Era] asombroso que sus autores no [hubieran] pensado en hacerlo aún más claro al afirmar el derecho a no creer".[17]

Este derecho a ser ateo y todo lo que eso implica es, por supuesto, parte del derecho del artículo 18 a la "libertad de pensamiento" que al principio no se reconoció. Por lo tanto, la ubicación actual antes de "conciencia" y la "religión" es significativa, ya que abarca a las otras dos. Además, la sola presencia de la libertad de pensamiento plantea un problema importante, especialmente para los miembros de grupos minoritarios. En un momento de la Tercera Sesión, Malik, probablemente como una cuestión de supervisión, había dejado el punto del "pensamiento" en la primera oración del artículo. Pavlov lo señaló y Malik aceptó volver a colocarlo. Como una forma de lograr que el elemento se readmitiera, Cassin planteó retóricamente la pregunta de por qué alguien debería querer o necesitar tener el derecho humano a la libertad de pensamiento: "Se podría pensar", preguntó, "por qué la libertad del pensamiento interior debería ser protegida incluso antes de que se expresara".

Cassin respondió que "lo opuesto a la libertad interior de pensamiento era la obligación externa de profesar una creencia

---

15 Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.6/p. 7, febrero de 1947.

16 Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.6/p. 399, febrero de 1947.

17 Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.6/p. 7, febrero de 1947.

que no se tenía. Por lo tanto, la libertad de pensamiento debía estar formalmente protegida en vista del hecho de que era posible atacarla indirectamente".[18] Detrás de este derecho aparentemente inocuo yace el profundo derecho a no ser obligado a profesar una creencia o una ideología que uno no posee. Esta es una gran protección para los miembros de los grupos minoritarios ya que hay situaciones en las que se ven obligados a profesar una religión o ideología que no poseen para obtener o conservar un trabajo, adquirir una licencia de matrimonio, poder votar o para cambiar de domicilio. Más tarde, Cassin sugirió que, dado que "pensamiento" tenía esta profunda significación metafísica, debía figurar en primer lugar, lo que finalmente se hizo.

Algunas constituciones a finales de la década de 1940 protegían a sus nacionales contra las violaciones de este derecho. Así, el artículo 8 de la constitución portuguesa señalaba que "nadie esta[ba] obligado a responder preguntas sobre la religión que profesa[ra] a menos que [fuera] para una investigación estadística prescrita por ley".[19] El artículo 49 de la constitución suiza establecía que "la libertad de fe y conciencia ser[ía] inviolable. Nadie [estaba] obligado a tomar parte en ninguna sociedad religiosa o en ninguna instrucción religiosa, ni a emprender ningún acto religioso". De manera similar, la constitución española señalaba que nadie podía ser obligado a hacer declaraciones oficiales de sus opiniones religiosas.

Después de mucha discusión, la Tercera Comisión votó a favor de mantener en la DUDH el derecho a cambiar las convicciones religiosas. Esto se hizo a pesar de las fuertes objeciones de las delegaciones musulmanas y llevó a Arabia Saudita a abstenerse en la votación final sobre la DUDH. La discusión de ese derecho involucró problemas de proselitismo y el comportamiento de los misioneros en países extranjeros. Estos problemas a su vez llevaron a algunas delegaciones a pensar que las personas tienen derecho a estar protegidas contra el fanatismo, especialmente si los

[18] Commission on Human Rights, Drafting Committee, Summary Record, E/CN.4/SR. 60/p. 10, junio de 1948.

[19] Commission on Human Rights, Drafting Committee, Summary Record, E/CN.4/AC.1/SR.13, julio de 1947.

fanáticos son mayoría. En consecuencia, la delegación sueca presentó a la Tercera Comisión los siguientes argumentos y enmiendas: "Con el fin de proteger a las personas que tienen creencias religiosas diferentes a la religión oficialmente reconocida, o que no tienen ninguna creencia religiosa, contra las manifestaciones de fanatismo religioso, se propone que las siguientes palabras se agreguen al final de este artículo después de '... adoración y observancia': 'siempre que esto no interfiera indebidamente con la libertad personal de nadie'".[20] Esta enmienda no se discutió mucho, pero su propuesta sí delineó más el sentido del artículo 18.

A Alexander Contoumas, el representante griego, también le preocupaban las "prácticas desleales de hacer proselitismo" y señaló que "entendía que el representante de Suecia compartía sus aprensiones hasta cierto punto. Pero consideraba que el peligro de tales prácticas desleales era una amenaza, no sólo a los grupos minoritarios de un país dado, como lo había indicado Lindstrom, sino también a la mayoría religiosa". Además, también consideró que "si bien [era] cierto que todas las personas deb[ían] ser libres de aceptar o rechazar la propaganda religiosa a la que estaban sometidas, creía que el final deb[ía] ser poner a tal competencia desleal en la esfera de la religión".[21]

Dehousse, el delegado belga, preguntó acerca de la implicación exacta de la enmienda presentada por la delegación de Suecia que consideraba:

> "... vaga tanto en concepción como en forma: ¿cuál fue, precisamente, en el campo de la religión, el significado de la frase 'interferir indebidamente con la libertad personal de cualquier otra persona'? Al profesar o propagar una fe, uno podría, hasta cierto punto, interferir con la libertad de los demás tratando de imponerles una idea desconocida. Pero el proselitismo no se limitaba a ninguna fe o grupo religioso. Si era un mal, era necesariamente un mal del que todas las partes debían sufrir".

[20] United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/252, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

[21] United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/394, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

No podía aceptar la enmienda mientras sus intenciones exactas no estuvieran claras.[22] Aquino, de Filipinas, compartió la ansiedad de la delegación sueca para garantizar la protección efectiva del individuo contra las manifestaciones del fanatismo religioso. Era obvio que mientras los intentos de proselitismo religioso permanecieran dentro de los límites del orden público, la libertad de pensamiento no se vería amenazada: todo lo contrario, el libre intercambio de ideas religiosas era uno de los signos más saludables de libertad y democracia. Pero cuando la acción religiosa abandona el reino del pensamiento puro puede constituir una amenaza de la cual la sociedad humana debía ser protegida. Sin embargo, su delegación consideraba que el texto básico contenía todas las garantías deseables.[23] García Bauer, un delegado de Guatemala, también opinó que la enmienda sueca era "superflua porque el artículo 29 daba "todas las garantías necesarias a ese respecto".[24]

Ulla Lindstrom, la delegada sueca, intentó responder a estas objeciones diciendo que "se habían hecho observaciones similares [...] en relación con otros artículos y que, en algunos casos, se había decidido que era necesario reiterar principios que ya habían sido declarados," por lo cual ella deseaba mantener su enmienda.[25] Fue rechazada por 27 votos en contra.

Otro punto importante es el hecho de que la "religión" está en la lista de motivos por los cuales no se puede discriminar de conformidad con el artículo 2 de la DUDH. Significa que en la implementación de todos los artículos de este instrumento está prohibida cualquier limitación por motivo de afiliación o pensamiento religioso. La única calificación es la que menciona el artículo 29 en el sentido de que en "el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta

22 United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/395, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

23 United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/396, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

24 United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/402, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

25 United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/403, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática." Estos límites son válidos para todos, miembros de grupos mayoritarios y minoritarios por igual. Tienen todos los derechos en la DUDH y no se les puede prohibir el disfrute de tales derechos.

3. La libertad de pensamiento, conciencia y religión en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

3.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966

El artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("PIDCP") sigue claramente el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos.[26] El párrafo 1 es similar al artículo 18. El párrafo 3 deriva del artículo 29 de la DUDH, y el párrafo 4 concreta el artículo 26.3 de la Declaración. Partsch enfatiza que la comprensión del PIDCP requiere el conocimiento del desarrollo de la DUDH.[27]

Al igual que en la redacción de la DUDH, la mención expresa del derecho a cambiar la propia religión o creencia también se encontró con oposición cuando se redactó el PIDCP. La solución fue utilizar la redacción "tener o adoptar" que se repitió en el párrafo 2 para dar protección al derecho del individuo a cambiar su religión, y contra proselitistas y misioneros celosos.[28]

---

[26] Sobre los diversos temas de interpretación relacionados con el artículo 18 del PIDCP, cfr. Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Khel am Rhein, N.P. Engel, 1993, pp. 308-334.

[27] Partsch, Karl Josef, "Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms", *op. cit.*, p. 210.

[28] Cfr. Bossuyt, Marc J., *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 357-363; Partsch, Karl Josef, "Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms", *op. cit.*, p. 211.

La prohibición de la discriminación basada, entre otras cosas, en la religión, se estipula en los artículos 2.1, 4.1 y 25 del PIDCP, así como en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("PIDESC"). El artículo 4.2 del PIDCP subraya el carácter absoluto de la obligación de los estados de respetar el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión al prohibir cualquier derogación de esta obligación durante un estado de emergencia. Incluso en situaciones extremas, sólo las manifestaciones de religión o creencias pueden ser limitadas, y solamente en la medida en que esté justificado en virtud del párrafo 3 del artículo 18.[29] Conforme al artículo 27, los miembros de minorías religiosas y otras adquieren cierta protección especial para su derecho a profesar y practicar su religión en comunidad con los otros miembros de su grupo.

El Comité de Derechos Humanos adoptó en 1993 una Observación General sobre el artículo 18.[30] Ésta subraya que la cláusula de limitación del artículo 18.3, relacionada con el derecho a manifestar su propia religión o creencia, no autoriza restricciones a la libertad de pensamiento y conciencia como tal, o sobre la libertad de tener y adoptar una religión o creencia de su elección.[31] En la Observación General se afirma explícitamente que la libertad de tener o adoptar una religión o creencia "necesariamente conlleva ... el derecho de sustituir la religión o creencia actual de alguien con otra o de adoptar puntos de vista ateos"[32] (traducción

[29] Sobre el significado de la cláusula de limitación, cfr. Kiss, Alexandre Charles, "Permissible Limitations on Rights", en Henkin, Louis (comp.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981; Daes, Erica-Irene A., "The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights. A Contribution to the Freedom of the Individual under Law", *op. cit.*; Partsch, Karl Josef, "Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms", *op. cit.*, pp. 368-370; Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, *op. cit.*, pp. 324-329.

[30] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30 de julio de 1993.

[31] *Ibidem.*, párr. 3. Sobre las condiciones de las restricciones legítimas en virtud del artículo 18.3, cfr. párr. 8 de la Observación General.

[32] *Ibidem.*, párr. 5.

propia). En cuanto al derecho a manifestar una religión o creencia, el Comité de Derechos Humanos subraya la amplia gama de actividades que entran dentro del ámbito de la disposición:

> La observancia y la práctica de la religión o creencia pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de las reglamentaciones dietéticas, el uso de vestimentas distintivas de tocados, la participación en rituales asociados con cierto estilo de vida y el uso de un idioma particular habitualmente hablado por un grupo[33] (traducción propia).

El artículo 18.4 del PIDCP es uno de los vínculos entre los derechos garantizados en este Pacto y los cubiertos por el PIDESC. La parte correspondiente de éste, es decir, el artículo 13.3, es idéntica en su redacción. Ambas disposiciones tienen su trasfondo en el artículo 26 de la DUDH y, en su conjunto, cubren todos los aspectos del derecho de los padres a garantizar la vida religiosa y la educación moral de sus hijos de conformidad con sus propias convicciones. El párrafo 4 se incluyó en el PIDCP en una etapa bastante avanzada[34] ya que el estudio de Krishnaswami había recomendado esta solución.[35]

3.2. Instrumentos regionales

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) menciona en el artículo 8 la libertad de conciencia y la práctica libre (profesión) de la religión. Una segunda oración establece que nadie puede ser sujeto a medidas que restrinjan el ejercicio de estas libertades.

Del mismo modo, el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) protege la libertad de conciencia y la religión. Las restricciones al derecho a mantener su pro-

---

33 *Ibidem*., párr. 4.

34 Cfr. Bossuyt, Marc J., *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, *op. cit*., pp. 368-370.

35 Cfr. Krishnaswami, Arcot, "Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de prácticas religiosas", *op. cit*., p. 68.

pia religión o creencia están expresamente prohibidas (párrafo 2), mientras que las manifestaciones de la propia religión están sujetas a ciertas limitaciones (párrafo 3). El tema de la educación religiosa y moral se trata en el párrafo 4. El artículo 12 se menciona en la lista de derechos no sujetos a suspensión durante un estado de emergencia (artículo 27).

En lo que respecta a Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (1950) establece en el artículo 9.1 una disposición casi idéntica al artículo 18 de la DUDH. En el párrafo 2 se incluye una cláusula de limitación. Además, el artículo 2 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1952) incluye los derechos de los padres a garantizar que la educación y la enseñanza se ajusten a sus convicciones religiosas y filosóficas. El artículo 14 del CEDH prohíbe la discriminación en el disfrute de los derechos enunciados en esta Convención basados, entre otras cosas, en la religión u opinión. El artículo 9 no se menciona en la lista de derechos no derogables del artículo 15.2.

Conclusión

El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión es un derecho humano que no puede realizarse por separado sino sólo en el contexto general de los derechos humanos, interdependientes e indivisibles entre sí. También es un derecho que cruza las fronteras tradicionales entre las categorías de derechos humanos; es decir, tiene aspectos que son altamente individuales ("civiles"); aspectos que muestran que el derecho se puede realizar efectivamente sólo en una comunidad organizada de personas que comparten las mismas convicciones ("políticas"); y aspectos que pertenecen al campo de los derechos económicos, sociales y culturales, como los relacionados con la educación religiosa o moral. Ello se ve reflejado también en otros instrumentos internacionales que también reconocen tal derecho.

Además, la DUDH rechaza toda conexión entre religión y política. No permite una religión respaldada por el Estado, ni siquiera una religión tácitamente dominante. No hay ninguna presunción en la DUDH de que la moralidad de los derechos humanos

requiera ningún tipo de fundamento religioso. Los redactores evitaron que la DUDH hiciera referencia a Dios o al origen divino del hombre. La DUDH resiste este vínculo y otorga a todos la libertad total de religión, incluido el derecho a no tenerla. Coloca las convicciones y expresiones religiosas de todas las personas en el mismo metraje igualmente distante del poder político.

Bibliografía

Bossuyt, Marc J., *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

Daes, Erica-Irene A., "The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights. A Contribution to the Freedom of the Individual under Law", Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities of the United Nations, E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2, 1983.

Humphrey, John P., "Political and Related Rights", en Meron, Theodor (comp.), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 1984.

Kiss, Alexandre Charles, "Permissible Limitations on Rights", en Henkin, Louis (comp.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981.

Krishnaswami, Arcot, "Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de prácticas religiosas", Relatoría Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, 1960.

Lillich, Richard B., "Civil Rights", en Meron, Theodor (comp.), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 1984.

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Khel am Rhein, N.P. Engel, 1993.

Partsch, Karl Josef, "Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms", en Henkin, Louis, (comp.), *The International Bill of Rights, The Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981.

Instrumentos internacionales

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30 de julio de 1993.

Commission on Human Rights, Drafting Committee, Fourth Session, E/CN.4/AC.4/1/6/Add.1.

Commission on Human Rights, Drafting Committee, First Session, E/CN.4/AC.1/3, febrero de 1947.

Commission on Human Rights, Drafting Committee, First Session, E/CN.4/AC.1/3/Add.3, febrero de 1947.

Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.6, febrero de 1947.

Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.8, febrero de 1947.

Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.13, febrero de 1947.

Commission on Human Rights, Drafting Committe, E/CN.4/21, p. 77, 21 de julio de 1947.

Commission on Human Rights, Drafting Committee, Summary Record, E/CN.4/AC.1/SR.13, julio de 1947.

Commission on Human Rights, Drafting Committe, Summary Record, E/CN.4/SR.37, diciembre de 1947.

Commission on Human Rights, Drafting Committee, Summary Record, E/CN.4/SR. 60, junio de 1948.

Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Organización de la Unidad Africana, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de junio de 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).

Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/252, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/394, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/395, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/396, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/402, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

United Nations General Assembly, Third Social and Humanitarian Committee, A/C.3/403, 21 de septiembre a 8 de diciembre de 1948.

La protesta como parte del ejercicio del derecho de reunión pacífica*

*Armando J. Meneses Larios***

SUMARIO: Algunas particularidades del derecho a la protesta. Movilidad y uso de la fuerza. Modelos legislativos de regulación de la protesta social. El caso mexicano

En el primer proyecto de la Declaración Universal se había pensado al derecho a la libertad de reunión y al de asociación pacífica como dos derechos independientes, y de hecho así fue plasmado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en los artículos 20 y 21. Sin embargo, en un esfuerzo por consolidar lo que se había entendido como una lista de principios del primer borrador de Declaración, desde el proyecto de René Cassin estos fueron redactados en un solo artículo, de tal suerte que en la versión final quedó establecido en el artículo 20 de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

* Se agradece la colaboración de María Jimena Ochoa Saade para este artículo.

** Licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y maestro en derecho con especialización en derecho internacional de los derechos humanos por el WCL del American University en los Estados Unidos. Actualmente profesor de asignatura en la Facultad de Derecho y Coordinador de Asesores de la Abogada General, ambos de la UNAM.

Sobre la interpretación de estos derechos se encuentra poco en las Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Humanos, que es el cuerpo colegiado encargado, entre otras cosas, de dar la interpretación válida de los contenidos del PIDCP —incluidos los artículos 20 y 21—. No obstante, desde 2010, el Consejo de Derechos Humanos[1] crea la Relatoría Especial sobre el derecho de reunión y de asociación pacíficas (RE)[2] en cuyos informes podemos encontrar mayores elementos de interpretación y análisis de estos derechos.

Es así que la RE entiende por reunión "la congregación intencional y temporal de personas en un espacio privado o público con un propósito concreto" y por asociación "todo grupo de personas físicas o jurídicas agrupadas para actuar de consuno y expresar, promover, reivindicar o defender colectivamente un conjunto de intereses comunes".[3] Desde hace 70 años, mediante la adopción de la Declaración, esta forma de defender intereses en grupo ha sido identificada como un derecho humano.

Una definición interesante sobre la *libertad de reunión* y que nos dará pie para el enfoque que queremos dar en el presente artículo, es la adoptada por el Tribunal Constitucional Español, que la define como "...la manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo".[4]

---

1 El Consejo de Derechos Humanos es el órgano que sustituye la antigua Comisión de Derechos Humanos. Esta última fue creada en 1946, entre otras funciones, fue encargada de adoptar la Declaración Universal de Derechos Humanos

2 https://documents-dds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G10/164/17/PDF/G1016417.pdf?OpenElement

3 https://documents-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/135/89/PDF/G1213589.pdf?OpenElement

4 Tribunal Constitucional Español, "Sentencia 170/2008", Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español en el recurso de amparo núm. 10471-

En los últimos años, una de las manifestaciones más frecuentes de la libertad de reunión ha sido la protesta social. Se trata de una práctica mediante la cual un grupo de personas se reúne para manifestarse y exigir derechos, por no contar con otras vías institucionales para ello o porque dichas vías han sido inaccesibles o ineficaces. Su ejercicio no sólo constituye un derecho humano por sí mismo, sino que define e impulsa la justiciabilidad de otros derechos.

De esta forma, ya sea como un derecho autónomo o como vía de exigibilidad de otros derechos, la protesta social adquiere particular importancia para la consolidación de un Estado constitucional democrático. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoce a las manifestaciones pacíficas como una contribución positiva al desarrollo, fortalecimiento y efectividad de los sistemas democráticos y a los procesos democráticos, en particular las elecciones y los referendos, así como al pleno disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.[5]

El fenómeno de la Primavera Árabe es un ejemplo de cómo la protesta social abre nuevos horizontes en la consolidación de la democracia. Esta serie de levantamientos acaecidos principalmente en 2011 en países como Túnez, Egipto, Yemen, Marruecos, Siria, Argelia y Libia son muestra de participación ciudadana y de su injerencia social en las decisiones políticas. El ejercicio del derecho a la protesta social ofrece una alternativa no violenta para lograr un cambio (incluso en términos de régimen político), y facilita un intercambio entre la ciudadanía y las autoridades sobre el sentir y las necesidades de la primera.

Algunas de las visiones más contemporáneas sobre las sociedades democráticas hacen mención de la existencia de una *democracia de derechos* en la cual el grado democrático no se mide exclusivamente con base en la participación política de las perso-

2006 (diciembre 2008), citado en Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Manifestación, movilidad y derechos humanos: una propuesta de aproximación desde los estándares internacionales* (Ciudad de México, Distrito Federal: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013), 15.

[5] Cfr. Consejo de Derechos Humanos, resolución A/HRC/25/L.

nas, sino por el goce y ejercicio de sus derechos humanos.[6] Como lo demostraron Davenport y Armstrong, en sociedades con estándares democráticos consolidados, las violaciones a derechos humanos representan una afectación significativa al grado de democracia.[7]

La entonces Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señaló que las personas se rebelarían y protestarían si sus derechos humanos no estuvieran protegidos por el estado de derecho y que la denegación de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales había traído aparejadas manifestaciones populares en todo el mundo.[8]

Es así que, particularmente para los grupos que históricamente han sido discriminados, la protesta cobra especial relevancia, por ser, en muchas ocasiones, el único medio para la reivindicación de sus derechos. Maina Kiai, RE, reconoce que aquellos expuestos a mayores riesgos comparten la experiencia de la discriminación, el trato desigual y el acoso[9], y señaló que una transición democrática auténtica es irrealizable sin la participación y representación de todos y todas.[10]

---

6 Cfr. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Manifestación, movilidad y derechos humanos: una propuesta de aproximación desde los estándares internacionales* (Ciudad de México, Distrito Federal: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013), 12.

7 Resultado de un estudio estadístico que realizaron en 147 países a lo largo de 20 años para identificar los niveles democráticos en contraposición a la incidencia de violaciones a derechos humanos, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, y tortura. *Cfr.* Christian Davenport y David A. Armstrong II. "Democracy and the Violation of Human Rights, A Statistical Analysis from 1976 to 1996", *American Journal of Political Science*, Vol. 48, No. 3 (Julio 2004): 538–554.

8 *Cfr*. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Seminario sobre medidas efectivas y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos,* A/HRC/25/32, (29 de enero de 2014).

9 *Cfr*. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos*, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/HRC/26/29 (14 de abril de 2014).

10 Así, el Relator exigió la visibilización de las personas con discapacidad; los jóvenes, incluidos los niños; las mujeres; las personas lesbianas, gais,

No obstante, podemos señalar que no existen Estados democráticos perfectos y el ejercicio de la protesta social es evidencia de ello. Una de las principales críticas al derecho a la protesta es su funcionalidad como medio de reclamo y su contraposición con la vía institucional.

En palabras de Zaffaroni, el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos —en conjunto con otros derechos— es un elemento que impone a todos los Estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos.[11] El mismo autor problematiza la inexistencia de Estados de derecho perfectos, así como la manera en que ninguno de los Estados de derecho pone a disposición de sus habitantes todas las vías institucionales y eficaces para ejercer sus derechos. Asimismo, recuerda el Preámbulo de la Declaración: *Considerando 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*.

Desde este postulado, surge la gran ironía del derecho a la protesta social: representa una ruptura —si acaso temporal— con la institucionalidad, es decir, una rebelión, pero, a la vez, el Estado debe respetarlo y garantizarlo en un marco de debida diligencia.

Es precisamente en este punto en el cual reside la valía de la protesta social: tiene una connotación finalista y de imposibilidad de accionar *de iure* o *de facto* otros medios de justiciabilidad de derechos. Representa una oportunidad —independiente y libre de factores normativos, procedimentales o de cualquier otra índole— de expresarse frente a la autoridad y exigir un derecho.

---

bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI); los grupos minoritarios; los pueblos indígenas; los desplazados internos; los periodistas, sindicalistas, activistas en favor del medio ambiente, y los no nacionales, incluidos los refugiados, los solicitantes de asilo y los trabajadoras migratorios como grupos que representan retos específicos en la materia. I*bid.*

11 Eduardo Raúl Zaffaroni, "El Derecho penal y la protesta social", en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, ed. Eduardo Bertoni, 5 (Buenos Aires: Universidad de Palermo y Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2010).

Algunas particularidades del derecho a la protesta

Con el fin de comprender la naturaleza compleja del derecho a la protesta social, es importante aludir a la dimensión colectiva de éste. Al igual que la libertad de expresión, la protesta social permite establecer un sistema de comunicación de ideas, pensamientos e información con el fin de hacer públicas las demandas que aquejan a la sociedad y contribuir así a la construcción democrática y plural de la misma.

El aspecto colectivo no se refiere a un elemento cuantitativo centrado en la cantidad de personas que participan en la protesta sino al enfoque desde una perspectiva esencialmente cualitativa orientada al contenido, causas y razones que generan la protesta. Lo anterior debe ser considerado con el objetivo de atender las demandas desde una perspectiva estrictamente social.[12]

Por otro lado, es importante recapitular la fractura doctrinal sobre la concepción del derecho a la protesta social, que por un lado se entiende como un derecho autónomo y por otro como un conjunto de derechos. En el informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de derechos humanos en 2007, se refirió que la protesta social conlleva a la materialización y el ejercicio de una serie de derechos reconocidos en el ámbito nacional como internacional, entre los cuales se pueden mencionar el derecho de reunión, la libertad de asociación, la libertad de expresión e incluso los derechos sindicales.[13]

En 2015, durante la discusión de expertos que se dio en el marco del Consejo de Derechos Humanos[14], se dijo que la

12 *Cfr.* Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), *1DMx. Informe especial sobre el impacto psicosocial en las víctimas de los acontecimientos del 1 de diciembre de 2012* (México: CDHDF, 2014), 97-98.

13 *Cfr.* Naciones Unidas, Asamblea General, *Los defensores de los derechos humanos. Nota del Secretario General. Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos,* A/62/225, (13 de agosto de 2007), párr. 96.

14 *Cfr*. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Seminario sobre medidas efectivas y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de*

protesta pacífica era multifacética, una amalgama de diferentes derechos, una libertad que apoyaba, hacía posible, acompañaba y facilitaba el ejercicio de otros derechos y libertades. Aunque por una parte se sostuvo que merecía considerarse la posibilidad de establecer un derecho específico a la manifestación pacífica, otra corriente afirmó que la gran diversidad de derechos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos era suficiente para proteger el ejercicio de la manifestación pacífica.[15]

Independientemente de la división teórica, como nos esclarecen Vázquez y Serrano, lo anterior no quiere decir que el ejercicio del derecho a la protesta social no se encuentre íntimamente relacionado con la existencia y la materialización de otros derechos humanos, pues en virtud del principio de interdependencia que les rige, éstos no deben ser observados como elementos aislados, separados o desvinculados del resto sino como un conjunto cuyos elementos se encuentran en una constante situación de interrelación e interdependencia.[16]

Algunos derechos interrelacionados de forma directa con el derecho a la protesta social, por proporcionar tan sólo algunos ejemplos, son los de reunión pacífica, libertad de asociación, libertad de expresión y participación política contenidos en los artículos 19, 21, 22 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los artículos 13, 15, 16 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además del artículo 4, 20, 21 y 22 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

---

los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos, A/HRC/25/32, (29 de enero de 2014).

15 *Cfr.* Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Protesta Social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales* (Chile: INDH y ACNUDH, 2014), 94-95.

16 Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *El enfoque de derechos humanos*, Guías de estudio de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia, (México: Flacso-México, 2012), 38.

Movilidad y uso de la fuerza

Continuando con las consideraciones sobre el derecho a la protesta social, me permitiré reflexionar de manera breve sobre dos elementos frecuentemente presentes en la esfera de este derecho: su aparente contraposición con el derecho a la movilidad y la regulación sobre uso de la fuerza en contextos de manifestaciones.

Lamentablemente en México existe una tendencia de estigmatización, criminalización y discriminación en contra de los grupos que ejercen su derecho a la protesta social a través de manifestaciones. Como se ha dicho antes, el derecho a la protesta es esencial en un Estado democrático, y como tal, cualquier acto que lo afecte debe ser excepcional y estrictamente fundamentado, tomando en cuenta que esas medidas pueden tener consecuencias en la rendición de cuentas y la exigibilidad de derechos, e incluso acentúa de forma importante las desigualdades ideológicas entre personas pertenecientes a grupos con diferentes ideologías.[17] De ahí que el derecho a la protesta no debe percibirse como un atentado contra la dimensión individual del derecho a la movilidad; por el contrario, la autoridad está obligada a garantizar espacios de convergencia para la existencia equitativa de ambos derechos.

Por otro lado, también se ha visto cómo el uso excesivo de la fuerza es utilizado para inhibir el ejercicio de este derecho. Por ello, es fundamental reglamentar debidamente el uso de la fuerza por parte del Estado en contextos del ejercicio del derecho a la protesta social. Por lo general, se acepta que corresponde a las autoridades facilitar las protestas pacíficas y, de ser necesario, controlarlas cuando estas se tornan violentas o pongan en riesgo la vida o integridad de las personas. No obstante, para el Relator sobre ejecuciones extrajudiciales es claro que el uso de la fuerza letal no procede en contextos de manifestaciones, en parte, porque no está permitido disparar a la multitud. En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda la

[17] El *Estudio de opinión pública sobre protesta social y libertad de expresión en la Ciudad de México* elaborado en 2018 por *Colectivo iae – Investigación y análisis estratégico en ciencias sociales* representa un ejercicio interesante de análisis de la percepción sobre el derecho a la protesta en la capital mexicana.

implementación de mecanismos para "prohibir de manera efectiva el uso de la fuerza letal como recurso en las manifestaciones públicas", ya que esta podría generar consecuencias letales.

De esta forma, un prerrequisito básico del uso de la fuerza debe ser diferenciar las conductas de las personas que participan en una manifestación. Una reunión no es una entidad homogénea, por ello, el uso de la fuerza necesario y proporcionado como un último recurso para proteger la vida, debe dirigirse exclusivamente a determinadas personas que incurran en faltas o actos delictivos, mas no a la multitud entera.[18]

En la jurisprudencia interamericana resulta importante la sentencia del caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* por establecer los principios básicos bajo los cuáles se deben conducir los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (FEHCL) en el uso de la fuerza, a saber: legalidad, necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad.[19] Además, para hacer uso de la fuerza, el Estado no sólo debe asegurar la existencia de la violencia en la protesta, sino también a asegurar que se han tomado las medidas apropiadas para mantener un carácter pacífico en la reunión.[20]

En este sentido, los FEHCL tiene una doble tarea: en un primer momento, actuar con base en los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad; por otro lado, tener la capacidad de reducir el nivel de violencia de la persona sospechosa con base en su presencia física, verbalización, control físico, tácticas defensivas, entre otros elementos. Para ello, resulta fundamental la preparación y capacitación con que cuenten estos funcionarios al llevar a cabo sus labores.

---

18 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/HRC/26/29 (14 de abril de 2014).

19 *Cfr. Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C No. 251.

20 Mylène Bidault, "Commentaire de l'article 21" en *Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques: commentaire article par article* (2011), citado en Saulius Katuoka & Rüta Giedraityte, *Le droit de protester en tant que forme spécifique de l'exercice du droit de réunion* (Vilnius: Mykolas Romeris University, 2014). Traducción del autor.

Modelos legislativos de regulación de la protesta social

Otro aspecto fundamental en la concepción y regulación del derecho a la protesta social son los modelos legislativos que la rigen. A partir del modelo legislativo diseñado en un Estado, se perfila muchas veces el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos. La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal,[21] identifica tres modelos en los Estados contemporáneos. Considero pertinente describirlos sumariamente con el objetivo de entender la concepción de la protesta social por parte de las autoridades en la actualidad.

En primer lugar, se identifica el *modelo prohibicionista*, desde el cual todas las conductas relativas al ejercicio de la protesta social son punibles y sancionables. En este marco, el derecho penal representa el eje rector del acercamiento al fenómeno. La autoridad se concentra en proteger bienes jurídicos alternativos —bajo conceptos como la *moral pública* o el *orden público*—, en lugar de realizar una ponderación y garantizar los derechos involucrados. Este modelo está íntimamente asociado con la *criminalización de la protesta social*, particularmente en conglomeraciones con fines políticos.[22]

Es especialmente preocupante la utilización de este tipo de medidas para disuadir el trabajo que realizan defensores o defensoras de derechos humanos. Se cuentan con registros muy puntuales acerca del uso arbitrario del sistema penal para disuadir

[21] CDHDF, en su Propuesta General 01 de diciembre de 2013 *Manifestación, movilidad y derechos humanos: una propuesta de aproximación desde los estándares* internacionales

[22] En múltiples contextos prohibicionistas y abolicionistas, algunos manifestantes han adoptado prácticas alternativas de manifestación con el fin de evitar la sanción por parte de la autoridad, a pesar de que en ocasiones han sido igualmente reprimidos. Rescato los casos de la *revolución con aplausos* en Bielorrusia en 2011, en la cual jóvenes organizados previamente por medio de redes sociales aplaudían en espacios públicos en momentos determinados para llamar la atención de la población sin generar una excusa para que la autoridad les reprimiera, así como las protestas consistentes en pasear en un parque en Rusia, tras la toma de protesta de Vladimir Putin en 2012. Ambas manifestaciones, a pesar de la ausencia de mensajes políticos explícitos, fueron dispersadas por la policía.

el derecho de protesta y que tienen un efecto intimidante para el trabajo que personas defensoras. Por ejemplo, la Relatora de defensores de la ONU documentó que los defensores y las defensoras participantes en estas protestas han sufrido arrestos, detenciones y malos tratos[23].

En segundo lugar, algunos Estados regulan la protesta social con base en un *modelo integral,* cuyo objetivo es poner al centro un enfoque de derechos humanos y garantizar el ejercicio del derecho a la protesta social a través de una presunción en favor de las reuniones y manifestaciones. Procura la facilitación y menor restricción posible de los actos de manifestación pacífica, y reconoce su papel primordial en una sociedad democrática. Este modelo prioriza la reglamentación —dirigida principalmente a las autoridades estatales— como herramienta para generar espacios de participación y es el único compatible con los estándares internacionales de derechos humanos.

En tercer lugar, podemos identificar un *modelo abolicionista*¸ el cual implementa medidas de control formales —ya sean institucionales o sociales— con el fin de regular el derecho a la protesta social. Aunque no opera con principios meramente punitivos, funciona con base en restricciones o limitaciones indirectas a derechos asociados o aparentemente contrapuestos.

Un ejemplo de la aplicación de este modelo es cualquier regulación que supedite el derecho a la protesta social al derecho a la movilidad, sin considerar los derechos de ambas partes. El modelo abolicionista concibe a las personas como objetos de protección, en lugar de sujetos de derecho, y pretende inhibir la protesta social con los métodos mencionados.

El caso mexicano

En el caso de nuestro país, el derecho de reunión y de asociación se encuentra plasmado en el artículo 9º de nuestra Constitución que señala lo siguiente:

[23] http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/HRDCommentarySpanishVersion.pdf pág. 105

> "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.
>
> No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee."

Un elemento interesante sobre esta previsión, es la limitante que impone en asuntos políticos, ya que establece que sólo la ciudadanía podrá ejercer el derecho en esta área. Lo anterior es contradictorio al principio de no discriminación del artículo 1º constitucional, pues falla en reconocer ejes significativos en materia de derechos humanos, tales como la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes, o los derechos de extranjeros residentes en territorio nacional. No obstante, el estudio específico de ello se debe reservar para otro espacio.

Por otro lado, el artículo plantea las injurias contra la autoridad como un límite al derecho a la protesta social; el razonamiento del cual deriva esta norma promueve la criminalización de la protesta social, inhibe el ejercicio de este derecho y corrompe su naturaleza como vía no institucional de exigencia. Como se analizará más adelante, la lógica de este artículo fue retomada en el Código Penal para el entonces Distrito Federal.

Cabe destacar el caso de la Ciudad de México como una de las megalópolis que genera un mayor espacio de protestas sociales, al tiempo de que se trata de un lugar de confluencia de un número considerable de personas — movilidad—. De ahí la constante fricción entre ambos y la necesidad de generar respuestas adecuadas que permitan el ejercicio de ambos derechos.

En el ámbito legislativo en la Ciudad de México, algunas de las disposiciones normativas más controvertidas en la materia han sido los artículos 212, 213 y 214 de la Ley de Movilidad del Distrito Federal[24].

[24] En septiembre de 2017, se publicó el Reglamento de la Ley de Movilidad del Distrito Federal. En su artículo 220, define los requisitos necesarios

El artículo 212 genera una connotación segregacionista en contra de la protesta social con su elección de términos (*...que pueda perturbar el tránsito en las vialidades, la paz y tranquilidad...)*. Además, el carácter de "perfectamente lícita" con el cual debe cumplir la finalidad de la manifestación es opaco y sujeto a la interpretación— y posible criminalización— por parte de la autoridad. Finalmente, los artículos 213 y 214 sobre la utilización de vías primarias de circulación no visualizan el derecho a la protesta social en un plano de igualdad frente a otros derechos, y relegan a un segundo plano la obligación de armonizarlo con el derecho a la movilidad en el proceso de diseño de política pública, lo cual quiebra fundamentalmente con el esquema democrático.

De ahí que la constitucionalidad de estos artículos fue cuestionada. Particularmente, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) promovieron las acciones de inconstitucionalidad 96/2014 y 97/2014 para impugnar, entre otros, los artículos referidos por considerar que representaban restricciones desproporcionadas e injustificadas, y otorgaban un margen inseguro de discrecionalidad a las autoridades.

En la sentencia del 13 de octubre de 2016, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) declaró que la disposición relativa a la obligación de dar aviso previo a las autoridades sobre la realización de una manifestación, no sólo es idónea y proporcional, sino también conforme a los instrumentos y estándares internacionales más protectores en la materia. Asimismo, la sentencia reconoce la necesidad de permitir *reuniones espontáneas* en consideración a la misma naturaleza del derecho a la protesta social.

Posteriormente, la Corte explica que la medida consistente en restringir el uso de vías primaras de circulación continua supera un examen de proporcionalidad de carácter estricto, obedece a

---

para poder llevar a cabo una manifestación, como lo es el escrito que fungirá como notificación previa en términos del artículo 212 de la Ley, los cuales incluyen: nombre completo de la persona física o moral que organiza la concentración; nombre de la concentración; fecha, horas de inicio y conclusión; lugar y en su caso ruta de la concentración; número estimado de asistentes; y número y tipo de vehículos que se utilizarán en la concentración.

la necesidad de proteger la integridad física de los participantes en la concentración humana y en el respeto y protección de los derechos del resto de la población de la ciudad, como la libertad de circulación y deambulatoria, y trae aparejado importantes beneficios para la colectividad que sobrepasan la incidencia en el ejercicio de los derechos a la libertad de reunión y expresión.[25]

El razonamiento de la SCJN resulta insuficiente en una lógica de derechos. A pesar de que reconoce algunas dimensiones esenciales del derecho a la protesta social, falla en atender las bases teóricas de las que se deriva su reglamentación. Los artículos 212, 213 y 214 de la Ley General de Movilidad configuran cargas desproporcionadas a las personas manifestantes, en lugar de enfocar la normatividad en la actuación gubernamental, como ya se mencionó anteriormente, pensando en un modelo legislativo integral de derechos humanos.

En términos de la interdependencia entre el derecho a la protesta social y la libertad de expresión, la SCJN también se pronunció—en el marco de dos juicios de amparo[26]— al declarar inconstitucional el delito de ultrajes a la autoridad, previsto en el artículo 287 del Código Penal para el Distrito Federal y que concuerda con la estructura teórica del artículo 9º constitucional.

Así, la SCJN determinó que el tipo penal era amplio, sujeto a discrecionalidad, y que arriesgaba la libertad de expresión, lo cual resignificó varios de los actos cometidos en el marco de la protesta social. Lo anterior constituyó un acierto sumamente relevante de la Corte, pues el artículo referido no sólo estigmatizaba la protesta social, sino que fungía como un elemento inhibidor y sancionador de ésta.[27]

Por otra parte, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión plantea derechos de usuarios y sus mecanismos de

25 Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 96/2014 y su acumulada 97/2014, así como el Voto Particular formulado por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

26 Amparo directo 2255/2015 y amparo directo 4436/2015.

27 El artículo 287 establece "*Al que ultraje a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y multa de veinte a cien días multa.*"

protección en el artículo 191. Uno de los derechos consiste en la manifestación de las ideas, al acceso a la información y a buscar, recibir y difundir información e ideas en los términos que establece la Constitución y las leyes aplicables. Lo anterior es importante por las circunstancias tecnológicas actuales que generan otra clase de ejercicio del derecho a la protesta social— aunado, por supuesto, a la libre expresión—. Las redes sociales facilitan este derecho ya sea de forma directa o como preámbulo de un movimiento presencial y, por ello, deben ser igualmente un coto protegido.

Con el fin de puntualizar el panorama mexicano en la materia, es pertinente revisar el Informe *Derechos Humanos y Protesta Social en México* elaborado en 2014 por el *Frente por la libertad de expresión y la protesta social en México* (compuesto por diversas organizaciones de la sociedad civil), en el marco de la audiencia temática al respecto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho informe indica que las protestas y manifestaciones, en las cuales se ejercen los derechos a la libertad de expresión, reunión, petición, entre otros, también han sido afectadas: en algunos Estados se han producido incidentes violentos en diferentes marchas críticas hacia las políticas gubernamentales. Si bien se han dado casos de violencia por parte de manifestantes, también se ha documentado la existencia de detenciones arbitrarias, procesamientos injustos, falseamiento de pruebas, uso excesivo de la fuerza por parte de las autoridades e incluso, casos de tortura.[28]

Algunos de los casos más lamentables en este contexto fueron las manifestaciones del 1º de diciembre de 2012 en la Ciudad de México, en las cuales se documentaron 99 detenciones ilegales, 24 violaciones a la integridad personal y 6 casos de tortura, así como la protesta del 9 de julio de 2014 en San Bernardino Chalchihuapan, Puebla, en la que, en un esfuerzo policial por dispersar la manifestación a través del uso desproporcionado de la

[28] *Cfr.* Frente por la libertad de expresión y la protesta social en México, *Audiencia temática. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos Humanos y Protesta Social en México* (México: Frente por la libertad de expresión y la protesta social en México, 2014), 6.

fuerza, un niño de 13 años falleció por el impacto de una bala de goma en la cabeza.[29]

El 70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos debe motivarnos a enfrentar la crisis de credibilidad a nivel mundial de los derechos a través de ejercicios concretos de apropiación y medición de los mismos. El derecho a la protesta social, como una de las manifestaciones más puras del derecho de reunión plasmado en el artículo 20 de la Declaración, debe ser repensado a nivel estructural en México y el resto del mundo. Su régimen jurídico y la generación de políticas públicas en la materia deben estar concentrados preeminentemente en la actuación de la autoridad, y no en la restricción de la misma protesta.

Sólo así se evitarán los esfuerzos de institucionalización de este derecho— los cuales contradicen su propia naturaleza—, se reafirmarán los mecanismos de exigibilidad de derechos humanos y de rendición de cuentas, y se coadyuvará a la construcción de una verdadera democracia de derechos.

A manera de conclusión, destaco algunas de las medidas que personas expertas, relatoras, organismos y tribunales nacionales e internacionales han identificado para poder adoptar un modelo integral en la regulación de la protesta social[30], incluidas obser-

[29] *Ibid,* 6-7.

[30] *La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*, A/HRC/25/L del Consejo de Derechos Humanos (2014); *Directrices sobre la libertad de reunión pacífica del Grupo de expertos de la OSCE/OIDDH* (2007); *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011); *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010); *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, *Maina Kiai* (2013 y 2014); *Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales*, A/HRC/RES/15/21 del Consejo de Derechos Humanos (2010); Observación General número 25 del Comité de Derechos Humanos-*Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto* (1996); Resolución 59/201 de la Asamblea General de Naciones Unidas- *Fortalecimiento de la función de las organizaciones y mecanismos regionales, subregionales y de otro tipo en la promoción y consolidación de la democracia* (2005); Corte IDH, *Caso Kimel vs.* Argentina, Sentencia

vaciones del autor quien fungió como observador de derechos humanos en múltiples manifestaciones realizadas en la Ciudad de México:

Aspectos generales

1. Considerar el derecho a la protesta o manifestación como parte del sistema democrático de los Estados.
2. Establecer expresamente la presunción favorable al ejercicio del derecho a la protesta, asegurando que el espacio público no sea concebido como exclusivo de circulación, sino como un espacio de participación y como vía para el reclamo de otros derechos, en particular los económicos, sociales y culturales.
3. Facilitar a las personas manifestantes *prima facie* el acceso al espacio público, e inclusive brindar protección adecuada contra amenazas.
4. Propiciar una cultura sólida de derechos humanos, estado de derecho y de rendición de cuentas, como presupuestos indispensables para la protección de los derechos de las personas que se manifiestan pacíficamente.
5. Inhibirse de estigmatizar la protesta social como contraria a derechos y abstenerse de criminalizarla. En su caso, derogar o modificar cualquier norma que atente contra este derecho.
6. No hacer prohibiciones generales y en caso de establecer restricciones, éstas deben ser excepcionales, estar previs-

---

de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111; Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193; Tribunal EDH, *Ezelin vs. Francia,* 11800/85, Sentencia de 26 de abril de 1991; Tribunal EDH, *Plattform "Ärzte für das Leben" vs. Austria*, 10126/82, Sentencia de 21 de junio de 1988; Tribunal EDH, *Éva Molnár vs. Hungría*, 10346/05, Sentencia de 7 de octubre de 2008; Tribunal EDH, *Ziliberberg vs. Moldavia*, 61821/00, Sentencia de 1 de febrero de 2005.

tas en ley, ser necesarias en una sociedad democrática, y en interés de la seguridad nacional, seguridad pública u orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros.

Regulación normativa - notificación previa

7. Enfocarse en el comportamiento o acciones que deban llevar a cabo los FEHCL si se regulan las manifestaciones.
8. Eliminar la autorización previa como requisito para realizar manifestaciones. Solo podrá solicitarse notificación previa como medida para proteger la seguridad y el orden público de otras personas, la cual debe justificarse en todo momento. Asimismo, se deberá dejar a salvo la posibilidad de ejercer este derecho de manera espontánea cuando la situación lo amerite.
9. Eliminar requisitos innecesarios, excesivos o que pongan en situación de vulnerabilidad a la persona que hace la notificación previa, por ejemplo, hacerlas responsables de los actos que realicen los asistentes, contar con póliza de seguro en caso de daños a la propiedad privada o pedirle datos personales que lo puedan hacer ubicable.
10. Fundar y motivar la restricción o negación por parte de autoridad ante la notificación previa y otorgar el derecho a recurrir dicha decisión, de forma pronta y expedita ante autoridad imparcial.
11. Abstenerse de disolver de manera automática una manifestación ante la falta de notificación previa o de iniciarle un procedimiento penal o similar.

Regulación normativa – uso de la fuerza

12. Contar con directrices claras que establezcan los principios del uso de la fuerza, métodos, tácticas y tipo de equipamiento con que deben contar los FEHCL.

13. Contar con una norma expresa que les prohíba a los FEHCL utilizar armas de fuego en las manifestaciones, y respecto de la utilización de armas menos letales, prohibir el uso de gas lacrimógeno o de agentes químicos, ya que por su naturaleza son elementos que no distinguen a los manifestantes pacíficos o inclusive personas de la población que estén cerca de la manifestación.

Equipamiento y capacitación

14. Equipar de manera adecuada a los FEHCL para poder llevar a cabo sus labores, por ejemplo: escudo, casco, chaleco anti balas, etc.
15. Capacitar a los FEHCL sobre los principios y niveles del uso de la fuerza, en particular técnicas de presencia física, verbalización, técnicas físicas de neutralización, defensa y utilización de armas menos letales.
16. Capacitar a los FEHCL en materia de derechos humanos, solución pacífica de controversias y técnicas de negociación, en particular para prevenir algún tipo de conflictividad o en su caso desescalar conflictos.

Medidas de prevención, control y rendición de cuentas

17. Evitar en la medida de lo posible la dispersión de las personas manifestantes; en particular prohibir técnicas como las de encapsulamiento, confinamiento en áreas pequeñas o similares, ya que se atenta contra aquellas personas que se manifiestan pacíficamente. En caso de existir una conducta ilícita por parte de una persona que se encuentre en la manifestación, entender ese hecho como autónomo, y no responsabilizar a las demás personas que se encuentran en la manifestación.
18. Abstenerse de cortar la señal de internet para evitar que las personas manifestantes utilicen dispositivos electró-

nicos para comunicarse, compartir información o grabar abusos por parte de las autoridades.

19. Contar con observadores de derechos humanos durante las marchas, a través de personal especializado de los Organismos Públicos de Derechos Humanos, sociedad civil o periodistas, que con su presencia pueden ayudar a disuadir posibles violaciones a derechos humanos o en su caso documentar casos de abuso.
20. Planificar y evaluar la forma en la que se desarrollan los operativos (antes, durante y después de la manifestación) con el objetivo de que los FEHCL tengan mayor claridad en su actuación, de preferencia revisar videos de actuaciones previas para identificar buenas prácticas y áreas de oportunidad para siguientes manifestaciones.
21. Establecer mecanismos para la rendición de cuentas por abusos cometidos por los FEHCL durante las manifestaciones.

El derecho de reunión y manifestación pacífica

*Yessica Esquivel Alonso**

Sumario: I. Introducción, II Aproximación conceptual, III. Titularidad y contenido del derecho, IV Límites y conflictos con otros derechos, V. Reflexiones finales, VI. Bibliografía

I. Introducción

Las libertades colectivas han pasado un largo recorrido para lograr su reconocimiento, de ello dan cuenta los derechos de reunión, manifestación y protesta. Derechos que surgen como contrapeso al ejercicio del poder, que se apoyan en la autodeterminación de un grupo de personas para participar en cuestiones de interés público[1].

Desde tiempos remotos las plazas, calles y avenidas fueron lugares utilizados para hacer protestas, fue allí donde el orador expresaba su inconformidad y la hacía expansiva. Incluso se fundó una doctrina denominada teoría del "foro público"[2] en torno

* Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Secretaria de Estudio y Cuenta de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

1 Mill, Stuart, *Sobre la libertad,* Alianza, Madrid, 2013, pág. 69.

2 Al respecto véase, Kalven Fr., Harry, "The Concept of the Public Forum", en David Amar, Vikram (edit.): *The First Amendment. Freedom of Speech.*

a los derechos de manifestación y expresión cuyo objetivo fue promover, difundir y proteger el debate público que reclamaba el autogobierno.

Otra relevante teoría que impactó en el derecho de protesta social fue la doctrina del "libre mercado de ideas"[3], que en términos generales, se sustenta en que la libertad de expresión se diversifica en atención a una multiplicidad de factores como la capacidad económica y la visibilidad mediática. Lo que se traduce en que sólo aquellos que cuenten con más dinero y acceso a los medios de comunicación gozarán de una mayor posibilidad de plantear sus demandas.

Desde esta óptica la distribución inequitativa de los recursos impacta en los sectores y grupos en desventaja. Las desigualdades sociales no son solamente económicas, también existen desigualdades que derivan de la apropiación de los espacios de expresión por parte de determinados sectores[4]. Por ejemplo, es frecuente encontrar desequilibrios en el acceso a la palabra por diferencias raciales, étnicas, culturales, de género, entre otros[5].

En este sentido, cobra importancia la deseable protección que los Estados deben brindar a las sociedades contemporáneas. La estabilidad social se acompaña de una libertad de expresión protegida, esto es, cuando se encuentran satisfechos ciertos de-

---

Its Constitutional History and the Contemporary Debate, Prometheus Books, New York, 2009, págs. 192-197.

[3] El "mercado de ideas" es una teoría que surge de los argumentos del juez Oliver Wendell Holmes en el caso Abrams vs. Estados Unidos, 250 US 616, 630 (1919). Véase una aproximación general, Salvador Coderch, Pablo (dir.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 15-55.

[4] Rodríguez Alzueta, Esteban, "Libertad de expresión y activismo estatal el Estado y los grupos desaventajados: La distribución equitativa de la palabra", *Cuadernos de H Ideas,* vol. 2, no. 2, diciembre 2008. Disponible en *http://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/cps/article/view/1371* (consultado 7 de septiembre de 2018).

[5] Al respecto Barent señala que "los pobres y oprimidos pueden expresar sus opiniones sólo a través de manifestaciones en las calles y reuniones que tiene lugar en locales que no les pertenecen". Barent, Eric: *Freedom of speech*, Oxford University Press, New York, 1987, pág. 83.

rechos básicos (alimentación, vivienda, salud, educación, seguridad, etc.) es posible mitigar las diferencias de discriminación en la distribución de la palabra. De tal suerte, que conforme se vayan desvaneciendo las desigualdades se facilite la promoción de un diálogo entre gobernantes y gobernados más horizontal.

La evolución histórica de los derechos de reunión, manifestación y protesta fueron reconocidos de manera tardía en los ordenamientos legales. A juicio de Torres Muro ello se debió a dos razones primordiales, por una parte, a la desconfianza y el temor que infundía en ciertas clases sociales "acomodadas" cuando una movilización de ciudadanos salían a la calle a exigir el reconocimiento de sus derechos; y por otra, el conflicto de derechos fundamentales que ello supone, esto es, el acceso a lugares públicos, el bloqueo de ciertas avenidas, las molestias de comerciantes, entre otros[6].

Las movilizaciones sociales son una "válvula de escape" para las democracias porque cuando los procesos políticos resultaban insuficientes, era viable acudir al reclamo y rechazo social de grupos minoritarios a través de la protesta social cuya finalidad está encaminada a persuadir al sector público[7].

A pesar de las resistencias fácticas en el campo normativo, el reconocimiento de estos derechos se dio con mayor ahínco en el siglo XX[8]. La Organización de las Naciones Unidas el 10 diciembre de 1948, expidió la Declaración Universal de los Derechos

---

6 Torres Muro, Ignacio, *El derecho de manifestación y reunión,* Civitas, Madrid, 1991, pág. 32.

7 Véase Sherr, Avrom, *Freedom of portest, public order and the law,* Oxford, New York, 1989, pág. 2.

8 No se desconoce que en el siglo XIX algunos documentos legales reconocieron los derechos de manifestación y protesta social de manera temprana, por ejemplo, la Constitución Francesa de 1793. Artículo 7. "El derecho de manifestar el pensamiento y las opiniones, ya por medio de la prensa, ya de cualquiera otra manera, el derecho de reunirse pacíficamente y el libro ejercicio de los cultos, no pueden ser prohibidos. La necesidad de enunciar estos derechos supone o la presencia o el reciente recuerdo del despotismo". Constitución francesa de 21 de junio de 1793. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf (consultado el 15 de agosto de 2018).

Humanos. En ella se estableció que los derechos de asociación y reunión al señalar en su artículo 20 que "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. [y que] 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación"[9].

En ese mismo año, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en su artículo XXII precisó que "[...] toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden"[10].

Algunos instrumentos internacionales en materia de derechos civiles, políticos o humanos, respaldaron el derecho de asociación. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 21, instituyó que "[...] toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses". A su vez, el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantizó el derecho la libertad de asociación[11].

En el derecho comparado destaca la especial protección a los derechos de manifestación y reunión. Así, tenemos por ejemplo: la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos[12],

---

9 Disponible en *https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf* (consultado el 17 de octubre de 2018).

10 Disponible en *http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp* (consultado el 19 de septiembre de 2018).

11 Artículo 16. 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole; 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás; 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

12 Enmienda I. "El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte

el artículo 8 de la Ley Fundamental de Boon de 1949[13], el artículo 17 de la Constitución italiana de 1947[14] y en España el artículo 21 de la Constitución de 1978[15].

Llama la atención el caso de México porque los derechos de manifestación y protesta social no aparecen expresamente contemplados en la Constitución mexicana. Sin embargo, podríamos sostener como lo hace la doctrina, que "la manifestación pública la encontramos prevista en el derecho de reunión reconocido en el artículo 9o. constitucional, al decirse que no debe considerarse ilegal una reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto de autoridad"[16].

---

la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios". Disponible en *https://www.archives.gov/espanol/constitucion* (consultado el 15 de agosto de 2018). Para mayor abundamiento véase Saldaña, María Nieves, "La gestación de la Primera Enmienda: *Founding period*" y "original meaning", *Historia Constitucional,* no. 7, 2006, págs. 257-289.

13 Artículo 8. "Libertad de reunión. (1) Todos los alemanes tiene el derecho de reunirse pacíficamente y sin alarmas, sin notificación ni permisos previos. (2) Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley". Ley Fundamental de Bonn. Disponible en *https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf* (consultada 31 de agosto de 2018).

14 Artículo 17. "Los ciudadanos tendrán derecho a reunirse pacíficamente y sin armas. No se requerirá notificación previa para las reuniones, aunque tenga lugar en lugares abiertos al público. De las reuniones en lugares públicos se deberá causar notificación previa a las autoridades, las cuales sólo podrán prohibirlas por motivos contrastados de seguridad o de salubridad pública". Constitución de la República Italiana de 1947. Disponible en http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf (consultado 31 de agosto de 2018).

15 Artículo 21. "1 Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes". La Constitución española de 1978. Disponible en *http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=21&tipo=2*. (consultado el 2 de septiembre de 2018).

16 Corzo Sosa, Edgar, "Derecho Humano de manifestación pública: limitaciones y regulación", en Godínez Méndez, Wendy A., y García Peña, José He-

En consecuencia, la libertad de los ciudadanos para reunirse, manifestarse o protestar se han erigido como instrumentos a lo largo de la historia que permiten garantizar, conservar o incrementar determinadas satisfacciones (cotidianas o estructurales). Estos canales de comunicación desempeñan un papel de intermediación entre la vida privada y la esfera pública. Reflejando con ello una lucha social por el respeto, que no puede ser desdeñada.

II. Aproximación conceptual

Los derechos de protesta fomentan la sociabilidad y la cooperación. Estos derechos constituyen una figura intermedia entre la libertad de expresión y la libertad de asociación por tiempo determinado. Es también un cauce de expresión de la disidencia, la inconformidad y el desacuerdo, que en no pocas ocasiones es el único camino de grupos minoritarios para hacerse escuchar.

La manifestación pacífica guarda cierta semejanza con libertad de expresión y asociación[17]. Con la libertad de expresión comparten la característica de ser un medio de difusión de ideas, sólo que el de manifestación necesariamente habrá de ejercerse de manera colectiva, en tanto que la libertad de expresión puede ejercitarse individualmente[18]. Del mismo modo, con el derecho

riberto (coords.) *Temas actuales del Derecho. El derecho en la Globalización,* UNAM-IIJ, México, 2014, págs. 79-78. Véase Artículo 9. "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar. No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

17 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 131, párrafo 8.

18 En semejantes términos, se ha referido el Tribunal Constitucional Español al señalar que "históricamente, el derecho de reunión surge como un

de asociación su relación se justifica porque aglutinan un grupo de personas con un fin específico y su diferencia estriba en que la asociación se establece de manera permanente mientras que la manifestación es efímera.

La doctrina es prácticamente unánime al considerar que la reunión pacífica "trata de un derecho individual de libertad, de una libertad personal, aunque su materialización presuponga un punto de confluencia en el ejercicio de varias libertades individuales; es un derecho individual con una clara y determinante proyección social para su realización"[19].

Bajo esta lógica, los derechos de protesta social son concebidos genéricamente, desde dos perspectivas. Por un lado, como derechos positivos que facilita un *hacer,* esto es, acudir a una concentración en defensa de un objetivo determinado; y por otro, como derechos negativos que pueden involucrar un *no hacer*, porque nadie está obligado a asistir a una manifestación que no se comparte[20].

Los derechos de reunión, manifestación pacífica y protesta social son instrumentos para ejercer otros, como los civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, que son expresión de la participación ciudadana en temas de interés común. Sin embargo, con frecuencia estos tres derechos son reconocidos de manera separada y autónoma.

Por ejemplo, para Vidal Martí "el derecho de reunión es la posibilidad de agruparse en un lugar determinado, un número

---

derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ello, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria". STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2.

19 Soriano Díaz, Ramón, "Artículo 21. Derecho de reunión", en Alzaga Villaamil Óscar, (dir.), *Comentarios a la Constitución,* tomo II, arts. 10 al 23, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1983, pág. 587.

20 En semejantes términos, Solozábal Echavarría, Juan José, "La configuración constitucional del derecho de reunión", *Parlamento y Constitución. Anuario,* no. 5, 2001, págs. 105.

de personas, de manera temporal, y con un mínimo de organización, que han sido previamente convocadas con el objeto de conseguir una finalidad lícita, consistente en el intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones"[21].

Una parte de la doctrina afirma que el derecho de manifestación pacífica es una técnica de acción política que pretende evidenciar un descontento popular. En palabras de Corzo Sosa es "la expresión de un reclamo o de una protesta en un lugar al que todos pueden acceder, sin importar el número de personas que asistan a ella"[22].

Mientras que la protesta social permite evidenciar públicamente diversos problemas que afectan a una colectividad. De acuerdo con Gargarella, se compone de "quejas avanzadas por ciertos grupos que ven sus necesidades básicas insatisfechas"[23]. También puede ser definida como un mecanismo de exigencia social que busca visibilizar una demanda general y pretende que las autoridades atiendan los planteamientos y se responsabilicen de la situación en el ámbito de sus competencias.

Aunque aparentemente exista una distinción conceptual entre los derechos de reunión, manifestación pacífica y protesta social[24], la diferencia material no es del todo clara. Ello porque comparte ciertos elementos de identificación común, tales como agruparse de manera voluntaria en asociaciones, perseguir un fin

---

21 Vidal Martín, Tomás, "Derecho de Reunión y Manifestación", *Parlamento y Constitución. Anuario*, No. 1, 1997, pág. 275.

22 Corzo Sosa, Edgar, "Derecho Humano de manifestación pública: limitaciones y regulación", en Godínez Méndez, Wendy A., y García Peña, José Heriberto (coords.) *Temas actuales del Derecho. El derecho en la Globalización,* UNAM-IIJ, México, 2014, pág. 78.

23 Gargarella, Roberto, "El derecho frente a la protesta social", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2008, vol. 250, pág. 183.

24 En este sentido Solozábal Echavarría señala que "esta instrumentalidad que resulta innegable no es óbice para afirmar la autonomía de cada uno de os derechos de que estamos hablando, de modo que a cada uno le corresponde su calificación dogmática". Solozábal Echavarría, Juan José, "La configuración constitucional del derecho de reunión", *Parlamento y Constitución. Anuario*, no. 5, 2001, pág. 108.

determinado, tienen una vigencia temporal y cuentan con una organización previa.

De ahí que, los derechos de protesta social sean derechos humanos instrumentales[25] con un fin legítimo, que permiten mantener abiertos los canales del debate y del disenso. Al mismo tiempo, su reconocimiento se encuentra sometido a limitaciones que pueden derivar en actividades "molestas" al poder político[26].

Lo anterior permite sostener que los derechos de reunión y manifestación pacífica consagrados en el artículo 20 de la Declaración Universal, junto al derecho de protesta, son derechos humanos semejantes que permiten exigir el cumplimiento de otros derechos o políticas públicas establecidas que no tienen cumplidas a cabalidad. Por lo tanto, al considerar que los tres derechos tiene el mismo contenido, en este texto, se hablará indistintamente de ellos.

Los derechos de reunión tienen una dimensión individual y una dimensión objetiva. De acuerdo con Solozábal Echavarría en la "dimensión individual, según la cual se se trata de reconocer una libertad de autodeterminación de la conducta, expresión de la sociabilidad de la persona que tiende a la comunicación con los demás, sin la cual se produce el aislamiento y empobrecimiento individuales (...) dimensión objetiva, un relieve si se quiere preferentemente político o una cierta, si se me permite hablar así dimensión institucional, (...) [es] un rasgo funcional de la democracia (...) como un instrumento fundamental para la formación de la opinión pública"[27].

Desde esta línea argumentativa, los derechos de protesta permiten expresar la inconformidad o empatía con algunas políticas públicas o derechos sociales sistemáticamente vulnerados, con

---

25 Para Pace "no es una libertad sustantiva o final, sino una libertad instrumental". Pace, Alessandro, *La libertà di riunione nella Constituzione italiana,* Giuffrè Milano, 1967, pág. 48.

26 Sánchez Ferriz, Remedio, *Estudios sobre las libertades,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 45 y ss.

27 Solozábal Echavarría, Juan José, "La configuración constitucional del derecho de reunión", *Parlamento y Constitución. Anuario,* no. 5, 2001, págs. 105-106.

decisiones o reclamos de ciertos sectores poblaciones que requieren ser atendidos. Por lo que su ejercicio significa una oportunidad para solucionar los conflictos sociales[28].

Es frecuente que algunos ciudadanos tomen como epicentro la calles y principales avenidas para hacer patente una situación con la que están en desacuerdo, por ejemplo, ajustes económicos, seguridad pública, seguridad social, etc. Problemas serios que se expresan a través de movilizaciones ciudadanas que desafían al Derecho, tal como sucedió en Madrid con el 15M[29], en México con el Movimiento de Ayotzinapa[30], o en Medio Oriente con la denomina "Primavera Árabe"[31].

Las expresiones de protesta usualmente muestran el descontento por la impunidad, inseguridad, pobreza, desigualdad o por las políticas que violan los derechos humanos. En contextos tan complejos, el derecho de manifestación implica terminar con un ciclo de demandas o falta de respuestas efectivas. Por lo tanto, el momento de salir a la calle representa la última oportunidad para que el Estado conozca, aunque de manera tardía, la política pública denunciada, antes de dar lugar a un conflicto mayor. De ahí la importancia de agruparse pacíficamente con cualquier objeto lícito para expresar la protesta social.

---

28 Miele y Sciano señalan que "la situación pacífica es aquélla en la que no hay alteración del orden público". Miele y Sciano, "*Riunione (diritto di)", en Novissimo Difesto italiano,* tomo XVII, Turíno, 1989, pág. 209.

29 Movimiento social que surge para exigir "Democracia Real Ya" en España. El 15 de mayo (de ahí 15M) se dio una movilización ciudadana que fue convocada a través de las redes sociales. Para una aproximación véase Viejo Viñas, Raimundo, "La programática del 15M", *Libre Pensamiento,* no. 71, 2012, págs. 26-33.

30 Movimiento para exigir justicia por la desaparición de 43 estudiantes en Ayotzinapa, Guerrero, México. Para mayor abundamiento véase Fernández Poncela, Ana María, "Ayotzinapa, protestas, solidaridades y movimientos juveniles en México", Boletín Científico Sapiens Research, vol. 5, no. 2, 2015, pág. 61-65.

31 Movimiento social que permitió a la población árabe salir a manifestarse exigiendo reformas económicas, políticas y sociales. Para mayor abundamiento véase Álvarez-Ossorio Alvariño, Ignacio (coord.), *La primavera árabe revisada: reconfiguración del autoritarismo y recomposición del islamismo,* Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

Los manifestantes deben actuar con respeto a la dignidad de las demás personas y a las leyes. Así, todo individuo tiene derecho a formar parte de una asamblea o reunión que tenga como propósito expresar ideas, realizar peticiones o protestas contra la autoridad, siempre que sea de manera organizada y tranquila.

Algunos organismos internacionales han considerado que la manifestación pacífica es una alternativa a la violencia y una forma de expresión que puede ser una llamada de atención al Estado. A través de las concentraciones públicas se logran externar las preocupaciones sobre asuntos públicos para lograr cambios, lo que se convierte en un camino de participación de la democracia directa[32].

Aquí toma relevancia la calidad de "pacífica", como condición, del ejercicio del derecho de salir y expresar los desacuerdos. Al respecto, Vidal Martín refiere que pacífica es aquella reunión que no tenga por finalidad la comisión de actos violentos[33]. Desde esta óptica si una reunión tiene por objeto la defensa o apología de acciones de agresión ilegítimas se podrá subsumir en una categoría no pacífica y en consecuencia no estará permitida por la ley.

Lo relevante del concepto pacífica es que pueda ser entendida como la manifestación que se lleva a cabo libre de violencia contra la personas y las cosas. Pero, ¿qué es una manifestación violenta? Podríamos definirla, de manera general, como un desorden de un grado preocupante, que puede afectar a terceros que no participan en la protesta.

Uno de los primeros antecedentes que le da sustento a esta búsqueda de tranquilidad al momento de manifestarse se dio en Francia en el Decreto de 14 de diciembre de 1789. En este docu-

---

[32] Declaración de la Alta Comisionada contenida en el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, seminario sobre medidas efectivas y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas, A/HRC/25/32, 29 de enero de 2014, párrafo 18.

[33] Vidal Martín, Tomás, "Derecho de Reunión y Manifestación", *Parlamento y Constitución. Anuario*, No. 1, 1997, págs. 280-281.

mento se reconoció en el artículo 62 que los ciudadanos podrían reunirse pacíficamente y sin armas[34].

El planteamiento trasciende al "orden público" que se constituye como uno de los límites tradicionales de la libertad de manifestación. La posibilidad de actos de violencia no es menor, especialmente si es visible la indignación por la falta de respuesta del Estado[35].

Más tarde, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dispuso en el artículo 15, "se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas (...)". Como se advierte la disposición "sin armas" es un elemento que trasciende hasta nuestros días, pero ¿qué debemos entender por armas?

La doctrina señala que "existe una amplia zona gris constituida por los objetos cuyo fin principal no es ser utilizados para el ataque o la defensa, pero que pueden eventualmente servir para ello, por ejemplo, los bastones o incluso los paraguas"[36]. Por lo tanto, la apreciación de la ilicitud de una protesta a causa de la concurrencia de una multitud con armas u objetos peligrosos, dependerá del riesgo que representen.

Al respecto, se debe precisar que no todo objeto que sea susceptible de causar daño puede ser calificado como arma. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México subraya que "para verificar la configuración del delito de portación de arma prohibida debe atenderse a los hechos y a las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión que revelen la finalidad del sujeto activo, independientemente de la naturaleza objetiva y funcional del mencionado instrumento"[37].

---

34 Véase Torres Muro, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 31; y Colom Pastor, Bartomeu, *El derecho de petición*, Universitat de les Illes Balears, Madrid, 1977, pág. 20.

35 Véase Pace, Alessandro, La libertà di riunione nella Constituzione italiana, Giuffrè Milano, 1967, pág. 91.

36 Torres Muro, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 93.

37 Jurisprudencia de la Primera Sala 21/2008, de rubro: "PORTACIÓN DE ARMA PROHIBIDA. PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DE ESE DELITO DEBE ATENDERSE A LAS CIRCUNSTANCIAS Y A LOS HE-

Bajo este razonamiento, la prohibición del uso de armas en las manifestaciones, se refiere a la forma en que se utilizan y no a la materialidad o al objetivo con que fueron creados (labora, recreativa, etc.).

Este concepto es acorde con la doctrina, porque si se admitiera como arma cualquier tipo de objeto con el que pudiera infringirse algún daño, caeríamos por una parte, en la inutilidad del concepto de reunión no pacífica o violenta como límite del derecho y, por otra, en exageraciones que podrían llevar a calificar como armas los puños o piernas de las personas, por llevar las cosas hasta el absurdo, tal como lo destaca Torres Muro[38].

Ahora, es pertinente tomar en cuenta el número de individuos armados y la relevancia que tengan en relación con la manifestación. Es decir, si en una protesta de diez mil personas se identifica a un sujeto portando un "bate" de beisbol, deben apartarlo, para no subsumir su conducta en el calificativo de manifestación armada. Es evidente que frente al número de personas reunidas pacíficamente con un fin legítimo, un sujeto no representa una amenaza de tal magnitud que pueda ponderarse frente el legítimo derecho de un importante número de personas a expresar su inconformidad social[39]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el peligro real e inminente que puede llegar a representar.

CHOS QUE REVELEN LA FINALIDAD DEL SUJETO ACTIVO, INDEPENDIENTEMENTE DE LA NATURLEZA DEL INSTRUMENTO QUE SE PORTE (LEGISALCIÓN DE LOS ESTADOS DE QUERÉTARO Y MORELOS)". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, Abril de 2008, pág. 287.

38 Torres Muro, Ignacio, *La libertad de reunión y manifestación,* Civitas, Madrid, 1991, pág. 94.

39 En este sentido, "Las manifestaciones pacíficas se describieron como una alternativa a la violencia y una forma de expresión que podía considerarse un medio de atraer la atención hacia las preocupaciones relativas a los asuntos públicos y el logro de cambios, así como una manera de ejercer la democracia directa. Las manifestaciones también podían servir de barómetro para que los gobiernos supieran cómo se estaban desempeñando". En *Protesta Social y Derechos Humano: Estándares internacionales y nacionales,* ONU-INDH, Chile, 2014, pág. 96. Disponible en *http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf* (consultado 21 de agosto de 2018).

En suma, el derecho de manifestación pacífica, reunión y protesta social fortalece la vida democrática, en la medida que opera como un elemento que posibilita la deliberación, consenso y resolución de problemas de interés público. Es también, un fenómeno que dinamiza la acción colectiva y permite llevar al espacio público las necesidades de la población, abriendo mecanismos de dialogo no institucionalizados en contextos adversos. Por último, las manifestaciones deben ser pacíficas, de lo contario se debe considerar el grado de peligrosidad o de amenaza real que supongan.

III. Titularidad del derecho y contenido

a) Titularidad

Los derechos de manifestación pacífica son individuales en su titularidad y colectivos en su ejercicio. Individuales porque cada persona puede decidir libremente si quiere o no unirse a una marcha. Mientras, que la naturaleza colectiva deriva del ejercicio de expresión social que reúne a un sector para lograr un fin común.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 2, establece que "todas las personas tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración (...)", añadiendo que "no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona"[40]. De acuerdo con la Declaración, en principio, todas las personas son titulares del derecho de manifestación y reunión.

En semejantes términos, se ha pronunciado el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas destacando que "toda persona debe poder expresar sus quejas o aspiraciones de manera pacífica, entre otras cosas, mediante manifestaciones públicas, sin temor a sufrir represalias o a ser ame-

[40] Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en *http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf* (consultado el 5 de septiembre de 2018).

drentada, hostigada, lesionada, sexualmente agredida, golpeada, detenida y recluida de manera arbitraria, torturada, asesinada ni ser objeto de desaparición forzada, lo que es especialmente cierto en el contexto de las elecciones cuando aumentan las tensiones y los intereses políticos, económicos y sociales que están en juego son considerables"[41].

No obstante, esta titularidad genérica adquiere matices en determinados países. En algunos Estados se hace una distinción en la titularidad de estos derechos al diferenciar a aquellos que tiene una mejor calidad para ejercitarlos. Por ejemplo, se priva de hacer protestas sociales a extranjeros, migrantes, menores de edad, entre otras categorías.

Así, tenemos que en México por disposición constitucional se prohíbe a los extranjeros inmiscuirse en los asuntos políticos del país[42], norma que entendida en armonía con el derecho de reunión garantiza sólo a los ciudadanos la posibilidad de reunirse de manera pacífica para expresar una inconformidad[43]. Del mismo modo, otros países como Malasia prohíben a los menores de 21 años organizar manifestaciones públicas[44].

---

41 Resolución 22/10. *La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*, adoptada el 21 de marzo de 2013, pág. 2. A/HRC/RES/22/10. Disponible en *http://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Resolución-22-10-Consejo-de-Derechos-Humanos-sobre-Manifestaciones-Pacíficas-1.pdf* (consultado el 1 de octubre de 2018).

42 Artículo 33. (...) Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

43 Artículo 9. No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

44 Ley de Reunión Pacífica de 2012. En el mismo sentido en el documento *Protesta Social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales* se señaló que "Malasia la Ley de Reunión Pacífica de 2012 prohíbe que los menores de 21 años organicen manifestaciones públicas. Los menores de 15 años ni siquiera pueden participar. Asimismo, los migrantes y los no ciudadanos pueden ver restringidos sus derechos de reunión". VV. AA., *Protesta Social y Derechos Humano: Estándares internacionales y nacionales,* ONU-INDH, Chile, 2014, pág. 82. Disponible en *http://acnudh.org/*

Por el contrario, otros países atribuyen los derechos de manifestación y protesta tanto a los nacionales como a los extranjeros. Por ejemplo, España otorga pleno reconocimiento a los extranjeros desde 1987 para reunirse de manera pacífica[45].

La titularidad del derecho de reunión puede presentar problemas para ciertos colectivos al ser restringidos por la ley en su ejercicio, como ocurre con los jueces y magistrados, algunos cuerpos de seguridad, los miembros de las fuerzas armadas, fiscales, etc. La limitación responde a la responsabilidad social que esos sujetos tienen frente al Estado. Por ejemplo, en España se establece que los militares no gozaran del derecho de manifestación. Imaginar un día de protesta de las fuerzas armadas resulta un escenario verdaderamente preocupante, de ahí que se justifique la delimitación de determinadas agrupaciones en beneficio de un bien superior como es la seguridad pública.

En el orden internacional se observan criterios discrepantes en torno a la posibilidad de limitar o no los derechos de manifestación relacionados con la ciudadanía. Sin embargo, es precisamente esta razón la que debe preocupar a los países a fin de que no se niegue a los grupos vulnerables, el acudir a las calles para realizar protestas cuando se considere que no han sido respetados sus derechos.

---

wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf (consultado 12 de agosto de 2018).

45 Véase STC 115/87, de 7 de julio de 1987, FJ 4. En el que establece "ha de recordarse aquí el tema de la igualdad de trato de extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye, según ha dicho la STC 93/1985, de 30 de septiembre, el derecho a la tutela judicial efectiva, y, por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta, además, que, aunque este Tribunal ha admitido para otros derechos fundamentales de los extranjeros algunas restricciones examinadas en los fundamentos jurídicos anteriores, ello ha sido en la medida que existe un sistema de garantías suficientes que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención. Pero para prevenir este riesgo no es posible eliminar para todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecúa a la necesidad de salvaguardar los intereses generales".

Organismos internacionales han observado que "el hecho de que una persona carezca de la ciudadanía o de un estatuto legal no significa que no deba tener algún tipo de voz en los asuntos políticos, económicos o sociales de su país de residencia"[46]. Recuérdese que las reuniones pacíficas son instrumento relevante para visibilizar a grupos histórica y socialmente excluidos.

En este sentido, existe una categoría de sujetos especialmente protegidos en atención a su calidad de alta vulneración y marginalidad, cuya libertad de expresión se ve limitada por las condiciones socioculturales, de ahí que la libertad de manifestación sea cauce de comunicación para expresar la inconformidad y la lucha por sus derechos. Por ejemplo, los migrantes, indígenas, grupos afros, son conjuntos de personas que usualmente no cuentan con protección laboral por lo que su única alternativa es salir a la calle y hacerse escuchar.

El Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha señalado que los derechos de la libertad de reunión pacífica y asociación son fundamentales debido a que las personas pueden unir sus preocupaciones e intereses con el propósito de darlos a conocer y procurar un estado de gobernabilidad que resuelva sus problemas[47].

Por lo anterior, acorde con lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos los Estados deben reconocer los derechos de reunión y manifestación pacífica a todas las personas. El texto normativo es muy generoso y otorga una posición privilegiada a tales derechos instrumentales que permiten hacer posible la exigencia de otros derechos, por lo que su restricción atendiendo a la condición del sujeto debe ser excepcional y debe estar plenamente justificada.

---

[46] Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/HRC/26, 14 de abril, en VV. AA., *Protesta Social y Derechos Humano: Estándares internacionales y nacionales*, ONU-INDH, Chile, 2014, pág. 82. Disponible en *http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf* (consultado 21 de agosto de 2018).

[47] Informe del Relator Especial sobre los derechos de reunión pacífica y de asociación, de 7 de agosto de 2013, (A/68/299). Disponible en *http://freeassembly.net/wp-content/uploads/2013/09/UNSR-elections-report-ESP.pdf* (consultado el 19 de agosto de 2018).

b) Contenido

El contenido de los derechos de protesta social contempla tres notas distintivas: a) la posibilidad de concurrencia de un determinado grupo de personas, b) debe existir una convocatoria para la manifestación y c) la concentración tiene una finalidad específica[48].

El objeto de los derechos de manifestación se puede definir como la exigencia pública de intereses comunes de ciertos grupos al Estado[49]. Esto es, debe de existir una auténtica intención de reunirse de manera momentánea para discutir un tema común. No obstante, dicha reunión no podrá ser de carácter privado ni en lugar cerrado, de serlo no se subsumirían en las características preestablecidas (libertad de expresión en espacios públicos).

Por ello, las modalidades de ejercicio de los derechos de protesta responden al lugar en el que se desarrollen. Por ejemplo, el derecho de reunión puede llevarse a cabo indistintamente en un lugar cerrado o público, el alcance de la reunión se verá condicionado por la convocatoria y el número de personas que acudan a ella. Por su parte, la concentración se desarrolla a modo de reunión estática en un lugar público. Mientras que, el derecho de protesta tiene la característica de ser una movilización dinámica en un lugar público.

En este sentido, cobra importancia lo destacado por Torres Muro, al señalar que para "diferenciar las reuniones de las meras aglomeraciones, [se debe presentar atención en] que en las primeras hay un mínimo de organización producto de una voluntad anterior o previa al hecho mismo de la coincidencia de un determinado número de personas en un lugar"[50].

---

48 Nos acogemos al análisis del contenido del derecho de reunión y manifestación que hace Torres Muro. Véase Torres Muro, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación,* Civitas, Madrid, 1991, pág. 85.

49 Vidal Martín, Tomás, "Derecho de Reunión y Manifestación"*, Parlamento y Constitución. Anuario,* No. 1, 1997, pág. 268.

50 Torres Muro, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 24.

Existe una polémica sobre si para la celebración de reuniones en lugares de tránsito público se debe comunicar anticipadamente a la autoridad. Por una parte se señala que las libertades fundamentales no deben supeditarse a la obtención de una autorización[51] porque puede suponer la vulneración al contenido esencial del derecho[52] y, por otra, se ha destacado que la comunicación anticipada obedece a la necesidad de establecer medidas de seguridad, de tal suerte que, la manifestación pueda llevarse adecuadamente[53].

Los orígenes del debate se remontan a la discusión que pesa sobre la libertad de expresión como derecho colectivo. Específicamente se centra en analizar la figura de la solicitud que los organizadores de la manifestación hacen a las autoridades y la facultad discrecional de la autoridad para ponderar el derecho de protesta social y el posible riesgo que la movilización podría implicar, porque bajo el argumento de prevenir ciertos conflictos o actos de violencia, es altamente probable que la autoridad niegue la manifestación bajo la excusa de la prevención[54]. En este sentido, existirá una tendencia natural, por parte de los ordenamientos legales, a explotar la comunicación anticipada como medio de control antes que una desafortunada represión.

---

51 Véase VV. AA., *Protesta Social y Derechos Humano: Estándares internacionales y nacionales*, ONU-INDH, Chile, 2014, pág. 39. Disponible en http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf (consultado 21 de agosto de 2018).

52 Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español en la STC 115/87, de 7 de julio de 1987, FJ 4.

53 En Estados Unidos, por ejemplo, se ha el Tribunal Supremo ha sostenido la constitucionalidad de algunas leyes estatales que imponían la necesidad de obtener permisos para realizar actividades de expresión pública bajo la figura de la "prior restraints". Para mayor abundamiento véase Alexander, Larry, "There is no First Amendment Overbreadht (But there are vague first Amendment doctrines); Prior Restraints Aren´t "Prior"; adn "As Applied" Challenges Seek Judicial Statutory Amendments", *Constitutional commentary*, vol. 27, no. 2, 2011, págs. 439-454.

54 Mill, Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 2013, pág. 142-144. En semejantes términos Torres Muro, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación,* Civitas, Madrid, 1991, pág. 106 y Peces-Barba, *Derechos fundamentales*, Madrid, 1980, pág. 126-130.

Existen voces que consideran que en una sociedad libre y democrática no debería obligarse a contar con autorización para reunirse pacíficamente[55]. A lo sumo, podría solicitarse una notificación previa para que se facilite seguridad y orden público para la ciudadanía, pero ello no debe entenderse como un permiso. Algunos países como México[56] y España antes de iniciar la marcha o concentración los organizadores comunican a las autoridades su realización, pero no se pide una autorización[57].

La alteración al orden público que suponga algún peligro para las personas o bienes puede justificar a una autoridad impedir alguna manifestación. En su caso, los organizadores son responsables directos de mantener el orden durante la marcha, además

55 Véase en VV. AA., *Protesta Social y Derechos Humano: Estándares internacionales y nacionales*, ONU-INDH, Chile, 2014, pág. 52. Disponible en http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf (consultado 21 de agosto de 2018).

56 En la Ciudad de México de acuerdo con el artículo 212 de la Ley de Movilidad de la Ciudad de México, la Seguridad Pública tendrá la obligación de brindar las facilidades necesarias para la manifestación pública, de los grupos o individuos den aviso. Para la realización de desfiles, caravanas, manifestaciones, peregrinaciones o cualquier otro tipo de concentración humana de carácter político, religioso, deportivo, recreativo o social, cuya finalidad sea perfectamente licita y que pueda perturbar el tránsito en las vialidades, la paz y tranquilidad de la población de la ciudad, es necesario que se dé aviso por escrito a Seguridad Pública, con por lo menos 48 horas de anticipación a la realización de la misma. La Administración Pública en el ámbito de su competencia deberá informar a la población a través de los medios masivos de comunicación y medios electrónicos, sobre el desarrollo de manifestaciones, actos o circunstancias que alteren de forma momentánea, transitoria o permanente la vialidad. Asimismo, deberá proponer alternativas para el tránsito de las personas y/o vehículos.

57 Artículo 8. La celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo. Si se tratare de personas jurídicas la comunicación deberá hacerse por su representante. Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación, a que hace referencia el párrafo anterior, podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas. Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

deberán adoptar las medidas pertinentes para el adecuado desarrollo.

En el ejercicio de los derechos de manifestación se pueden apreciar ciertas características comunes.

A) Previa concertación. Característica que permite distinguir este derecho de reuniones espontáneas. La reunión de personas supone una convocatoria emitida con la finalidad de asistir a una concentración.
B) Concurrencia de personas con un fin específico. Implica la concentración de una pluralidad de personas que voluntariamente asisten con un objetivo común (lícito) a manifestar su parecer.
C) Finalidad. El objetivo que se persigue debe ser lícito y se puede materializar en el intercambio o exposición de ideas, la defensa de interés y la publicidad de reivindicaciones.
D) Tiempo determinado. Las reuniones se desarrollan durante un período establecido, que usualmente concluye cuando se ha logrado la finalidad perseguida.
E) Mínima organización. Las concentraciones son convocadas, lo que implica una organización previa que debe desdoblarse en acciones tendentes a llevar a cabo una manifestación pacífica (libre de violencia) y ordenada.

En suma, el contenido de los derechos de manifestación, reunión y protesta se compone de varios elementos, es decir, implica la concurrencia de un grupo de personas organizadas con un objetivo común y temporalidad determinada. Son libertades protegidas por los diversos ordenamientos al tener la característica de ser instrumentales porque permiten defender y ampliar otros derechos fundamentales.

IV. Límite y conflictos con otros derechos

Determinar el alcance de un derecho debe realizarse de modo razonable y proporcional, pero tales límites no pueden llegar a desnaturalizar o suprimir la posibilidad de ejercicio del respecti-

vo derecho. Por ello, la delimitación del alcance de los derechos debe ser expresa y precisa. La inclusión de límites es natural debe prevalecer un equilibrio entre el ejercicio a manifestar públicamente alguna inconformidad y otros derechos.

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 15, que el derecho de reunión puede estar sujeto a algunas restricciones previstas en la ley. Las delimitaciones deben ser proporcionales y admisibles en una sociedad democrática[58].

Del mismo modo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha señalado que "las restricciones de modo, lugar y tiempo al ejercicio del derecho de libertad de expresión y de reunión deben ajustarse a los estrictos criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad".[59] En este entendido las prohibiciones no pueden servir de excusa para vigilar, detener o someter a procesos jurisdiccionales a las personas que ejerzan el derecho de protesta social.

En México ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar[60]. Tampoco está permitido el lenguaje violento, intimidatorio

---

58 Artículo 15. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (consultado el 19 de septiembre de 2018).

59 Véase Comunicado de prensa R109/17, "Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH condena restricciones arbitrarias de la Libertad de Expresión y de Reunión en Venezuela", 29 de julio de 2017. Disponible en *http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1071&lID=2*

60 Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tiene derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

y de odio[61], tal como se ha establecido vía jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación[62].

El parámetro para la regulación debe considerarse a la luz de una ponderación de intereses de las partes involucradas, por lo que de prohibirse una reunión o manifestación se requeriría un análisis del caso y una justificación previamente establecida en ley.

En este sentido Corzo Sosa señala que "las limitaciones judiciales, no deben considerarse que la penalización de las manifestaciones en las vías públicas constituyen *per se* una violación a los derechos de libertad de expresión y de reunión, además también deben analizarse si la imposición de una sanción penal es el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión a través del derecho de reunión"[63].

---

61 Véase Tesis aislada de la Primera Sala CDXXI/2014, rubro: "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SE PRESUME QUE TODAS LAS FORMAS DE EXPRESIÓN SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS POR LA CONSTITUCIÓN. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe la presunción de que todas las formas de expresión, independientemente de su contenido, se encuentran protegidas por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En contraposición, y por disposición expresa de la Convención, escapan de dicha cobertura: toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. Asimismo, por mandato constitucional deben entenderse protegidas todas las formas de expresión. Dicha presunción sólo puede ser derrotada bajo razones imperiosas".

62 Véase Tesis asilada de la Primea Sala CL/2013, rubro: "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ACTUALIZACIÓN, CARACTERÍSTICAS Y ALCANCES DE LOS DISCURSOS DEL ODIO", Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, Décima Época, pág. 545; y Tesis aislada de la Primera Sala CXLVIII/2013, rubro: "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL DISCURSO HOMÓFOBO CONSTITUYE UNA CATEGORÍA DE LENGUAJE DISCRIMINATORIO Y, EN OCASIONES, DE DISCURSOS DEL ODIO", Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, Décima Época, pág. 547.

63 Corzo Sosa, Edgar, "Derecho Humano de manifestación pública: limitaciones y regulación", en Godínez Méndez, Wendy A., y García Peña, José Heriberto (coords.) *Temas actuales del Derecho. El derecho en la Globalización,* UNAM-IIJ, México, 2014, pág. 86.

Las concentraciones que tengan por objeto la defensa de acciones violentas ilegítimas pueden subsumirse en el concepto de reuniones no pacíficas. Sin embargo, debe hacerse la distinción entre una reunión no pacífica y aquellas que constituyan un delito[64], debido a que, la responsabilidad y las consecuencias jurídicas son distintas.

Para calificar una manifestación de no pacífica es necesario que se den actos violentos cuya consecuencia será la disolución de la reunión, pero si los actos violentos constituyen delitos como rapiña, daño en propiedad ajena, robo, etcétera; cada persona involucrada en el tipo penal señalado responderá individualmente por su conducta ante el Estado.

La autoridad podrá prohibir o modificar algunas de las reuniones cuando se contravenga el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática[65]. Sin embargo, el alcance de orden público no se puede extender a la prohibición de la manifestación bajo el argumento de obstaculizar la libre circulación porque por su propia naturaleza el derecho de concentración y manifestación presupone la afectación del libre tránsito. Por tanto, no se podrá utilizar ese razonamiento para negar el ejercicio del derecho de reunión o manifestación.

Al respecto Carbonell señala como "particularmente compleja (...) la relación entre el derecho de manifestación y la libertad de tránsito, pues si el primero se ejerce en la vía pública el segun-

64 Por delito se habrá de entender aquellas acciones así tipificadas en el Código Penal y en las Leyes Penales especiales.

65 Así lo establece el artículo 29. (...) 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (...)" Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por orden público podemos entender lo establecido por Alonso de Antonio quien señala que es la "limitación de un derecho por razón de tranquilidad, seguridad o salubridad pública". Alonso de Antonio, José Antonio, "El derecho de reunión en el ordenamiento jurídico español", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Monográfico, no. 15, 1989, pág. 110.

do puede correr algún tipo de riesgo, sobre todo en las grandes urbes en las que los problemas son parte de la cotidianidad"[66].

En este entendido, las demandas sociales se convierten en un cause de expresión para dar a conocer una opinión pública, por lo que de ninguna manera significa que su objeto sea paralizar el tránsito vehicular o bloquear las calles caprichosamente.

El fundamento capaz de interrumpir una manifestación será el peligro para las personas o propiedades, este argumento podría, eventualmente, justificar que la autoridad limite, modifique o, en su caso, prohíba alguna manifestación[67]. Sin embargo, es necesario que exista una proporcionalidad al momento de ejercer el derecho de manifestación en la vía pública, de tal suerte, que no se vea restringido por completo el derecho de circulación intentando encontrar un punto de equilibrio entre ambos.

La colisión de los derechos de manifestación, reunión y protesta con la libre circulación y tránsito de las personas[68], son derechos que están en constante tensión. Por ejemplo, de acuerdo con la Secretaría de Seguridad Pública en la Ciudad de México, en los últimos tres años se han registrado más de diez mil protestas sociales en el México, lo que se traduce en nueve protestas diarias aproximadamente[69], cuyos conflictos se materializan en

---

66 Carbonell, Miguel, "La libertad de asociación y de reunión en México", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006, pág. 828.

67 Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional español al señalar que "aun admitiendo que la alteración del orden público se produce cuando injustificadamente se limita el derecho a la libre circulación, es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes, situación de peligro que hay que estimar cumplida cuando de la conducta de los manifestantes puedan inferirse determinada violencia física, o al menos, moral con alcance intimidatorio para terceros". STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 8.

68 Artículo 13. 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país. Declaración Universal de Derechos Humanos.

69 De acuerdo con la Secretaría de Seguridad Pública de Ciudad de México, durante 2015, hubo un total de 3.722 movilizaciones, ubicándose mayo y junio como los meses con mayor número de manifestaciones. En 2016 se registraron 3.846 protestas, siendo julio y agosto los meses con mayor

la inconformidad de empresarios y automovilistas por el cierre de calles.

En los últimos años han aumentado las leyes y los reglamentos, que colocan diversos obstáculos para ejercer el derecho a manifestarse. Por lo que existe la tendencia al incremento del poder punitivo del Estado mediante la promoción de normas que prohíben o agravar las sanciones de personas que hayan participado en una protesta social.

Por lo anterior, se ha procurado imponer una serie de requisitos burocráticos que dificultan la realización de las concentraciones. Verbigracia, se solicita información sobre los lugares, recorridos y horarios donde se va a desarrollar la manifestación, asimismo, se da aviso a los elementos de las fuerza pública para el resguardo con grupos de choque.

Otros ordenamientos, se han dado a la tarea de incluir medidas de mayor severidad, como aumentar las penas de tipos penales relacionados con las expresiones públicas durante una manifestación, la ampliación del tipo de delitos como el terrorismo[70], la geolocalización, el bloqueo de señales y la retención de datos informáticos disponibles en dispositivos electrónicos (celulares y computadoras portátiles). Así como la permisibilidad de suspender en cualquier momento las garantías individuales de los manifestantes.

Lo anterior se evidencia en ordenamientos como el Código Penal de Colombia, que en el año de 2011 tipificó delitos como la violencia contra el servidor público[71] y la perturbación del ser-

índice; mientras que para 2017 el número decreció un 36 por ciento respecto a 2016, con un total de 2.496 marchas. Disponible en *https://www.telesurtv.net/news/mas-10-mil-manifestaciones-mexico-durante-ultimos-3-anos-20180217-0015.html* (consultado el 19 de septiembre de 2018).

70 Para mayor abundamiento sobre el ejemplo de terrorismo véase el ejemplo de Chile en la Corte Interamericana (caso Mapuche).

71 Artículo 429. Violencia contra servidor público. El que ejerza violencia contra servidor público, por razón de sus funciones o para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. Ley 1453 de 2011, de 24 junio, por medio de la cual se reforma el Código Penal,

vicio de transporte público[72]. En México a partir del año 2013 surgieron diversa leyes locales que regularon el derecho de manifestación pacífica[73]. En Brasil fueron presentadas a nivel federal y estatal diversas iniciativas para regular y criminalizar la protesta, tipificando el delito de vandalismo en contexto de manifestación[74].

En Venezuela, desde el 2002, existen leyes que criminalizan el ejercicio del derecho de protesta. Un ejemplo palpable es la creación de "zonas de seguridad" para recluir a quienes alteren el "orden público", por obstaculizar la vía pública, entre otros, imponiendo una sanción que va de los cuatro a los ocho años de prisión[75].

Grosso modo, el conflicto de derechos entre el genuino ejercicio del derecho de manifestación pacífica frente al orden público

---

el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.

72 Artículo 353. Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial. El que por cualquier medio ilícito imposibilite la circulación o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte público, colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes. de 24 junio, por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.

73 Véase por ejemplo la Ley de Movilidad de la Ciudad de México, de 14 de julio de 2014, y Ley de Ordenamiento Cívico del Estado de Quintana Roo, de 4 de julio de 2014.

74 En Brasil, un proyecto de tipificación del delito de vandalismo pretendía aumentar considerablemente la pena para daños al patrimonio público y privado cuando ocurrieran en el marco de manifestaciones públicas. Si bien usar máscaras no es un delito, en los estados de Río de Janeiro y San Pablo fue prohibido su uso durante protestas y manifestaciones. Disponible en *http://www.cels.org.ar/protestasocial_AL/* (consultado el 2 de septiembre de 2018).

75 En el año de 2014, el Tribunal Supremo de Venezuela emitió una sentencia en la que estableció como obligación la emisión de un permiso de las autoridades para poder realizar una manifestación. Si los manifestantes no cuentan con el permiso, el Estado puede utilizar la fuerza pública para disolver la protesta con el uso de la fuerza del Estado.

ha sido la excusa para legitimar el uso de la fuerza pública y para acallar las voces de los inconformes.

En algunos Estados persisten los fenómenos de represión y criminalización ante la protesta social. Inclusive, se ha llegado a utilizar la fuerza pública para reprimir las manifestaciones, se ha estimulado el desarrollo de tipos penales a efecto de inhibir las movilizaciones y se han creado leyes que atentan contra el derecho de expresión, reunión y manifestación.

Las razones en las que se apoyan las medidas de represión, son el abuso del derecho del espacio público por parte de un grupo. Partiendo de esta premisa se incentiva la expedición de leyes que permiten mantener un control, es decir, otorgar a las autoridades la posibilidad de calificar de legítimas o no ciertas protestas sociales, a partir del cumplimiento de diversos requisitos (si persiguen un fin, si se da aviso, si son espontáneas o si se requiere autorización). Hacer este tipo de distinciones se traduce en una política antidemocrática y regresiva de derechos.

Incluso, la calificación de manifestaciones ilegitimas permite utilizar la fuerza del Estado para contener la protesta no autorizada[76]. Ello puede dar pie a que haya lesionados, detenciones ilegales, criminalización de activistas sociales, uso de las fuerzas armadas, así como desapariciones forzadas, entre otras[77].

---

[76] Algunas autoridades han reprimido manifestaciones pacíficas que intentaban reivindicar derechos económicos, sociales y culturales, como los indígenas que protestaban contra la explotación de una mina de carbón (Bangladesh), la población local que denunciaba los efectos de las centrales nucleares (India); los estudiantes que se oponían a la reforma de la enseñanza universitaria (Chile); los empleados que protestaban por el cierre de una mina (Myanmar), los activistas que criticaban el aumento de los precios de los combustibles (Sri Lanka) o los estudiantes que apoyaban a un grupo étnico que había sido desplazado a la fuerza para permitir la construcción de un embalse (Sudán). VV. AA., *Protesta Social y Derechos Humano: Estándares internacionales y nacionales*, ONU-INDH, Chile, 2014, pág. 55. Disponible en http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf (consultado 15 de agosto de 2018).

[77] Véase sobre todo VV. AA., *Protesta Social y Derechos Humano: Estándares internacionales y nacionales*, ONU-INDH, Chile, 2014, pág. 48. Disponible en http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf (consultado 12 de agosto de 2018).

Es importante señalar que toda restricción a la libertad de reunión pacífica debe confeccionarse a partir del respeto de los derechos humanos, privilegiando el pluralismo y la tolerancia, de tal manera que sea posible evitar la criminalización injustificada y la persecución de las personas que salen a las calles en busca de una respuesta a un problema social.

Analizar los límites a los derechos de manifestación, reunión y protesta supone hacer un balance sobre la justificación y la proporcionalidad de las restricciones establecidas frente a la deseable expansión y proyección de los derechos fundamentales. Por lo que, en este punto, tanto el legislador a través de la creación de leyes como el juzgador al momento de analizar los conflictos en sede jurisdiccional, deberán hacer una ponderación de los bienes tutelados, procurando respetar el núcleo esencial de los derechos de protesta social.

En todo caso, deberemos estar atentos a la creciente imposición de requisitos y límites innecesarios, que intentan avanzar hacia la tipificación de delitos o la acreditación de responsabilidad civil, en perjuicio del legítimo derecho a manifestarse.

V. Reflexiones finales

Las protestas sociales, manifestaciones pacíficas y reuniones públicas son la expresión de un sentir colectivo que exponen su desacuerdo con determinadas políticas públicas o medidas del gobierno.

El núcleo esencial de estos derechos se ubica en el fin común de un conglomerado de personas organizadas y reunidas de manera temporal. En principio, la titularidad de los derechos de protesta corresponde a todos las personas, sin embargo, se admiten ciertas restricciones justificadas, bajo argumentos que atienden a condiciones sociales e históricas de cada país.

La manifestación pacífica puede colisionar con otros derechos como el libre tránsito y circulación de las personas, por lo que solo será admisible su restricción cuando se contemple de manera previa en la ley y exista un análisis de proporcionalidad y ponderación con la medida de limitación adoptada.

Es necesario hacer énfasis en que los derechos de reunión pacífica son formas de participación que permiten un dialogo abierto y genuino entre la población y sus gobernantes. De ahí que el marco legal debe dirigirse a despenalizar todo aquello que tenga que ver con la protesta social.

En la actualidad, diversas movilizaciones han cimbrado a la ciudadanía a nivel mundial. Por ejemplo, la "Primavera Árabe" y el "Movimiento de los indignados" fenómenos sociales que han abierto foros de expresión innovadores en diversas partes del mundo. Esos movimientos son una alternativa pacífica para lograr el cambio, y al mismo tiempo otorgan a las autoridades la oportunidad de conocer la opinión de los ciudadanos.

Las grandes movilizaciones confirman holgadamente que la celebración de reuniones no violentas son un medio legítimo que permite reivindicar el cambio democrático, solicitar el respeto a los derechos humanos y exigir responsabilidades por las violaciones y los abusos cometidos.

La posibilidad de salir a la calle y manifestarse ha demostrado ser particularmente importante para los grupos más vulnerables, ya que pueden plantear su situación -en gran número desesperada- a un Estado indiferente.

Por lo anterior, es importante mantener un entorno propicio para ejercer los derechos de manifestación de manera pacífica, así como verificar que las restricciones se ajusten a los estándares y normas internacionales de derechos humanos, especialmente los de proporcionalidad y ponderación de los bienes y derechos en pugna.

VI. Bibliografía

Alonso de Antonio, José Antonio, "El derecho de reunión en el ordenamiento jurídico español", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Monográfico, no. 15, 1989.

Alexander, Larry, "There is no First Amendment Overbreadht (But there are vague first Amendment doctrines); Prior

Restraints Aren´t "Prior"; and "As Applied" Challenges Seek Judicial Statutory Amendments", *Constitutional commentary*, vol. 27, no. 2, 2011, págs. 439-454.

Álvarez-Ossorio Alvariño, Ignacio (coord.), *La primavera árabe revisada: reconfiguración del autoritarismo y recomposición del islamismo*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

Barent, Eric, *Freedom of speech*, Oxford University Press, New York, 1987.

Carbonell, Miguel, "La libertad de asociación y de reunión en México", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006, págs. 825-841.

Corzo Sosa, Edgar, "Derecho Humano de manifestación pública: limitaciones y regulación", en Godínez Méndez, Wendy A., y García Peña, José Heriberto (coords.) *Temas actuales del Derecho. El derecho en la Globalización,* UNAM-IIJ, México, 2014, págs. 77-92.

Colom Pastor, Bartomeu, *El derecho de petición*, Universitat de les Illes Balears, Madrid, 1977.

Fernández Poncela, Ana María, "Ayotzinapa, protestas, solidaridades y movimientos juveniles en México", *Boletín Científico Sapiens Research*, vol. 5, no. 2, 2015, pág. 61-65.

Gargarella, Roberto, "El derecho frente a la protesta social", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* 2008, vol. 250, págs. 183-199.

Hurtado, Javier y Arellano Ríos, Alberto, "El derecho de asociación en México: una revisión constitucional", *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá, no. 13, enero-junio de 2011, págs. 51-73.

Kalven Fr., Harry: "The Concept of the Public Forum", en David Amar, Vikram (edit.): *The First Amendment. Freedom of Speech. Its Constitutional History and the Contemporary Debate*, Prometheus Books, New York, 2009, págs. 192-197.

Mill, Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 2013.

Miele y Sciano, "Riunione (diritto di)", *Novissimo Difesto italiano*, tomo XVII, Turíno, 1989.

Saldaña, María Nieves, "La gestación de la Primera Enmienda: Founding period" y "original meaning", Historia Constitucional, no. 7, 2006, págs. 257-289.

Salvador Coderch, Pablo (dir.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

Sánchez Ferriz, Remedio, *Estudios sobre las libertades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

Sherr, Avrom, *Freedom of portest, public order and the law*, Oxford, New York, 1989.

Solozábal Echavarría, Juan José, "La configuración constitucional del derecho de reunión", *Parlamento y Constitución. Anuario,* no. 5, 2001, págs. 103-126.

Soriano Díaz, Ramón, "Artículo 21. Derecho de reunión", en Alzaga Villaamil Óscar, (dir.), Comentarios a la Constitución, tomo II, arts. 10 al 23, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1983.

Tarrow, Sidney, "National politics and Collective Action. Recent theory and research in Western Europe and the United States", *Annual Review of Sociology*, no. 14, 1988, págs. 421-440.

Torres Muro, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación,* Civitas, Madrid, 1991.

Pace, Alessandro, *La libertà di riunione nella Constituzione italiana*, Giuffrè Milano, 1967.

Rodríguez Alzueta, Esteban, "Libertad de expresión y activismo estatal el Estado y los grupos desaventajados: La distribución equitativa de la palabra", Cuadernos de H Ideas, vol. 2, no. 2, diciembre 2008. Disponible en *http://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/cps/article/view/1371*.

Viejo Viñas, Raimundo, "La programática del 15M", *Libre Pensamiento*, no. 71, 2012, págs. 26-33.

Vidal Martín, Tomás, "Derecho de Reunión y Manifestación", *Parlamento y Constitución. Anuario*, No. 1, 1997, págs. 267-288. VV. AA., Protesta Social y Derechos Humano: Estándares internacionales y nacionales, ONU-INDH, Chile, 2014.

El derecho fundamental a la participación política en el sistema electoral mexicano. La influencia de los tratados internacionales en la interpretación actual

Santiago Nieto Castillo
Guadalupe Itzi-Guaria Hurtado Bañuelos

Sumario: I. Democracia y participación política, breves antecedentes en México. II. La protección internacional de la participación política y su aplicabilidad actual en el sistema electoral mexicano. III. A manera de conclusiones: después del 2018, retos y perspectivas. IV. Bibliografía.

I. Democracia y participación política, breves antecedentes en México

Me atrevería a decir que desde el diseño del ateniense Clístenes hasta nuestros días, la igualdad de los ciudadanos ante la ley es la verdadera base de lo que entendemos hoy por democracia; es a través de ella y de su irrestricta observancia que las estructuras estatales y las reglas que conducen a la repartición del poder público tendrían que ser diseñadas, aplicadas y, en caso de ser vulneradas, sancionadas.

En este entendido, en la llamada democracia electoral[1], vista como vertiente de la democracia moderna, las y los servidores

[1] Como expresión de una democracia constitucional representativa.

públicos que ejercen cargos de representación popular, no solo deben ser elegidos y pacíficamente sustituidos, mediante elecciones libres e imparciales, sino que deben gozar, en igualdad de condiciones, del derecho de acceso a participar en las propias contiendas electorales.

Por lo que hace a los electores, el derecho a poder escoger a quienes serán sus representantes tiene que construirse -y así garantizarse- de manera libre e igualitaria; es decir, sin que al efecto existan cargas o requisitos desproporcionados que se impongan a un grupos o grupos determinados de quienes teniendo la calidad de ciudadanos, acudan a las urnas a votar; o, sin accionar este derecho, desde el activismo, militancia, protesta o la sana critica, quieran ser parte de la vida política,

Así, parafraseando a Norberto Bobbio, los derechos de igualdad y libertad, en materia electoral, son -o al menos deberían ser- condición necesaria para la correcta aplicación del juego democrático; es decir, su vigencia tiene que garantizar, libre y en todas sus dimensiones[2], la participación política de las personas que busquen influir de manera activa en los procesos electorales.

Son entonces los derechos a la igualdad y libertad de oportunidades[3] en materia político-electoral, las proyecciones jurídicas que se convierten en aval del efectivo acceso a la contienda en favor de cualquier persona que desee participar en ella; en este entendido, el puente entre el ideal democrático y la realidad que se vive en los Estados Constitucionales de Derecho es, sin duda, el reconocimiento, pleno y real, del derecho a la participación política como fruto de la propia igualdad y libertad.

Dicho lo anterior, a fin de dimensionar en todos sus aspectos la construcción de la participación como derecho fundamental

[2] Derecho a votar, a ser votado, e integrar órganos político-electorales, militar en un partido político, participar en manifestaciones, discusión en asuntos políticos, hacer proselitismo, etc.

[3] Entendiendo el concepto de igualdad desde su vertiente jurídica y sustantiva, en la que se incluyen las acciones afirmativas que permiten igualar, de manera real y no ilusoria, las condiciones de oportunidad y disfrute de los derechos político-electorales reconocidos a todas las personas. Por libertad entenderemos el derecho a la no intervención o la no interposición de obstáculos que impidan el efectivo goce de los derechos.

de todas las personas que buscan intervenir en la vida política, ya sea desde la formación de la voluntad estatal[4] (lo que implica la elección de representantes y la posterior influencia en sus decisiones) o a partir de las realización de acciones que busquen obtener fines políticos (desde integrar órganos de representación, hasta todo tipo de actividades que tengan que ver con la organización del poder político), conviene hacer, de manera breve pero concisa, un repaso de la historia del diseño de las reglas de los procesos electorales en nuestro país; esto con el único propósito de contextualizar la evolución en el reconocimiento de este derecho, que en el caso concreto, tal y como se verá, responde a la enorme desigualdad que rodeaba a la posibilidad de participar, desde cualquier ámbito, en la vida política del país[5].

La igualdad de oportunidades para participar activamente en los procesos de repartición del poder político y de toma de decisiones, comenzó a gestarse de la mano de los esbozos para crear la primera Constitución del México independiente; así, a través de la promulgación de la "ley de elecciones", se crearon las bases para la deliberación del que sería el Congreso Constituyente de la llamada Constitución de 1824; en dicha ley, se establecía el derecho de votar a los hombres libres, nacidos en territorio mexicano o avecindados en él, que no tuvieran, entre otros, incapacidad física o moral, que no estuvieran sentenciados a penas aflictivas o infamantes, etc. El proceso electoral sería realizado a la usanza americana, a través de elecciones "indirectas", por medio de juntas primarias o municipales, secundarias o de partido y juntas electorales de provincia[6].

Si bien, de la lectura de este primer antecedente, se aprecia claramente que el derecho a votar (vertiente de lo que conocemos como derecho a la participación política) fue limitado a

---

4 Conocida como participación subjetiva.

5 Datos tomados del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, "Antecedentes", en Participación Ciudadana, actualización: 23 de marzo de 2006], en www.diputados.gob.mx/cesop/. Disponible en *http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/Comisiones/2_pciudadana.htm*

6 Decreto. Bases para las elecciones del Nuevo Congreso, junio 17, 1823. Disponibles en: *http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/2ImpDictadura/1823BEC.html*

reglas que hoy en día nos parecerían discriminatorias, pero que atendían a la realidad de la época y significaron el primer antecedente del reconocimiento del derecho a participar en la elección de quienes, en ese caso, serían los encargados de crear la estructura del México independiente.

Una vez promulgada la Constitución Federal de 1824, se estableció que tratándose de la elección para el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados parte serían las que regularían las cualidades de los electores que elegirían a sus miembros y, en cuanto a los requisitos para poder acceder al cargo, se establecieron condiciones de edad y residencia para los nacidos en México; para quienes no nacieran en el territorio nacional o hubieran nacido en alguna otra parte de la América que en 1810 dependía de España, se estipulaba otro tipo de requisitos, algunos de carácter económico.

Cobra relevancia que paralelo a las disposiciones constitucionales, en la época se realizaban reglas ex profeso para las elecciones que se llevarán a cabo, en donde se estipulaba quienes serían las personas carentes del derecho al voto bajo parámetros restrictivos en términos morales, dejando intocables los requisitos para poder ser votados, los cuales eran los previstos en la entonces Constitución; aunque no es secreto para nadie que las enormes desigualdades de la época generaran el terreno propicio para que solo fueran unos cuantos los que tuvieran el privilegio de poder participar.

Hacia 1836 y derivado de los enfrentamientos entre centralistas y federalistas, el régimen de gobierno sufrió un cambio trascendental pasando a ser una república de tipo centralista. Producto del cambio, era lógico que sucumbieran las estructuras del Estado, en las que evidentemente se incluía lo relativo a la legislación electoral; cobra especial relevancia lo previsto en la ley primera constitucional[7], en donde se establecía que para ser ciudadano y, por ende, poder votar, no bastaba el hecho de ser mexicano, sino también se debería acreditar una renta anual de por lo menos cien pesos de la época, capital fijo y modo honesto de

[7] Parte integrante de las llamadas siete leyes de 1836. Disponible en: *http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf*

vivir; para poder ser votado en los cargos de diputado o senador, se necesitaba, además de ser ciudadano, acreditar rentas de 1,500 pesos para el primero de los cargos y 2,500 para el segundo.

Tal y como lo narra la historia, esta desigualdad institucionalizada, fue remediada a través del acta de reformas de 1847, por medio de la cual y gracias a la pluma de Mariano Otero, nació a la vida el primer antecedente del reconocimiento de la igualdad jurídica de los ciudadanos del derecho a votar, eliminado la exigencia de la "capacidad económica" como requisito para la participación política.

Digno de mencionarse es que en esta época (1850), se constituyeron, de manera formal, los primeros "partidos políticos" en nuestro país; el Partido Liberal y el Partido Conservador, cuyos orígenes datan de logias masónicas, fueron el primer esbozo de organización ciudadana con fines de participación política.

Sin adentrarnos a la historia de la Constitución de 1857 -hacerlo implicaría realizar un apartado por si solo- conviene destacar que en este instrumento, recogiendo las ideas de Otero, se buscó alcanzar la igualdad jurídica en la participación política de todos los ciudadanos a partir del diseño del voto universal.

A fin de lograr este cometido, en la Ley Orgánica Electoral[8] se suprimió el requisito de renta mínima para acceder al derecho al voto, se estableció el primer sistema de calificación de las elecciones (el cual estaba a cargo del "Colegio Electoral") y el de nulidades.

Finalmente, derivado de la lucha de revolución, en 1917 se expidió la reforma a la Constitución de 1857, creando de facto un nuevo ordenamiento constitucional en donde, por primera vez, se estableció el concepto de "derechos políticos", rubro en el que se englobaba el derecho a votar, ser votado y, cuya interpretación, permitió que fuera la base para el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a participar de manera activa en la vida política[9].

---

8 Promulgada el 12 de febrero de 1857.

9 Desarrollado por primera vez en la Ley para Elecciones de Poderes Federales del 2 de julio de 1918.

En 1918 se promulgó la Ley para la Elección de los Poderes Federales (muy similar a la que existía en 1911), en la que se legalizaba, a partir del nuevo orden, a los partidos políticos y sus atribuciones como organizaciones de ciudadanos interesados en la obtención de cargos públicos a través de la participación política; reconociendo, además, la existencia de candidaturas independientes. Para 1946 la nueva ley electoral[10] definía a los partidos políticos como asociaciones constituidas para fines electorales y de interacción política, con personalidad jurídica, modelo que *mutatis mutandi*, que impera hasta nuestros días.

Rubro fundamental en la historia del desarrollo del derecho a la participación política fue, sin duda, el reconocimiento en 1953 de la ciudadanía a las mujeres mayores de edad, mismo que un año después se convertiría en el derecho a votar y ser votada.

De igual forma, para 1968, derivado del clima que imperaba en la época, nacieron a la vida jurídica agrupaciones de ciudadanos, hoy conocidas como Organizaciones de la Sociedad Civil; las cuales, buscaban inmiscuirse en el terreno de lo público a partir de la observación, la propuesta de acciones y la crítica en la toma de decisiones de los detentadores formales del poder.

En 1977, en el marco de la reforma política, la cual implicó una serie de cambios de los que destaca -en términos de nuestro estudio- la necesidad de ampliar las participación de la ciudadanía, con el objetivo de que el gobierno federal estuviera al tanto de las inquietudes y demandas de la población en general, pero sobre todo, de las minorías, comenzaron a gestarse nuevos espacios para las asociaciones políticas, institutos académicos y población en general; quienes vieron cristalizado su proyecto, al menos en esencia, en las elecciones de 1998, en donde su participación se convirtió en motivo de agenda para los políticos en turno.

Fue hasta el 2004, que se crea la ley Federal de Fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil (cuya última reforma data del 2018), que se regula, de manera especializada, lo concerniente a las actividades realizadas por las

[10] Misma que eliminó las candidaturas independientes.

organizaciones de la sociedad civil, en las que se incluyen las actividades "cívicas" que el propio ordenamiento enfoca a la promoción de la participación de la ciudadanía en asuntos de interés público.

En el 2012, derivado de la exigencia de diversos actores políticos (misma que se planteó, incluso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos) se retomó -a partir de una reforma política- la existencia de candidaturas independientes, tanto a nivel federal como a nivel local (2013).

Finalmente, a partir de la última reforma en materia político-electoral del 2014, se diseñó un nuevo modelo de gobernanza electoral, en el que se buscó garantizar de manera efectiva la participación política en todas sus vertientes, en especial lo relativo a la participación ciudadana mediante la creación y reforzamiento de mecanismos de democracia directa como la iniciativa y consulta popular.

De la breve historia hasta aquí expuesta, es posible advertir que el derecho a la participación política, estudiado desde sus postulados más básicos, responde a la necesidad de normar los canales por los que los ciudadanos comenzaron a apropiarse del ámbito de lo público, ya sea bajo la exigencia de poder escoger a sus representantes, hasta la de integrar los órganos de gobierno, pasando por las acciones de seguimiento y propuestas de acción a quienes detentan los cargos.

Como lo advertíamos líneas arriba, y a propósito de una cita de Rousseau[11], es porque la fuerza de las cosas tiende siempre a generar desigualdad, que la fuerza de la legislación tiende siempre a destruirla; o lo que es lo mismo, cuando hay desigualdad, por ejemplo, en el acceso a las decisiones de lo público, es, o al menos así debería serlo, a través de la fuerza normativa que se busca igualar las condiciones de acceso.

Si bien es cierto, hoy en día en nuestro país la legislación en materia de participación política es basta, no menos cierto es que, dados los casos -y exigencias- que se han presentado en los últimos años, ha sido necesario adminicular su aplicación e inter-

[11] Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, Porrúa, 2014. Cap. 11.

pretación con los instrumentos internacionales que ratificados por el Estado mexicano definen de manera más amplia el derecho a la participación política.

Finalmente, conviene puntualizar que ha sido dentro del sistema electoral mexicano, a través de los criterios que han emitido las y los jueces de la materia -apoyados en la interpretación más favorable de las leyes nacionales y los estándares internacionales- que se ha maximizado la protección del derecho a la participación política; creándose, a partir de dichos precedentes, terrenos fértiles para el diseño de nuevas y mejores reglas que permitan a la ciudadanía, a través de la masificación (en el sentido Webariano), hacer efectivo el derecho de acceso a la función pública, a participar en la dirección de los asuntos públicos y el derecho al sufragio activo y pasivo como rubros fundamentales de la vida en democracia;

II. La protección internacional de la participación política y su aplicabilidad actual en el sistema electoral mexicano

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos[12], vista como el documento base del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos fundamentales en nuestro país[13], se encuentra regulado, sin así llamarlo, el derecho a la participación política, desarrollado a través de pautas hermenéuticas que vinculan a los Estados miembro a garantizar diversos derechos a las personas que deseen participar en el debate de lo público.

Así, en este instrumento de casi cincuenta años de antigüedad, se reconoce el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, el derecho a votar y ser votado, y el acceso a

[12] Pacto de San José Costa Rica, aprobada en 1969 y ratificada por el Estado mexicano en 1981.

[13] Al que derivado de la reforma constitucional del año 2011 todas las autoridades de nuestro país, en el ámbito de sus competencias, están obligadas

las funciones públicas en igualdad de condiciones; señalando que los únicos supuestos en los cuales se puede establecer limitaciones al ejercicio de la participación política son razones de "(...) edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal" [14], sin que sean aceptables otros criterios; proyecciones jurídicas que deberán -o deberían- regular, o en su caso maximizar, los Estados miembro de la Convención.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[15], prescribe, además de los derechos que señala la Convención, que no será admisible la restricción o limitación, de ningún derecho, que se base en el género, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de alguna otra índole, origen nacional, social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social[16].

Ambos tratados internacionales reconocen genéricamente el derecho que aquí entendemos como de participación política, mismo que depende de cada Estado miembro desarrollar, de conformidad con su contexto jurídico y social, de la forma que más beneficie a la población y al sistema político de que se trate.

Mucho se ha escrito respecto de los alcances de este derecho y los cánones interpretativos que desde el control de convencionalidad deben realizar las autoridades mexicanas a la hora de garantizar su debida observancia, ya sea desde su aplicación o la eventual sanción de su desconocimiento; no obstante, poco explorado ha sido la necesidad de desarrollar, de manera específica, los postulados de este derecho en otras dimensiones que reclaman su especial protección.

Me refiero a la necesidad de garantizar el goce de este derecho en ámbitos en los que, para que sea efectivamente tutelado, se necesita el reconocimiento de otros igualmente fundamentales; es decir, en aquellos espacios en los que antes de que se reconoz-

14 Artículo 23.

15 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; en vigor desde el 23 de marzo de 1976; ratificado por México en marzo de 1981.

16 Artículo 2.

ca la participación política como tal, se necesita erradicar situaciones (históricas o culturales) de discriminación y desigualdad que impiden a quienes la sufren situarse en un escenario idóneo para llevar a cabo, como está diseñada tanto constitucional como convencionalmente, la participación en la vida política.

El claro ejemplo de lo anterior es la discriminación que las mujeres han sufrido en la vida política[17], la cual se ha visto, al menos jurídicamente, disminuida en nuestro país, a través de acciones afirmativas y reformas en materia de paridad.

En esta senda, ha sido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través de diversas sentencias y de la mano de los instrumentos internacionales de protección de derechos políticos, adminiculándolos con los tratados, convenios y convenciones en materia de igualdad y no discriminación hacia las mujeres[18], el órgano que ha sentado las bases para su inclusión en la política, incluyendo la maximización del derecho a la participación política.

Prueba de ello es el criterio jurisprudencial en el que se acredita el interés legítimo de cualquier mujer para acudir a solicitar la tutela del principio de paridad de género, en la postulación de candidaturas a cargos de elección popular[19].

En tal interpretación, la Sala Superior del Tribunal Electoral determinó que cualquier mujer, al pertenecer a un grupo que histórica y estructuralmente ha sido objeto de discriminación, tiene el derecho de impugnar actos o resoluciones relacionadas con el derecho de paridad de género; si bien, este criterio esta encaminado a proteger el acceso de las mujeres a los cargos públicos

17 Sin dejar de lado la violencia estructural que sufren en todos los ámbitos, misma que, si bien no es tema de este estudio, siempre es buen momento para reprocharla.

18 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención De Belém Do Pará", la Convención sobre los derechos políticos de la mujer, entre otros.

19 Jurisprudencia 8/2018. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 8, Número 16, 2015, páginas 18, 19 y 20.

(derecho al voto en su vertiente pasiva), también lo es que a partir de él se da entrada a que cualquiera, sin importar si le afecta directamente el acto o medida, pueda reclamar la efectiva tutela de la paridad.

Con ello, a partir de la aplicación de cánones convencionales[20] que en principio fueron diseñados para eliminar cualquier forma de discriminación, de manera indirecta se esta tutelando el derecho de participación política de todas las mujeres, cuando se trate de la defensa en el acceso de cualquiera de ellas a puestos de representación popular.

Un reconocimiento que representa la maximización del derecho a la justicia relacionado con el de participación política.

Otro sector que no ha encontrado de manera real el efectivo goce y acceso al derecho de participar en las decisiones de lo público ha sido, históricamente, el representado por las comunidades indígenas.

En este rubro conviene puntualizar que si bien, derivado de las luchas por el reconocimiento de las autonomías de los pueblos originarios, se ha logrado, al menos jurídicamente y con todas las aristas que eso representa, que el Estado no interfiera y reconozca los resultados de la elección, bajo usos y costumbres, de las autoridades que a partir de las diferentes cosmovisiones detentan el poder en diversas comunidades indígenas; no obstante, también es cierto que existen miembros de esas comunidades, o comunidades enteras, que desean participar, a través de los canales institucionalizados, en la toma de decisiones, ya sea por si o a través de algún representante.

Es cierto que tanto en la legislación nacional como en la convencional, existen diversos dispositivos enfocados a tutelar los derechos de las personas indígenas; no obstante, respecto a

[20] Específicamente 1, 2, 8, 23, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2, 3, 14, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,1, 2, 3 y 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; I, II y III, de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer; 4, inciso j); y 5 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

quienes desean participar en lo político, también existen, al igual que en el caso de las mujeres o de las personas con discapacidad, un sinfín de impedimentos fácticos que impiden la consecución practica de sus derechos políticos-electorales, lo que se traduce en la falta de representación y de presencia en las esferas de lo público.

Tales impedimentos van desde la falta de acceso a la información necesaria para exigir el cumplimiento de sus derechos, hasta el desconocimiento total de los mismos (por ejemplo, que la legislación no se encuentre traducida a sus idiomas originarios); ambas situaciones, producto de la falta de sistemas normativos y garantías de cumplimento que atiendan a las especificidades que reclaman las comunidades, se convierten en el primer obstáculo, de muchos, que tienen que superar los ciudadanos indígenas para acceder por las vías institucionalizadas, a cargos públicos o formar parte de la política a través de los mecanismos de participación.

En este rubro, la evidente falta de acceso a los derechos que se tienen reconocidos en las cartas, produce que se incremente la brecha de desigualdad entre los indígenas y quienes no lo son; por tanto, a fin de disminuir el impacto negativo que produce la desigualdad estructural que sufren las comunidades y su eventual irradiación en el ámbito de lo político, los tribunales encargados de dilucidar controversias en las que se someta a consideración el alcance o tutela de estos derechos, están obligados, en términos de la propia Constitución, a resolver con perspectiva intercultural, interpretando las normas como mayor beneficie a la persona en lo individual y como parte integrante de una comunidad indígena.

A fin de ejemplificar lo anterior y con ello aproximarnos a la tendencia interpretativa que del derecho a la participación política están teniendo los Tribunales electorales en nuestro país, conviene citar una sentencia que en el marco de la preparación del proceso electoral 2017-2018 emitió la Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación[21],

[21] SG-JDC-0027/2018. El acto impugnado fue la negativa de la autoridad administrativa local en otorgarle la calidad de aspirante a candidato indepen-

en donde determinó el alcance de las disposiciones, tanto nacionales como convencionales, de protección a los derechos de los indígenas frente al desahogo de trámites para la obtención de una candidatura independiente.

En el precedente en cita, un ciudadano inconforme con la negativa de la autoridad administrativa electoral en Sonora de otorgarle su registro como aspirante a candidato independiente por la presidencia municipal en Etchojoa, Sonora, presentó un juicio ciudadano para la protección de sus derechos políticos-electorales.

Al momento de interponer el juicio narrado, el ciudadano actor se ostentó como persona indígena integrante de la Nación Mayo en Sonora, por lo que el estudio que realizó la Sala Regional, según se desprende del propio fallo, se estructuró desde una perspectiva garante de derechos y protecciones en materia indígena, fundamentando su determinación en dispositivos normativos previstos en la legislación mexicana, adminiculando su alcance con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y con la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos Indígenas.

Con la pretensión de garantizar de manera efectiva la participación de las personas que pertenecen a un grupo indígena, en los procesos de elección de cargos públicos, la Sala resolvió que cuando se trate de la validación de los requisitos que se prevean en las convocatorias correspondientes a las candidaturas independientes, es obligación de los institutos electorales brindar la información y asesoría suficiente, clara y detallada, que permita a la ciudadanía desahogar tales requisitos; por ejemplo, la apertura de una cuenta bancaria.

Por tanto, según el criterio de la Sala, las autoridades electorales deben actuar bajo parámetros que tomen en consideración las especificidades de los solicitantes; esto, a fin de no producir, con su falta de asistencia, un perjuicio a quienes deseen partici-

diente a un ciudadano indígena, por considerar que no reunía todos los requisitos establecidos en la convocatoria, en especial el relativo a la apertura de una cuenta bancaria.

par en la contienda a un cargo público, máxime cuando se trate de miembros de comunidades indígenas.

Lo relevante de este criterio es que se determinó que no es necesario que la o el ciudadano que acuda a hacer valer sus derechos, se auto adscriba ante la autoridad electoral, o ante alguna otra, como persona indígena; sino que basta con que se acredite algún elemento objetivo que permita a la autoridad inferir que una persona pertenece a una comunidad originaria, para que se realicen las acciones tendentes a la efectiva protección de sus derechos.

Los efectos de esta sentencia versaron, esencialmente, en dos rubros: el primero, relativo al establecimiento -por así decirlode pautas interpretativas que la autoridad electoral debe seguir cuando tenga la sospecha fundada de que la persona que acude ante ella, cualquiera que sea su pedimento, pertenece a una comunidad indígena; y, el segundo, consistente en que, en el caso concreto, la autoridad debía asegurar el derecho del ciudadano a ser aspirante a candidato independiente, para ello la Sala Regional ordenó a la autoridad para que le otorgara al entonces actor la calidad de aspírate y, además, repusiera el plazo para obtener el apoyo ciudadano.

Con este precedente y a partir de la aplicación e interpretación de estándares convencionales de protección a los indígenas, el Tribunal electoral garantizó el derecho de participación política a un ciudadano en múltiples vertientes; reconociéndole el derecho a participar en la obtención de una candidatura independiente y con ello, estar en posibilidad de contender para la obtención de un cargo público, situándolo, además, en un parámetro de igualdad sustantiva, derivado de su calidad como miembro de una comunidad indígena, frente a los otros competidores.

Es en este tipo de casos en los que se demuestra que el simple reconocimiento del derecho a la participación política, dentro de los sistemas normativos, no satisface, por sí solo, el efectivo goce y disfrute de lo dispuesto; es a través de la garantía de otros derechos y del cruce de los preceptos regionales, con las interpretaciones convencionales, pero sobre todo de la voluntad política misma, que se puede hablar de una verdadera protec-

ción y promoción de este derecho, como pilar de la democracia misma.

III. A manera de conclusiones: después del dos mil dieciocho, retos y perspectivas

El primero de julio de 2018, se llevó a cabo en México la elección de más de tres mil cargos de representación popular, en los que se incluía la integración del Congreso de la Unión y la titularidad de la Presidencia de la República; precedida de un proceso que se vio inmerso en un clima de descontento social; los comicios pasados, dado sus resultados, se convirtieron en los más importantes de nuestra vida en democracia.

Desde la preparación de la elección, en las distintas jurisdicciones, diversos ciudadanos y ciudadanas se mostraron interesados en participar en el proceso de repartición del poder político a través de la figura de las candidaturas independientes, prueba de ello es que sólo para la elección de la presidencia de la república se registraron 48 personas que buscaban la candidatura.

Solo dos personas lograron el registro.

De igual forma, las demandas hechas por la sociedad en tiempos de campaña electoral, desde la observación o participación en mítines, foros o reuniones de protesta, se convirtieron en punto de agenda para los candidatos; siendo la primera vez, al menos que se hizo evidente, que los ciudadanos de todas las edades y pertenecientes a todos los estratos sociales, se mostraron altamente receptivos al proceso político que estaba desarrollándose, convirtiéndose sus demandas en puntos de agenda.

Como consecuencia de lo anterior, se hizo patente las múltiples deficiencias que presenta el modelo de gobernanza electoral que impera en nuestro país desde la reforma político-electoral del 2014, específicamente en lo relativo a la consecución practica del derecho de participación política.

Y sostengo lo anterior en virtud de que, dadas las condiciones en las que se desarrolló el proceso, se evidenció que aún y cuando existe -normativamente hablando- la posibilidad de que

la ciudadanía en general participe en el proceso electoral, cualquiera que sea la forma de participación que desee hacer, en la realidad el efectivo disfrute de esos derechos se ve muy limitado; lo anterior es producto, por un lado, de la especificidad de la normativa y su falta de adminiculación con la garantía de otros derechos y, por el otro, de las condiciones fácticas que impiden a quienes buscan participar ver consagrados sus derechos; tal y como lo es la desigualdad en las oportunidades de acceso.

Las lecciones de la elección en este rubro son contundentes, desde la necesidad de flexibilizar, frente a casos concretos, los requisitos para la obtención de candidaturas independientes, hasta prever normativas especificas para el uso y contenido de redes sociales en campaña electoral (a fin de evitar la comisión de conductas antijuridicas e incluso delitos electorales), pasando por la capacitación e información dirigida a toda la población, incluyendo comunidades indígenas, respecto a los medios de participación con los que cuentan para formar parte de la vida política del país.

Muchos son los rubros que se necesitan atender, poco es el rango de aplicación que tienen los tribunales para que, a través de sus determinaciones, puedan hacer efectivo de manera integral el derecho a la participación política (recordemos, la tutela siempre es a petición de parte); por tanto, la vía de acción para lograr su cumplimiento está en el diseño -desprovisto de limitaciones que se tornen injustas- que realicen las legislaturas y su eventual aplicación -bajo estándares *pro persona*- por parte de las autoridades administrativas-electorales.

Son los órganos y organismos constituidos los encargados de velar por la vigencia constitucional y por el cumplimiento de sus principios -incluidos aquellos que están previstos en instrumentos convencionales ratificados por el Estado mexicano-; por tanto, están obligados, en términos de la propia Constitución, a crear garantías en materia de derechos político-electorales, para después ejecutarlas en toda su amplitud conforme a las especificidades que cada caso amerite; ello con el único objetivo de hacer partícipes a todas las personas en del desarrollo de los procesos políticos electorales y en el de toma de decisiones en el ámbito de lo público.

Finalmente, y a propósito de una cita del sociólogo francés Alain Touraine:

> *La democracia es el reconocimiento del derecho de los individuos y las colectividades a ser los actores de su historia y no solamente a ser liberados de sus cadenas*.

Es que resulta imperioso que tanto las autoridades como la ciudadanía se tomen en serio la importancia de la participación política; es a través del efectivo goce de su ejercicio, en libertad e igualdad de condiciones, que podremos, algún día, hablar de una verdadera democracia en nuestro país.

IV. Bibliografía

AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, 2006.

BOVIO Norberto, *El futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, 1986.

FERNANDEZ DE MANTILLA, Lia, *Algunas aproximaciones a la participación política,* Reflexión Política, 1999.

JEAN-JACQUES, Rousseau, *El contrato social*, Porrúa, 2014. Cap. 11.

MICHELANGELO, Bovero, *Las reglas del juego democrático y sus violaciones en el mundo actual*, Instituto Electoral de Participación Ciudadana de Jalisco, 2007.

SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?,* Taurus, 2007.

Secretaría de Servicios Parlamentarios de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión , "Reforma Constitucional en Materia Electoral", Cuaderno de Apoyo, México, Enero 2008, pp. 296, disponible en *http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-02-08.pdf*

SERRANO RODRÍGUEZ, Azucena, *La participación ciudadana en México,* Estudios Políticos, novena época, abril 20015.

TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?,* Fondo de Cultura Económica, México, 2001,

VALLS HERNÁNDEZ, Sergio, "Principios rectores en Materia Electoral", *Las leyes de Reforma su actualidad,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, disponible en *http://www2.scjn.gob.mx/ministros/ministrovalls/Publicaciones/2009/13.pdf*

VIDAL CORREA, Fernanda, *La participación política en México: entendiendo la desigualdad entre hombres y Mujeres,* Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2015.

La autonomía del derecho a la reparación integral del daño de las víctimas de violaciones a derechos humanos

*Jaime Arturo Verdín Pérez**

Sumario: I. Introducción. II. La obligación de reparar las violaciones a derechos humanos. III. La naturaleza "correctiva de la reparación integral del daño". IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

En los últimos años ha existido un amplio debate al tenor de la efectividad de los mecanismos de protección de derechos humanos, sus efectos en el tiempo y su eficacia directa para las partes en una controversia, sobre todo su incidencia en la en la reparación integral del daño, en el contexto de que las reparaciones deben tener una vocación transformadora, no solo tener un efecto sustitutivo, sino correctivo.[1]

* UNAM. Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, Becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, asesorado por el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Doctor en Derecho, Maestro en Derecho Constitucional y Amparo. Profesor y académico especialista en materia electoral del Posgrado en Derecho de la UNAM.
Correspondencia: Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510, Coyoacán, CDMX. Correo electrónico: jaime.verdin@comunidad.unam.mx. ORCID: 000-0002-6699-359X

1 Sentencia de reparaciones en el Caso *Gonzáles y otras ("Campo Algodonero") Vs. México* de 2009, párrafo 450.

Bajo esta premisa debieran constituirse la mayoría de los mecanismos de protección y garantía, e ir encaminados no solamente a una sanción pecuniaria y directa hacia las partes afectadas, sino sobre todo tener un efecto expansivo que evite que los daños a los derechos y libertades no vuelvan a repetirse, en ese sentido se encamina justamente su vocación transformadora.

El asunto no resulta ser menor si consideramos que los sistemas y a su vez los mecanismos de protección de derechos humanos deben garantizar el libre y pleno acceso a los derechos humanos y constituir verdaderos vehículos procesales para el cumplimiento de los deberes generales y las obligaciones específicas en derechos humanos, es decir, cumplir con el cometido que tienen y constituir una verdadera oportunidad real y material de cumplir con los derechos o en su caso de hacerlos cumplir cuando el Estado no lo realiza de manera voluntaria.

En esta forma, resulta indispensable mirar a las víctimas y considerarlas como el centro de cualquier sistema jurídico que propicie el cumplimiento de las obligaciones en derechos humanos del Estado. El artículo 1 de la Constitución contempla de forma expresa la obligación de "*...prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos...*" a cargo de las autoridades en el ámbito de sus competencias.

Ahora bien, desde dicha lectura en nuestro sistema jurídico mexicano existen diversas garantías constitucionales, entendidas como mecanismos procesales que permiten la restitución de la Constitución, cuando ésta ha sido desconocida o vulnerada. Así reparar las violaciones a los derechos humanos constituye una forma directa de restituir a la Constitución por el desconocimiento de la misma a través de los actos de autoridad que propician una violación.

En consecuencia, es conveniente discutir, sobre la eficacia que tienen los mecanismos de protección de los derechos humanos para la reparación integral a la víctima, entender que genuinamente constituye per se la reparación integral, un verdadero derecho fundamental y en su caso, evaluar su conveniencia y propiciar sus mejoras en su encomienda.

Así desde el primer caso contencioso ante la Corte Interamericana, el Caso Velázquez Rodríguez, el tribunal regional dispuso

de forma tajante que como parte de las obligaciones al tenor de la existencia del derecho internacional de los derechos humanos no necesariamente solo se tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino además amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.[2]

Las obligaciones generales y deberes específicos deberán ser asumidos por el Estado en ese carácter, de tal manera que su cumplimiento deberá ser inmediato, lo cual conlleva a la adopción de medidas normativas, interpretativas u organizativas que garanticen investigaciones y sanciones que eviten la impunidad.

II. La obligación de reparar las violaciones a derechos humanos

La existencia de la reparación integral nos obliga a comprender que existen dos relaciones paralelas que se propician al tenor de la existencia del derecho internacional de los derechos humanos, por un lado la que se origina de la aceptación del tratado internacional con efectos vinculantes y que se refuerza con la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y segundo, la obligación de dar cumplimiento a las decisiones que obliguen al cumplimiento de una condena, así como a la reparación del daño por las violaciones causadas por el Estado en el ejercicio de su actuar.

Asimismo, en el Caso Ximenes Lopes *vs* Brasil[3], se afirma que, con motivo de la responsabilidad internacional en que ha incurrido el Estado, nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar. En ese entendido, además de las obligaciones generales y deberes específicos en derechos humanos reconocidos en la Constitución, especialmente a partir de la reforma constitucional de 2011, cuando se irrumpe en un daño o violación a los derechos de las personas, surge el consecuente

[2] Sentencia de Fondo, Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, Serie C, número 4, párrafo 136.

[3] Sentencia Ximenes Lopes vs Brasil, párrafo. 232.

deber de reparar dicho daño, requiriendo, de ser posible, el restablecimiento de la situación anterior a los hechos, el principio general bajo el cual debieran actuar los Estados es que todo daño causado importa la necesaria obligación de repararlo.

Esta premisa que ha dado lugar a importante jurisprudencia en el sistema interamericano constituye un principio fundamental en materia de obligaciones internacionales y de derechos humanos, que permite la evaluación de la eficacia de cualquier sistema de protección de los derechos humanos, pues lo confronta con el verdadero propósito para el cual fueron creados, colocando en el centro de la actuación a las víctimas de violaciones a libertades fundamentales, es decir un mecanismo de protección que no permita dicho cumplimiento o lo haga de manera parcial debiera ser cuestionado.

En consecuencia, considerar a la reparación integral a las víctimas como un derecho fundamental, posibilita satisfacer y reconocer los derechos conculcados de la víctima, así como propiciar medidas para el Estado, que impidan la comisión reiterada y sistémica de situaciones semejantes. La ausencia de una reparación integral propicia impunidad y a su vez esto ocasiona violaciones estructurales que pueden llegar a afectar a grupos más desaventajados social y económicamente.

Si bien es posible que en algunos casos el daño sea irreparable, constituye un deber del Estado mexicano dar cumplimiento al derecho a la reparación integral *per se*, y este debe ser al tenor de los principios generales que rigen a los derechos fundamentales, indivisibilidad, interdependencia, inalienabilidad y progresividad. Este primer argumento nos permite afirmar que la reparación integral como derecho es autónomo e independiente y propicia el deber de existir mecanismos para su debida protección.

El caso Poblete Vilches y otros vs Chile,[4] plantea un ejemplo donde los matices de la reparación se ven expuestos de manera clara, en este asunto la víctima, quien era un adulto mayor e in-

[4] *Véase*, Morales Antoniazzi, et. Al, *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019.

gresó dos veces al hospital público Sótero del Río, falleció en la última fecha, y que si bien las autoridades responsables debieron mantenerlo en "tratamiento intermedio", la decisión de dar de alta a Vinicio Antonio Poblete Vilches y la manera en que la misma se realizó, pudo tener incidencia en el rápido deterioro a su salud, constituyendo una responsabilidad estatal, la falta de provisión del tratamiento intensivo que requería en su segundo ingreso al hospital, y que las investigaciones a nivel interno no fueron realizadas con la debida diligencia y en un plazo razonable.

Es posible advertir que la reparación integral tiene posibilidades materiales e interpretativas, esto es, permite en algunos casos que su cumplimiento absoluto, en la medida que permite mantener las cosas al Estado que guardaban antes de la violación y en muchas otras, la imposibilidad material de que así ocurra. Lo cierto es que si asumimos que el objeto principal de la reparación es su vocación "transformadora", en ese caso evitará que actos semejantes sean cometidos nuevamente, sancionará a las y los responsables y evitará la impunidad.

De acuerdo con estas consideraciones es fácil advertir, que no siempre es posible la reintegración de la situación anterior, es ahí donde cobra especial relevancia el sentido de la reparación con vocación transformadora y correctiva, pues tiene por objetivo planteado evitar el desconocimiento futuro de la Constitución y los Tratados Internacionales y desde luego evitar violaciones a los derechos y libertades humanas, así la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente[5], y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado, incluyendo —*medidas genéricas con un efecto expansor*— en caso de ser necesario.

Es determinante en este sentido, asumir que la reparación integral al ser autónoma permite que la relación entre el Estado y la

[5] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 466

persona se funde en la obligación tajante de respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales y que en caso de la negativa, las y los sujetos puedan exigir ese cumplimiento.

En este sentido, Nash Rojas indica que "la responsabilidad ya no se encuentra más definida por una relación entre Estados, sino que los sujetos se complejizan. Por una parte se encuentra el Estado, con la obligación de respetar los derechos y libertades fundamentales consagradas internacionalmente; y por otra, los individuos, con la posibilidad de exigir su cumplimiento, ya no como una mera concesión del Estado, sino como una obligación de éste".[6]

La jurisprudencia interamericana es tajante al indicar de forma reiterada que en ninguna parte del artículo 63.1 se hace mención ni se condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquella no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo. Es inclusive una forma de ampliar las salvaguardas internas que permiten enjuiciar y sancionar a los culpables de violaciones graves a derechos humanos.

En este sentido se pone de manifiesto que la condena a la reparación integral es una obligación internacional independiente a la del deber de respeto y garantía y que se origina con motivo de la infracción a un derecho, por lo que la inexistencia de mecanismos procesales internos, o bien la insuficiencia de estos no la exime de su compromiso internacional.

En nuestro país, tal como indica Baltazar Robles la reforma constitucional de junio de 2011 sobre derechos humanos, incluyó de manera explícita las obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover tales derechos y que si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya había reconocido a la reparación integral a víctimas a través de su jurisprudencia, la inclusión en el texto constitucional permite considerar indudablemente la obligación

[6] Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, segunda edición, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2009, p. 15.

de los órganos del Estado de realizar sus actividades en función del modelo de protección de derechos humanos.[7]

III. La naturaleza "correctiva de la reparación integral del daño"

Tal como se ha señalado, la reparación integral, a partir de su evolución, contempla diversas formas de llevarse a cabo, esto es, nos referimos de forma genérica, pero involucra diversas maneras a través de las cuáles se consigue la satisfacción de la víctima. Si bien la manera más usual de reparación es la indemnización, lo cierto es que no es la única.

De este modo, la reparación con vocación transformadora que ha impulsado la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus orígenes, ha representado una forma positiva de influir en los diferentes procesos que pretenden la garantía de los derechos humanos a lo largo del continente.

La vocación transformadora constituye el núcleo central de cualquier política de derechos humanos, cuyo efecto es mayor a la mera aplicación o sanción en un caso en concreto, pues permite justamente evitar violaciones futuras y un cambio en la forma de entender y aplicar los derechos. Recordemos por ejemplo, el caso Montiel Flores y Cabrera García, en el cual el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor señalaba que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[8]

---

[7] Baltazar Robles, Germán Eduardo, "Efectos de la sentencia que concede el amparo: la reparación integral de las violaciones a derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, (coordinadores), *El Juicio de Amparo en el Centenario de la Constitución Mexicana de 1917, pasado, presente y futuro*, UNAM-IIJ, México, 2017, p. 381.

[8] *Véase*, voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

La búsqueda de mecanismos y políticas adecuadas que propicien un cambio gradual en la forma en la que los Estados respetan y protegen los derechos es uno de los objetivos principales es el diseño de políticas reparatorias idóneas que resuelvan aquéllas vulneraciones provenientes de actos del Estado presentes y futuros y que coadyuven a erradicar en todo tiempo la impunidad y a lograr la justicia y la verdad, evitando la vulneración de los derechos humanos de manera masiva e institucionalizada.

Las motivaciones para reparar los casos de violaciones masivas y sistemáticas tienen que ver con las víctimas, pero también con el hecho de que representan una forma en que la sociedad establece bases de convivencia social fundadas en el respeto de los derechos humanos. También brindan una oportunidad de reformular apreciaciones históricas y, de esta forma, construir una historia común, donde todos los sectores puedan sentirse respetados y restablecidos en sus derechos. Finalmente, las reparaciones se vinculan con la posibilidad de prevenir que en el futuro puedan repetirse hechos que la sociedad en su conjunto rechaza.[9]

Nos parece ser ésta entonces la forma adecuada de entender la reparación integral del daño, como una forma preventiva de evitar el desconocimiento de la constitución, así como de evitar violaciones graves y complejas a los derechos humanos que motive que inclusive, los mecanismos contemplados para ello sean revisados y sancionados al tenor de esta premisa.

Nos parece atinado propiciar la sana discusión de que las garantías constitucionales debieran encaminarse a constituir una forma adecuada y ágil de representar la forma de amparar a las víctimas contra actos lesivos de derechos fundamentales procedentes del Estado. Tratándose de situaciones semejantes, anticiparse y corregir la forma sistemática de actuar y entender a los derechos. Los mecanismos de protección deben asegurar la protección efectiva, sencilla y rápida de los derechos.

---

manos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010, P. 6.

9 Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, *Op. Cit*. p.89.

IV. Conclusiones

Es posible afirmar que los regímenes autoritarios enfrentan serios problemas en el cumplimiento y protección de las libertades intrínsecas, no es difícil advertir que la mayoría de las condenas a los Estados —*por lo menos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*— proviene de aquéllos sistemas que no encuentran plenitud en su democracia.

Pues bien, es de suma importancia comprender la naturaleza y deberes que trae consigo la reparación integral del daño, la cual ha sido objeto de construcción jurisprudencial desde la instalación de la Corte Interamericana De Derechos humanos. En este sentido la Corte ha sido enfática al encaminar sus decisiones a la plenitud de la persona y su consecuente realización personal.

De ello, es interesante advertir que exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, representa uno de los pilares fundamentales de todo sistema de protección, en ello radica principalmente su objetivo.

La reparación debe tener por principal fin, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho acto, siempre que esto pueda ser posible. En caso contrario, el pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución en especie, el otorgamiento de una indemnización por los daños sufridos que no hayan sido reparados por la restitución en especie o por el pago en efectivo.

En ese sentido, la reparación como derecho, debe ser entendido como un derecho positivo el cual es posible hacer exigible de forma imperativa —*a través de los mecanismos del Estado*—que impidan en cualquier tiempo y lugar una violación a los derechos de la persona.

La naturaleza de la reparación es autónoma y representa una obligación directa para los Estados de que todo daño causado deba ser reparado, que contribuya a evitar formas particularmente graves de lesión a la integridad humana. Esta reflexión es aquí de especial importancia pues permite reconocer que todo acto del Estado tiene consecuencias directas y se convierte en una actuación ilícita que es indispensable reparar de forma integral.

La obligación que tienen los Estados de reparar en caso que incurran en un ilícito internacional se considera como uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado. Su condición de principio del Derecho Internacional y, por tanto, aplicable como fuente de obligaciones, ha sido consagrada por la Justicia Internacional entre Estados y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[10]

V. Bibliografía

Baltazar Robles, Germán Eduardo, "Efectos de la sentencia que concede el amparo: la reparación integral de las violaciones a derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, (coordinadores), *El Juicio de Amparo en el Centenario de la Constitución Mexicana de 1917, pasado, presente y futuro*, UNAM-IIJ, México, 2017, p. 381.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354.

Morales Antoniazzi, et. Al, *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019.

Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, segunda edición, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2009, p. 15.

[10] Caso Velásquez Rodríguez – indemnización compensatoria, párr. 25. Asimismo la Corte cita fallos de otros tribunales en que se ha sostenido la misma doctrina: CPJI, Caso Fábrica Chorzów (1927), párr. 21, y Caso Fábrica Chorzów (1928), párr. 29, y Corte Internacional de Justicia (CIJ), Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations (1949), párr. 184. citado por, Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, p.11.

La seguridad social, un derecho humano universal

Mariana Díaz Figueroa

Sumario: Introducción. Contexto internacional del derecho a la social.Contenido y alcance del derecho humanos a la seguridad social. Integralidad e interdependencia del derecho humano a la seguridad social. Universalidad del derecho humano a la seguridad social. Conclusiones. uentes consultadas.

Introducción

La seguridad social tiene un papel fundamental en el desarrollo económico y social de la población, representa una herramienta para disminuir la desigualdad social y mejorar la productividad, debido a "su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social".[1]

Derivado de lo anterior, este artículo pretende visibilizar la importancia del reconocimiento de la seguridad como social como un derecho humano universal, en el que deben imperar tanto en su conceptualización como en su aplicación la universalidad, la integralidad, la interdependencia y la no discriminación.

[1] ONU, COMITÉ DESC, Observación General No. 19 el derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008. Pár. 3

Contexto internacional del derecho a la social

En el Informe mundial sobre *la protección social universal para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible 2017-2019*, la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[2] hace latente que pese a la importancia de la seguridad social "solo el 45% de la población mundial tiene cobertura efectiva por al menos un beneficio de protección social, mientras que el 55% restante no tienen protección alguna". Así mismo se asegura que "solo el 29 % de la población mundial está protegida por un sistema de seguridad social integral que abarca toda la gama de prestaciones (...) y que la amplia mayoría de la población mundial, 71% tiene solo una cobertura parcial o ninguna", en cuanto a la protección de la infancia sostiene que únicamente el "35% de los niños tienen acceso efectivo a la seguridad social", en cuanto a las mujeres, solo el "41.1% de las madres de recién nacidos reciben una pensión por maternidad", en cuanto a las personas con discapacidad, solo el "27.8% de las personas con discapacidad severa perciben una prestación de invalidez", respecto a las personas desempleadas "solo el 21.8 % tienen derecho a prestaciones de desempleo". [3]

Asimismo la OIT, advierte que en Latinoamérica "el promedio simple de gasto en protección social para la región (sin salud) es de 4,9% del PIB y en salud de 3,3% del PIB (para el año 2015 o último disponible), en comparación con la OCDE[4] que destina en promedio un 14,5% y 6,2% respectivamente."[5] Es decir, la región

[2] Agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas que encargada de las cuestiones relacionadas con el trabajo, una de sus principales funciones es desarrollar y supervisar el uso de las normas internacionales de trabajo que se convierten en convenciones y recomendaciones.

[3] OIT, Informe mundial sobre la protección social "la protección social universal para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible 2017-2019", 29 de noviembre de 2017. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_605075.pdf (consultado 3 de junio de 2018) p. 2-7

[4] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

[5] OIT. *Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe*, Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2018, P.17 https://

invierte en protección social (sin salud) una tercera parte de lo que invierte la OCDE y en salud la mitad de la inversión.

Contenido y alcance del derecho humanos a la seguridad social

La importancia de contar con seguridad social ha existido desde el inicio de los tiempos, derivado de las situaciones de necesidad a las que se enfrentan las personas en diversos momentos de sus vidas y que se relacionan por ejemplo con aspectos como la vejez, las enfermedades, el desempleo, la muerte o cualquier otra causa que las imposibilite o les dificulte la obtención de medios básicos de subsistencia.

Su desarrollo, es el resultado de un largo proceso histórico que abarca desde el momento en que pequeños grupos de trabajadores pertenecientes a ciertas actividades económicas se unieron con fines de protección mutua, hasta llegar a la protección como parte de una política pública diseñada por Estado com el fin de disminuir los riesgos y contingencias, las enfermedades, los accidentes, atender lo relacionado con la maternidad, la vejez y la muerte[6].

Debido a su relevancia como elemento indispensable para disminuir la desigualdad y asegurar la dignidad de las personas, la seguridad social fue reconocida textualmente como derecho humano en un primer momento en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (abril 1948)[7]:

> *Artículo* 16 - Derecho a la seguridad social. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias

www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_633654/lang--es/index.htm (consultado el 7 de junio de 2018)

6 Véase. Nugent Ricardo, "La Seguridad Social: Su historia y sus fuentes". Introducción del derecho del trabajo y seguridad social. Comp. Néstor de buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela Instituto de Investigaciones Jurídicas. (P. 603 - 622)

7 El 30 de abril de 1948 se adoptó formalmente la Carta de la OEA, entrando en vigor el 13 de diciembre de 1951.

de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Y con unos meses de diferencia (10 de diciembre de 1948) en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente en sus artículos 22 y 25:

"Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social." [8]

Al respecto, debe mencionarse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es uno de los documentos en la materia más importantes de todos los tiempos, al hacer un reconocimiento universal de diversas normas consuetudinarias consideradas como indispensables para el desarrollo humano y social; y ser la base para la creación de diversos tratados internacionales de carácter vinculante que retoman su contenido, lo amplían o lo contextualizan atendiendo a las necesidades de diversos grupos de la población, tal como sucede con el derecho a la seguridad social en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Eco-

[8] Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/ (consultado 7 de julio de 2018)

nómicos, Sociales y Culturales[9], artículo 9 del Protocolo de San Salvador[10], artículos 11 y 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[11] y el artículo 17 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores[12], por mencionar algunos ejemplos.

El referido derecho humanos a la seguridad social, forma parte de los llamados "derechos sociales" que tienen como finalidad generar las condiciones mínimas de igualdad para que las personas puedan vivir con dignidad, en este sentido, Antonio Baldassarre afirma que "la justificación teórica de los derechos

9 Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/ (consultado 7 de julio de 2018)

10 Artículo 9 Derecho a la seguridad social 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

11 Artículo 11. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...)e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas

12 Artículo 17. Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna. Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social. Los Estados Parte buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante. Todo lo dispuesto en este artículo será de conformidad con la legislación nacional.

sociales [radica] en el concepto de liberación de determinadas formas de privación y, por ende, su finalidad es la realización de la igualdad o, más precisamente, una síntesis entre libertad e igualdad".[13]

Al respecto, cabe destacar que la clasificación anterior resulta de utilidad para fines académicos; sin embargo, ello en ningún momento implica el reconocimiento de jerarquías entre los derechos humanos, pues como se refirió desde la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, 1993[14] dada su integralidad e interdependencia los derechos humanos deben ser tratados de manera global, esto es así ya que existe una interacción constante de los mismos, donde unos derechos humanos posibilitan el ejercicio de otros de manera reciproca.

En específico, la Observación General número 19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), refiere que la seguridad social "es indispensable para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando se enfrentan a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente sus derechos" e incluye "el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo".[15]

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), considera que la seguridad social "es una inversión en las personas que potencia su capacidad para adaptarse a los cambios de la economía y del mercado de trabajo", y que "los sistemas de

[13] Antonio Baldassarre, *Diritti sociali*, en Enciclopedia giuridica, Vol. XI, Roma, 1989: p.6

[14] Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Doc. A/CONF.157/23, Viena, 14 a 25 de junio de 1993.

[15] COMITÉ DESC, Observación General No. 19 el derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008. Pár. 1 y 2

seguridad social actúan como estabilizadores sociales y económicos automáticos, ayudan a estimular la demanda agregada en tiempos de crisis y en las etapas posteriores, y ayudan a facilitar la transición hacia una economía más sostenible."[16] Así, la protección social "desempeña un papel protagónico en las sociedades contemporáneas en términos de la inclusión y cohesión social, de la reducción de la pobreza y de las disparidades sociales, a la vez que interactúa, a través de diversos mecanismos, con la facilitación de la transformación productiva y la mejora de la productividad".[17]

En resumen, es posible afirmar que la seguridad social ha sido reconocida como un derecho humano fundamental que implica la posibilidad de recibir apoyo por parte del Estado cuando se presentan riesgos o contingencias (vejez, embarazo, enfermedad, desempleo, falta de vivienda, entre otras) que imposibilitan o dificultan el ejercicio de derechos, afectando con ello la dignidad humana.

En este punto, si se reconoce la seguridad social como derecho humano debe aceptarse que comparte las características fundamentales de todo derecho humano, esto es: Universalidad, integralidad e interdependencia; tal como se mencionó en la referida conferencia de Viena en 1993:

> *Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. (...)*[18]

---

16 OIT, Recomendación 202 sobre los pisos mínimos de protección social, 14 de junio de 2012, preámbulo, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R202 (consultada 1 julio 2018) Preámbulo.

17 OIT. *Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe*, Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2018, P.11

18 Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Doc. A/CONF.157/23, Viena, 14 a 25 de junio de 1993.

Integralidad e interdependencia del derecho humano a la seguridad social

Como ya se mencionó, la integralidad e interdependencia implica por un lado, comprender que no existen jerarquías en los derechos humanos y por otro, entender que todos representan una unidad y en este sentido para colmar efectivamente un derecho, otros también deben ser cubiertos. Asimismo, su desprotección implica simultáneamente la vulneración de otros derechos humanos.

Tales características son visibles en el derecho a la seguridad social, al ser posible reconocer su carácter complejo[19] por estar integrado de otros múltiples derechos, como la salud, la alimentación, la vivienda, entre otros.

Además, el hacer efectivo el derecho a la seguridad social implica, necesariamente ejercer otros derechos, como es el caso del acceso a la información, pues como lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el derecho de acceso a la información "tiene una naturaleza instrumental para el ejercicio de otros derechos, especialmente por parte de quienes se encuentran en posiciones subordinadas o vulnerables, ya que es sólo mediante el conocimiento preciso del contenido de los derechos humanos y de sus formas y medios de ejercicio que se puede acceder efectivamente a su pleno goce y disfrute".[20]

Lo mismo sucede con el derecho a la protección judicial que resulta indispensable para proteger y hacer valer otros derechos humanos como la seguridad social, sobre la integralidad de estos derechos se pronunció el Comité DESC al resolver la comunica-

---

19 Ver. Navarro Fallas, Román .*El derecho fundamental a la seguridad social, papel del estado y principios que informan la política estatal en seguridad social. Rev. cienc. adm. financ. segur. Soc*, 2002, vol.10. http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592002000100002#a1 (consultado 11 junio de 2018)

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Vol. III. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Washington DC, 2010. Capítulo IV, párr. 5

ción 2/2014, solicitada por una ciudadana española que impugnaba violaciones al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, pues planteaba que ante la falta de pago de varias cuotas del préstamo hipotecario de su vivienda, la entidad acreedora inició un procedimiento de ejecución hipotecaria en su contra, pero que ella no fue adecuadamente notificada, por lo que solo tuvo conocimiento, cuando ya había sido ordenada la subasta de su vivienda.

En este asunto, el Comité DESC decidió declarar al Estado español responsable de la violación de los derechos alegados y recordó que "la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, y tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos; y que estas garantías procesales incluyen, entre otras, que el Estado parte provea un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas por el desalojo, y brinde a estas personas recursos jurídicos para su defensa (...) protección igualmente válida y apropiada para otras situaciones similares, como los procedimientos de ejecución hipotecaria".[21]

Universalidad del derecho humano a la seguridad social

Tal como es posible advertir tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en diversos tratados internacionales, existe un reconocimiento expreso del principio de universalidad de la seguridad social al establecer que: "*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social (...)*", en este sentido cualquier persona debe tener la posibilidad de disfrutar de los beneficios que genera la seguridad social, sin discriminación alguna, durante todas las etapas de la vida y sin importar si se trata de un trabajador o no.

Este punto resulta de crucial importancia, ya que en ocasiones se considera que la seguridad social es un derecho exclusivo

[21] Comité Desc. Comunicación 2/2014. 13 de octubre de 2015. Párr. 12.1

de los trabajadores, en especifico de aquellos que se encuentran en el sector formal, consideración que de ser cierta rompería frontalmente el referido principio de universalidad.

Al respecto, tal como menciona Ricardo Nugent "son evidentes las diferencias entre los seguros sociales obligatorios y la seguridad social. Mientras los primeros protegen a los trabajadores por cuenta ajena, la seguridad social nace con el propósito de amparar a toda la población. Asimismo, los seguros sociales protegen al trabajador contra determinados riesgos y contingencias sociales; en cambio, la seguridad social se estructura para cubrir todos los riesgos y contingencias a que están sujetos los miembros de una determinada colectividad".[22]

En este sentido, tal como menciona el Comité DESC en su Observación General 19, "las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano."[23] Así, el Comité reconoce que tales medidas pueden consistir en: a) Planes contributivos o basados en un seguro que generalmente implican el pago de cotizaciones obligatorias. b) Planes no contributivos, como los planes universales, que ofrecen la prestación correspondiente a toda persona expuesta a un riesgo o situación imprevista particular o los planes de asistencia social destinados a determinados beneficiarios (en que reciben las prestaciones las personas necesitadas) y c) Otras formas de seguridad social, como planes privados medidas de autoayuda u otras medidas, planes comunitarios o de asistencia mutua, que siempre deberán estar respaldados por el Estado.

Así, la responsabilidad directa de asegurar el ejercicio de la seguridad social corresponde al Estado, quien será el encargado de diseñar, instrumentar y administrar políticas y programas necesarios para garantizar el sistema de seguridad social, en algu-

22 Nugent Ricardo, "La Seguridad Social: Su historia y sus fuentes". Introducción del derecho del trabajo y seguridad social. Comp. Néstor de buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela Instituto de Investigaciones Jurídicas. (P. 612)

23 COMITÉ DESC, Observación General No. 19 el derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008. Párrafos 4 y 5.

nos casos podrá apoyarse del sector privado, pero ello no implica que sus obligaciones desaparezcan.

Por otro lado, el principio de solidaridad resulta de gran importancia para garantizar la universalidad del derecho a la seguridad social, sobre todo para lograr aquellos planes que no tienen características contributivas y que son necesarios por no decir indispensables en la mayoría de los Estados, ello es así ya que toda la población tiene la obligación de contribuir en la medida de sus posibilidades con los medios necesarios para el suministro de prestaciones a quienes las necesiten, con independencia de su interés particular[24].

Adicionalmente a lo expuesto con anterioridad, no pude pasar desapercibido que existen condiciones fácticas que impiden a ciertos grupos de la población ejercer sus derechos de la misma manera que el resto, razón por la cual resulta fundamental que para hacer efectivo el derecho a la seguridad social se elimine cualquier criterio discriminatorio y se consideren y contextualicen las necesidades de cada grupo de la población para garantizar una igualdad sustantiva.

Al respecto, el derecho a la no discriminación ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva número 18, como un principio de *ius cogens*, por tratarse de una norma de derecho imperativo que integra el orden público internacional, y a la cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho internacional, y menos aun las que forman parte del derecho doméstico de los Estados; el término discriminación hace referencia a "toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos."[25] Así mismo el Comité de Derechos Humanos, ha señalado que "el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia."[26] Además, se menciona

---

[24] Etala, Carlos Alberto. Derecho de la Seguridad Social, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002. P.58

[25] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003*, párr. 84

[26] ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18. No discriminación, 1989, párr.8

en diversos instrumentos[27] que el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, generan obligaciones para los Estados de garantizar y respetar los derechos humanos y que para lograrlo "deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*."[28]

En este mismo sentido, el Comité DESC ha afirmado en su observación General 19 que es obligación de los Estados garantizar que el derecho a la seguridad social se ejerza sin discriminación, para lo cual deberán eliminar las situaciones de hecho y de derecho que impiden un ejercicio igualitario de derechos.

El Comité también entiende que si bien la seguridad social es un derecho que debe garantizase a toda la población existen algunos grupos que requieren una especial atención, pues en general, dada la situación de desigualdad que históricamente han vivido, pueden enfrentarse a situaciones de mayor vulnerabilidad, tal es el caso de las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las persona de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos.[29]

La anterior mención de ciertos grupos que requieren especial atención debe entenderse de manera enunciativa y no limitativa, pues existen muchos otros que se han enfrentado históricamente a una situación de discriminación estructural, tal como lo reconoce el propio Comité DESC en su diversa observación general número 20 en el sentido de que "el carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tan-

27 Carta de la ONU (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); PIDESC (artículos 2.2 y 3); PIDCP (artículos 2 y 26).

28 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003*, párr. 85

29 COMITÉ DESC, Observación General No. 19 el derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008. Párr. 29, 30 y 31

to, la discriminación basada en "otra condición social"[30] exige un planteamiento flexible".[31]

Un ejemplo de lo anterior, podemos encontrarlo en el caso Duque Vs. Colombia resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 2016, en el que se declaró responsable internacionalmente al Estado de Colombia por la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, por no haberle permitido a una persona acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la muerte de su pareja, con base en el hecho de que se trataba de una pareja del mismo sexo. En aquel momento, la normatividad interna del país establecía que únicamente el cónyuge o el compañero o compañera permanente sobreviviente de sexo diferente al del causante tenía derecho a la pensión de sobrevivencia.

Al respecto, en la sentencia se sostuvo que el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar

---

30 Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales: Artículo 2
1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

31 Comité DESC Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)Párr. 27. 2 de julio de 2009.

esa finalidad[32], por lo que declaró la distinción contemplada en la legislación nacional discriminatoria y contraría a la Convención.

En la sentencia también se hizo referencia a los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, refiriendo que de manera específica en el principio 13, se contempla que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.[33]Además, la Corte Interamericana hizo hincapié en el hecho de que "la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana".[34]

Por otro lado, en la observación general 20 del Comité DESC se establece la obligación de los Estados parte para "adoptar un enfoque proactivo para eliminar la segregación y la discriminación sistémicas en la práctica."[35] Lo cual, resulta fundamental si se tiene en cuenta que existen diversos grupos históricamente discriminados y por lo tanto las necesidades que deberán cubrir-

[32] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Duque Vs. Colombia. *Fondo, Reparaciones y Costas*, 26 de febrero de 2016 Párr. 107

[33] Ídibem Párr. 110

[34] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, 24 de febrero de 2012 párr. 92.

[35] Comité DESC Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Párr. 39. 2 de julio de 2009

se respecto de cada uno son diferentes y responden a sus particularidades específicas, el entender tales particularidades dentro del contexto en el que se pretenden ejercer derechos humanos y en específico el derecho a la seguridad social, lleva al campo práctico la aplicación del principio de universalidad, al permitir que la seguridad social se ejerza de manera efectiva por todas las personas sin distinción, al eliminar las barreras que obstaculizan su ejercicio y verificar que la seguridad social responda adecuadamente a las necesidades de cada grupo para que de manera efectiva contribuya a disminuir la discriminación estructural.

Por mencionar solamente algunos ejemplos de la importancia de la contextualización de las necesidades de los diferentes grupos de la población para asegurar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, podemos hacer referencia a los siguientes:

Personas con discapacidad: Debe tenerse en cuenta que "la pobreza afecta de manera desproporcionada a las personas con discapacidad, que están excesivamente representadas entre los más pobres del mundo"[36], ya que existe una constante exclusión de este grupo poblacional en el mercado laboral, pues los adultos con discapacidad en edad de trabajar registran tasas de empleo bajas y reciben poco salario, se desarrollan generalmente en el sector informal y no se les garantiza seguridad social. Adicionalmente, las personas con discapacidad suelen hacer gastos adicionales que no realiza el resto de la población pero que resultan indispensables para contar con una vida independiente, tal es el caso de apoyos técnicos o humanos o de gastos de transporte. [37]

Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha destacado la importancia de tener en cuenta los gastos relacionados con la discapacidad para asignar presta-

[36] Vease. N. Groce y otros, Poverty and disability – A Critical Review of the Literature in Low and Middle-income Countries (L. Cheshire Disability and Inclusive Development Centre, 2011)

[37] Ver. ONU, Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 7 de agosto de 2015, disponible en: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10406.pdf (consultado el 3 de julio de 2018)

ciones suficientes, en particular para los niños con discapacidad y sus familias[38] y ha recomendado calcular las prestaciones sobre la base de las características y circunstancias personales y las necesidades de las personas con discapacidad.[39] Ya que se trata de un grupo heterogéneo y sus necesidades son distintas.

Como refiere la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "los programas de protección social son necesarios para garantizar la seguridad de los ingresos a las personas de edad con discapacidad y para acceder a los servicios de apoyo. Habida cuenta de que las tasas de discapacidad son considerablemente más elevadas entre las personas de edad, existe una demanda cada vez mayor de servicios de atención sanitaria y social y de servicios de apoyo que les permitan continuar viviendo de forma independiente y con dignidad".[40]

Por otra parte, accesibilidad también representa un factor indispensable para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la seguridad social, por lo que resulta indispensable la existencia de un adecuado entorno físico no solamente del lugar en donde se otorga la información del servicio, sino también en la prestación misma de la seguridad social, asegurar que el entorno y los transportes para llegar a esos puntos también sean accesibles, se debe insistir en que la información y los materiales sean accesibles para todas las personas con discapacidad, buscando diferentes medios y métodos que comunicar la información.

Por último, respecto de las mujeres con discapacidad, la Relatora Especial también afirma que los Estados se encuentran obligados a garantizar que los programas de protección social aborden los desequilibrios de poder y las múltiples formas de

38 Comité CDPD, Observaciones Finales sobre el informe inicial de Nueva Zelanda, 31 de octubre de 2014, Párr. 60

39 Comité CDPD, Observaciones Finales sobre el informe inicial de China, 15 de octubre de 2012. Párr. 80

40 ONU, Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 7 de agosto de 2015, Párr. 37, disponible en: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10406.pdf (consultado el 3 de julio de 2018)

discriminación que experimentan las mujeres y las niñas con discapacidad. Por lo que deberán adoptar medidas para eliminar los obstáculos que les impiden acceder a los programas de protección social tanto por cuestiones de género como por discapacidad. Además, menciona que los regímenes no contributivos, en concreto, desempeñan un papel importante, pues las mujeres con discapacidad quedan excluidas a menudo del mercado de trabajo formal.[41]

Mujeres: La Organización Iberoamericana de Seguridad Social, en su informe sobre la seguridad social y género afirma que "entre las personas mayores de 65 años que perciben pensiones contributivas en Iberoamérica, el 37% son mujeres frente a casi el 47% de hombres, siendo muy desiguales las cuantías que percibe. Asimismo, las mujeres son las principales perceptoras de las pensiones no contributivas, de importes mucho menores, por lo que su nivel de vida en ningún caso se asimilará al de los hombres que reciben pensiones contributivas."[42]

El informe refiere que estas desigualdades derivan de la situación que enfrentan las mujeres en el mercado de trabajo, ya que los sistemas de protección social en la región son básicamente contributivos, y por lo tanto la protección que ofrecen está ligada directamente a la participación en el mercado de trabajo y a las aportaciones realizadas. Sin embargo, el trabajo es uno de los ámbitos donde más obstáculos enfrentan las mujeres al tener menos posibilidad de participación y obtener salarios menores, además del uso de tablas de mortalidad diferentes para hombres y mujeres (en las que, al considerarse la mayor longevidad de las mujeres, sus pensiones se ven reducidas), además de la diferencia de edades en el acceso a pensiones por vejez y una falta de reconocimiento de las tareas de cuidado que generalmente no se tiene en cuenta en los sistemas de protección.[43] En este sentido, "la neutralidad del modelo de financiación capitalizada, en

41 Íbidem. Párr. 38 y 39.

42 Organización Iberoamericana de Seguridad social, *prestaciones de seguridad social y género,* prólogo, p. 5. http://www.oiss.org/IMG/pdf/PRESTACIONES_DE_LA_SEGURIDAD_SOCIAL_Y_GENERO.pdf (consultado 30de julio de 2018)

43 Ver. Íbidem, P. 17-24

su concepción más pura, no ha introducido elementos de discriminación positiva que pudieran garantizar un nivel igualitario de protección social"[44], razón por la cual el diseño del sistema se seguridad social también debe hacerse bajo una perspectiva de género.

Derivado de lo anterior, es posible afirmar que para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social de todas las personas, debe atenderse en primera instancia a la situación que enfrentan los diversos grupos de la población (como es el caso de las personas con discapacidad, las mujeres, las comunidades rurales e indígenas, los refugiados, entre otros), para que una ves entendidas sus necesidades y barreras particulares para ejercer el referido derecho, el Estado pueda tomar las medidas necesarias encaminadas a eliminarlas para garantizar de manera real el acceso a la seguridad social de todos los grupos población sin discriminación alguna.

Conclusiones

El reconocimiento de la seguridad social como derecho humano de carácter universal, ha permitido que tanto nacional como internacionalmente se haya desarrollado progresivamente su contenido para buscar una mayor y mejor protección de las necesidades que enfrenta actualmente la sociedad, además de ser entendida como una herramienta para disminuir la pobreza y las condiciones de desigualdad.

Sin embargo, a pesar de su gran importancia, en la actualidad siguen existiendo retos para hacer realmente efectivo su contenido, muchos de ellos derivan del hecho de que los Estados lo contemplan en su legislación interna y en el diseño de sus políticas públicas a la seguridad social como un derecho vinculado a la clase trabajadora, específicamente relacionado con el sector formal.

[44] Organización Iberoamericana de Seguridad social, *prestaciones de seguridad social y género,* prólogo, p. 18. http://www.oiss.org/IMG/pdf/PRESTACIONES_DE_LA_SEGURIDAD_SOCIAL_Y_GENERO.pdf (consultado 30de julio de 2018)

La mayoría de las leyes y políticas públicas no están diseñadas para garantizar la universalidad del derecho a la seguridad social y tampoco cuentan con mecanismos que permitan su ejercicio sin discriminación. Para lograr tal fin, sería necesario que como un primer paso, los Estados sean consientes de la heterocomposición de su población, para que una vez detectadas las barreras y necesidades de cada grupo se establezcan las acciones para hacerles frente y con ello lograr disminuir las condiciones que impiden el ejercicio efectivo del derecho humano a la seguridad social.

Por último, existen muchas personas que no pertenecen al sector formal y que dada su situación o características no cotizan en los sistemas de seguridad social, como es el caso de los migrantes, refugiados, trabajadores rurales, entre otros; razón por la cual, es importante que los Estados contemplen regímenes no contributivos de protección social.

Fuentes consultadas

ONU, COMITÉ DESC, Observación General No. 19 el derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008. http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8791.pdf (consultado 10 de junio de 2018)

OIT, Informe mundial sobre la protección social "la protección social universal para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible 2017-2019", 29 de noviembre de 2017. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_624890.pdf (consultado 3 de junio de 2018)

OIT. Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe, Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2018. https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_633654/lang--es/index.htm (consultado el 7 de junio de 2018)

Véase. Nugent Ricardo, "La Seguridad Social: Su historia y sus fuentes". Introducción del derecho del trabajo y seguridad social. Comp. Néstor de buen Lozano y Emilio Morgado Va-

lenzuela Instituto de Investigaciones Jurídicas. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/36.pdf (consultado 1 de junio de 2018)

OIT, Recomendación 202 sobre los pisos mínimos de protección social, 14 de junio de 2012, preámbulo, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R202 (consultada 1 julio 2018)

Navarro Fallas, Román .El derecho fundamental a la seguridad social, papel del estado y principios que informan la política estatal en seguridad social. Rev. cienc. adm. financ. segur. Soc, 2002, vol.10. http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592002000100002#a1 (consultado 11 junio de 2018)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Vol. III. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Washington DC, 2010.

Antonio Baldassarre, Diritti sociali, en Enciclopedia giuridica, Vol. XI, Roma, 1989.

Comité Desc. Comunicación 2/2014. 13 de octubre de 2015. Párr. 12.1 http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1Xt9%2FAm48919J%2BLiF0hYPeY968mFV3ao2KS0doRHmXMsisV%2BTP1tpRZnlYohtZFPuPELW5S%2FUudCtjl1mPoUdLDuvQBfQqBga1oZlcHIGhCMLODN%2BD2zMrKe9tR0EqyoxvoMz8RWhSN7PzrTTtU8c0%3D (consultado 17 de junio de 2018)

Etala, Carlos Alberto. Derecho de la Seguridad Social, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1 (consultado 21 de junio de 2018)

Comité DESC Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económi-

cos, Sociales y Culturales) 2 de julio de 2009. https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html (consultado 9 de julio de 2018)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Duque Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de febrero de 2016

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012

N. Groce y otros, Poverty and disability – A Critical Review of the Literature in Low and Middle-income Countries (L. Cheshire Disability and Inclusive Development Centre, 2011)

ONU, Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 7 de agosto de 2015, disponible en: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10406.pdf (consultado el 3 de julio de 2018)

Comité CDPD, Observaciones Finales sobre el informe inicial de Nueva Zelanda, 31 de octubre de 2014

Comité CDPD, Observaciones Finales sobre el informe inicial de China, 15 de octubre de 2012.

Organización Iberoamericana de Seguridad social, prestaciones de seguridad social y género, prólogo, p. 5. http://www.oiss.org/IMG/pdf/PRESTACIONES_DE_LA_SEGURIDAD_SOCIAL_Y_GENERO.pdf (consultado 30de julio de 2018)

Normativa internacional

Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Doc. A/CONF.157/23, Viena, 14 a 25 de junio de 1993.

El derecho a la seguridad social

José Antonio Estrada Marún
*Óscar Javier Apáez Pineda**

Sumario: I. Introducción: La seguridad social y sus antecedentes. II. El derecho humano de la seguridad social. III. La seguridad social en el sistema interamericano de derechos humanos. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción: La Seguridad Social y sus antecedentes

La seguridad social no es un concepto estático, ni definitivo, es una noción que con el paso de los años ha ido incorporando características y dependiendo de la sociedad en la cual se desarrolla su idea se materializa a través de distintas herramientas, es por ello que sus antecedentes históricos y su actual marco conceptual son producto de diversos estadios de la protección social que los Estados brindan a sus ciudadanos; y de un derecho humano que asiste a cualquier persona, por lo que para poder entender esta noción se hace necesario un breve recorrido histórico y conceptual, que por cuestión de espacio e intención del presente trabajo retomará brevemente a partir de finales del siglo XIX, el XX y el actual.

* Investigadores de tiempo completo de la Universidad La Salle México.

I.1 Antecedentes

Uno de los primeros documentos jurídicos occidentales en el cual encontramos la palabra seguridad social es la *Social Security Act* de 1935, promulgada en Estados Unidos de Norteamérica por el presidente *Franklin D. Roosevelt*; esta ley fue parte de la respuesta a la severa situación económica que atravesó su país por la crisis de 1929. En esta se abordó el tema de la protección de los principales riesgos sociales de los trabajadores,[1] para ello se propuso la implementación de los seguros sociales básicos de vejez, invalidez y muerte.

En la opinión de *Nugent*: "Esta fue la primera ley que consideró a la seguridad social como sistema de concepción integral, utilizando todas las instituciones destinadas a lograr ese propósito".[2]

En atención a lo expresado por *Nugent* y como primera aproximación a la noción actual de seguridad social; debemos mencionar que la misma constituye un sistema, integrado por distintas instituciones y/o seguros sociales cuya finalidad es proteger riesgos y/o contingencias sociales además de elevar la calidad de vida de las personas.

Al respecto, *Briseño Ruiz*, precisa que esta es: "el conjunto de instituciones, principios, normas y disposiciones que protege a todos los elementos de la sociedad contra cualquier contingencia que pudieran sufrir, y permite la elevación humana en los aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural."[3]

Definición con la cual coincidimos ya que consideramos que la característica principal de la seguridad social es la elevación de la calidad de vida para hacer efectiva el concepto de vida digna, y sobre todo porque la entendemos como un *conjunto de institucio-*

---

1 Los riesgos sociales son un conjunto de acciones naturales y fortuitas, que pueden provocar un daño en las personas.

2 Nugent, Ricardo, "*La seguridad social: su historia y sus fuentes*", en: De Buen Lozano, Néstor y Morgado Valenzuela, Emilio Coord., *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. AIADTSS y UNAM, México, 1997, p. 612.

3 Briceño, Ruiz Alberto, *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª edición, Oxford, México, 2016, p. 13.

nes, políticas, programas y normas jurídicas que tienen como objeto el proteger y elevar la calidad de los individuos de determinado país frente a las eventuales contingencias sociales.[4]

Aunado a lo anterior, debemos precisar que en ocasiones la seguridad social se confunde con la noción de seguro social, institución que es la principal herramienta con la cual se intenta materializar,[5] y a la cual se encuentra indisolublemente ligada por ser este su antecedente histórico directo, por lo que es necesario precisar que el seguro social nace en Alemania y la noción de la seguridad social en Inglaterra.[6]

Y en atención a que el concepto de seguridad social se vincula con procesos históricos y concepciones particulares, debemos referirnos al nacimiento de los seguros sociales y el de la seguridad social, como a continuación detallaremos.

I.1.1 Los seguros sociales en Alemania

El nacimiento histórico del seguro social fue propuesto por el canciller *Otto Von Bismarck* en el año de 1883 y en aquella época fue diseñado pensando en la protección de los trabajadores asalariados de menores ingresos; su afiliación era obligatoria para cubrir riesgos específicos y su financiamiento era tripartita pues se sostenía con aportaciones de trabajadores, empresarios y el Estado.

Sobre los motivos y razones que propiciaron el nacimiento del seguro social, es importante señalar que *Briseño Ruiz* refiere que frente a la fuerza de los movimientos socialistas y los atentados llevados a cabo en contra del *Kaiser* Guillermo I, la creación

---

4 En esta definición utilizamos la palabra contingencia ya que algunos eventos sociales que afectan a las personas no son susceptibles de protegerse, como la muerte y otros no ocasionan un daño como podría ser la maternidad y paternidad.

5 Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La seguridad social en México*, 2a. edición, México, Porrúa, 2013, p. 16-32.

6 Véase: Briceño, Ruiz Alberto, *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª edición, Oxford, México, 1016, p. 13.

del seguro social fue la respuesta de emergencia en contra de la ideología socialdemócrata; pues *Otto Von Bismarck* combatió las ideas socialistas expidiendo una legislación social vanguardista.[7]

Como se puede observar Alemania, por motivos sociales y políticos, generó una legislación relativa a seguros sociales que van a ser el origen y precursor de la idea de la seguridad social, misma que va a completarse con la visión de los ingleses.

Siendo necesario precisar que desde esa época el seguro social tiene como característica la de ser el instrumento en forma de Institución en el cual de manera conjunta los trabajadores, los patrones y el Estado unen sus acciones para protegerse de los efectos de las contingencias y riesgos sociales, además de posibilitar una mejor calidad de vida.[8]

I.1.2. La seguridad social en Inglaterra

En Inglaterra como cuna de la revolución industrial no podía estar ajena a la reglamentación laboral y al otorgamiento de prerrogativas para los trabajadores, por lo que antes de la llegada de la *Segunda Guerra Mundial*, se expidieron diversas legislaciones que atendían riesgos sociales; basadas en las ideas alemanas;[9] pero no va a ser sino hasta 1942 cuando *William Henry Beverigde* va a presentar su *Plan Beveridge* en el cual sostuvo que la seguridad social es un concepto que se fundamenta en las siguientes bases:

Unificación de los seguros sociales, dándoles su carácter de institucionales y con financiamiento mediante una cotización única para todas las contingencias aseguradas.

Protección frente a todos los riesgos independientemente de que la causa que los origine se encuentre en el trabajo o no, es decir, tiende a contemplar las situaciones de necesidad, producidas por cualquier contingencia y trata de remediarlas cualquiera que

[7] Briseño Ruiz, Alberto, *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª. Edición, ed. Oxford, México, junio 2016, p. 55.

[8] *Ibidem*, p. 32.

[9] *Ibidem*, pp. 58- 60

fuera su origen por lo que hace que se produzca una cobertura integral de las contingencias, superando el concepto de riesgo aislado y de su seguro frente a un infortunio concreto.

Universalidad de cobertura, es decir, el núcleo beneficiario se debe extender a toda la población.

Financiamiento tripartito como la del seguro social; sin embargo, el Estado solventaría la carga de ciertas prestaciones no administrables por los seguros sociales.[10]

Las ideas de este pensador ingles han llevado a declarar que: "...en la actualidad, existe un consenso sumamente generalizado sobre que esas bases constituyen precisamente los principios caracterizadores de un verdadero sistema de seguridad social."[11]

Por lo que de los fundamentos expuestos por *Beverigde* podemos reafirmar que la seguridad social mantiene un indisoluble vínculo con la institución del seguro social, ya que *Beverigde* señala como elemento esencial la unificación de los mismos a través de un aseguramiento universal de la población de un Estado, para hablar de un sistema de seguridad social, sin embargo, no son las únicas instituciones que la conforman, ya que la seguridad social a veces es confundida con la protección social.

I.1.3 Protección social y seguridad social

La confusión existente entre la protección social y la seguridad social, tiene su origen en que la primera se entiende como un conjunto de políticas y programas con los que las sociedades dan respuesta a diversas contingencias a fin de compensar la falta o reducción sustancial de ingresos provenientes del trabajo; brindar asistencia a las familias con hijos, además de ofrecer atención médica y vivienda a la población.[12]

---

10 *Ibidem,* p. 80.

11 Alarcón Caracuel, Manuel R. y González Ortega, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, 4a. ed., España, 1991, p. 23.

12 Organización Internacional del Trabajo, "*Protección social*", *Glosario de términos de seguridad social*, en:http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/edob/agora/pdf/glosariosegsoc.pdf

Al respecto, la OIT precisa que la *protección social* es un:

> Término general que cubre todas las garantías contra la reducción o pérdida del ingreso en casos de enfermedad, vejez, desempleo u otras contingencias, incluyendo solidaridad familiar y de grupo, ahorros individuales o colectivos, seguro privado, seguro social, prestaciones suministradas por las mutuas, seguridad social, etc.[13]

Por lo que consideramos que la protección social abarca todos los medios de un Estado o sociedad para cubrir una serie de riesgos a través de distintas instituciones e incluye a la seguridad social como parte de esta.

Al respecto, *Sánchez Castañeda* señala que la diferencia entre una y otra, reside en que la protección social se encarga de cubrir contingencias sociales de la población no asalariada o con vulnerabilidad de un país, mientras que la seguridad social está ligada a trabajadores formales.[14]

Para *José Francisco Blasco Lahoz*, la protección social cuenta con instrumentos que constituyen técnicas del Estado para abordar las necesidades que surgen en las sociedades modernas.[15]

Este jurista divide estás técnicas en dos: a) Inespecíficas, que comprenden la asistencia familiar, la asistencia privada y la beneficencia pública; y b) específicas de seguridad social que comprenden al seguro social y la seguridad social.[16] Por lo que consideramos que la seguridad social constituye un género de la protección social.

Por otra parte, sostenemos que teóricamente la diferencia entre estos conceptos, no lo es la población asalariada o no asa-

---

13 Tesauro de la Organización Internacional del trabajo, *Protección Social,* disponible en: http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp, fecha de consulta 15 de diciembre de 2016.

14 Castañeda Sánchez, Alfredo, *La seguridad y la protección social en México. Su necesaria reorganización*, UNAM, IJJ, 2012, pp. 22-23.

15 Blasco Lahoz, José Francisco *et. al.*, Curso de Seguridad Social, Ed. Tirant lo Blanch, 8ª. ed., Valencia, 2001, pp. 25-39.

16 *Idem*.

lariada, sino que, al entenderse como derecho humano, da pie a la existencia de un conjunto de normas jurídicas cuyo fin es elevar la calidad de vida de los humanos, a partir de la protección contra riesgos, contingencias sociales y laborales, además de la satisfacción de necesidades elementales para la sobrevivencia y vida digna como se señala en el título II del presente, aunque nos referiremos primero a la manera en la cual se materializó la seguridad social en México.

I.2 La seguridad social mexicana

En México, la seguridad social ha estado ligado de manera inevitable al derecho laboral, esto se debe a que en el artículo 123 constitucional se estableció a la seguridad social y como dicho artículo constituye el fundamento del derecho laboral, esta se conceptualizaba desde este; y en ese sentido, para poder ser sujeto de protección necesariamente debías tener una relación laboral y por tanto se privilegió el modelo alemán por sobre el inglés.

Así pues, el derecho de los seguros sociales mexicano, se apartó de una concepción de la seguridad social tipo *Beveridge* y se desarrolló con el principio de la existencia de una relación formal para poder ser parte de algún seguro social y recibir su protección o aseguramiento.

I.2.1 Los seguros sociales

En México existen distintos seguros sociales, a saber: 1) Instituto Mexicano del Seguro social (IMSS); 2) Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE); y el 3) Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM).

Estas instituciones protegen a la clase trabajadora mexicana, siendo el primero de los mencionados el encargado de brindar sus servicios a los trabajadores en general y al grueso de la población asegurada a través de relaciones de trabajo formales.

El segundo de los mencionados se encarga de la protección de los trabajadores al servicio del estado, siendo un número minúsculo de asegurados en comparación con el IMSS y el último mencionado hace referencia a las fuerzas armadas del país.[17]

Cada uno de estos institutos cuenta con su propia ley y con autonomía financiera, el IMSS se fundamenta en la Ley del Seguro Social (LSS); el ISSTE en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSTE) y el ISSFAM en la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas de México.

De conformidad con la LSS, el IMSS es un órgano público, descentralizado, autónomo fiscal y financieramente, cuya finalidad es la protección de la mayor parte de la población económicamente activa, su financiamiento depende de la participación tripartita de patrones, trabajadores y Estado.

El ISSSTE por su parte es un organismo público, autónomo, cuyo financiamiento depende del estado y los trabajadores a su servicio; por último, el ISSFAM, también es un organismo público autónomo, pero su financiamiento depende exclusivamente del estado.

Estos institutos cuentan desde sus origines con nociones relativas a sus servicios y prestaciones que otorga; las cuales es preciso desarrollar para precisar sus características esenciales y distintivas.

El principal concepto que comparten los Institutos es el de *asegurado*; respecto de este, el *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*, nos menciona que: "El término asegurado o asegurada es el participio pasivo de la palabra asegurar, el cual se refiere a la persona que ha contratado un seguro."[18]

---

17 Existe un programa del Gobierno Federal mexicano a través de su Sector Salud, denominado "Seguro Popular de Salud", consideramos que este no se trata de un seguro social, pues no cumple con las características de un seguro, ni se rige bajo los principios esenciales de los seguros sociales mexicanos.

18 Pedroza De La Llave, Susana Thalía, "Asegurado", *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*, UNAM, México, 1994, p. 54.

Y nos precisa que "...la palabra asegurado, en el derecho de la seguridad social, alude a aquella persona que aporta al Seguro o aquel por la que otra persona cotiza."[19]

Consideramos que esta definición es la adecuada para definir lo que se entiende por asegurado, pues de manera precisa nos estipula las características esenciales para ser considerado como un asegurado: la persona que contrata un seguro o cubre por sí a través de otro su aportación al seguro.

En cualquiera de los institutos, cuando un trabajador es asegurado comienzan a pagarse las aportaciones respectivas y en ese momento se perfecciona una relación jurídica llamada relación de aseguramiento.

En México esta relación de aseguramiento puede darse de dos formas: 1) Bajo el régimen de aseguramiento obligatorio, que es el que se materializa con el inicio de la relación laboral y;[20] 2) Por incorporación voluntaria, que es la afiliación que el propio asegurado realiza.[21]

Respecto del concepto *afiliación* se entiende por este al: Acto de asociar o adherir a una persona voluntariamente o en forma forzosa al régimen obligatorio o voluntario de seguridad social legalmente establecido.[22]

Una vez que se instaura la relación de aseguramiento, el asegurado que cuenta con la vigencia de sus derechos recibe el nombre de *afiliado* y esta situación le permite contar con una serie de prerrogativas a su favor, a través de distintas *ramas de aseguramiento* que pueden ser: invalidez, enfermedad, vejez, vida y riesgos de trabajo, mismas que contemplan diversas prestaciones que pueden ser exigidas e incluso reclamadas ante el seguro social al cual se adhirieron.

---

19 *Idem*.

20 Aunque en el ISSSFAM no puede considerarse como una relación laboral debido a la Ley castrense, reúne las características de esta e incluso el aseguramiento y protección de contingencias en el ISSFAM atiende a las relativas a una relación laboral.

21 Véase Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *op. cit*., pp. 202-203.

22 Tena Suck, Rafael, "Afiliación", *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*, UNAM, México, 1994, pp. 41-42.

Las obligaciones y la protección de la relación de aseguramiento son tan amplias que las prestaciones de las distintas ramas se otorgan a los familiares del asegurado, quienes reciben la denominación de *derechohabientes* o en su caso *beneficiarios*.

Respecto de este último concepto es conveniente señalar que se entiende como beneficiario aquel familiar dependiente del asegurado que recibe determinados prestaciones o beneficios de la seguridad social, una vez que el asegurado ha muerto.[23]

Los patrones están obligados a llevar al aseguramiento de sus trabajadores ante el IMSS, ISSTE o ISSFAM aplicándose lo respectivo a sus leyes por cuanto a sus beneficios y protección.

De lo anterior, podemos observar que la seguridad social en México tiene como herramienta principal al seguro social, aunque se cuenta también con instituciones como la asistencia social y la beneficencia pública.

La primera mencionada contempla medidas para auxiliar a las personas cuando se encuentran ante una contingencia social y encuentra su fundamento principal en dos leyes: la Ley de Asistencia Social, (LAS) y la Ley General de Salud, (LGS).

La las señala en su artículo 12 que la asistencia social se brinda a través del *Sistema Nacional de Salud* y de conformidad con el artículo 168 de la LGS, encontramos que la protección que se otorga a través de esta se da a las personas que por sus carencias socio-económicas o por su condición de discapacidad se vean impedidas para satisfacer sus requerimientos básicos de subsistencia y desarrollo; aquellas que se encuentran en estado de abandono o desamparo; además de las personas con discapacidad o sin recursos.

Por su parte, la Beneficencia Pública es definida como: "La actividad del estado o de los particulares que tiene por objeto auxiliar de manera altruista, a las personas que se encuentren en ausencia de elementos básicos para sobrevivir." [24]

---

[23] Pedroza De La Llave, Susana Thalía, "Beneficiario", *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*, UNAM, México, 1994, p. 54.

[24] Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *op. cit.*, p. 40.

Resaltando que la diferencia entre esta y la Asistencia Social es que la beneficencia se apoya en el altruismo y ayuda a personas con ausencia de goce de derechos mínimos para tener una vida digna.

Como se observa, aunque nuestro sistema de protección social se encuentra desarticulado, se prevé la posibilidad de que todas las personas tengan expectativas de obtener alguna protección por parte de la seguridad social mexicana, obligación que se torna ineludible a partir de la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011 misma que obliga al Estado mexicano a respetar, promover y garantizar el derecho humano de la seguridad social.[25]

II. El derecho humano de la seguridad social

El artículo 20 de la declaración Universal de los Derechos Humanos, consagra a la seguridad social como un derecho humano que extiende su protección a toda persona miembro de un Estado que la otorga con base a su esfuerzo nacional, con su organización y sus recursos particulares.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 9º nos precisa que existe una diferencia entre el derecho de la seguridad social y el seguro social pues esta se refiere al derecho a gozar de la red de servicios de seguridad social en casos de enfermedad, paternidad, viudez, desempleo, invalidez, etcétera, y el segundo se refiere a la institución que actúa como parte del mecanismo que hace posible el sostenimiento de esta a través del abono continuo de los patrones sobre una parte del salario de los trabajadores, para que accedan a sus prestaciones.

[25] Precisamente para estar en condiciones de cumplir con esta obligación, y frente a la desarticulación institucional que tiene nuestro país, nos unimos a una de las ideas para reorganizar este entramado y concentrar las funciones de seguridad social en una sola institución. En esta línea, ver a Sánchez Castañeda, Alfredo, *La seguridad y la protección social en México. Su necesaria reorganización*, UNAM, IIJ, México, 2012.

Por lo que hace al *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* conocido con *Protocolo de San Salvador*, su artículo 9º establece que Derecho a la Seguridad Social protege a todas las personas contra las consecuencias de vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En los casos que se trate de personas con calidad de trabajadores además debe cubrirse al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Por lo que en atención a dichas normas precitadas y de conformidad con la reforma en materia de derechos humanos vigente en nuestro país a partir de junio de 2011, la seguridad social debe ser considerada como un derecho humano y al respecto el Estado mexicano debe dar cumplimiento a sus obligaciones para con esta. A continuación precisaremos los casos más relevantes en materia interamericana relacionados con el reconocimiento de la seguridad social como derecho humano, ya que constituyen criterios de obligada atención para nuestro país.

III. La seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es el conjunto de normativa e instituciones que tienen por objeto la promoción y protección de los derechos humanos en los países integrantes de la Organización de los Estados Americanos. El tratado base de este sistema regional de protección de derechos humanos es la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (CADH) de 1969, y con posterioridad se han ido creando otros para desarrollar el sistema. Los órganos estructurales del sistema de protección son dos. Por una parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que es un órgano principal de la OEA creado en 1956, y por la otra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que es un órgano de tratado de tipo jurisdiccional dispuesto por la CADH.

El artículo 26 de CADH es el dispositivo dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC),[26] y sobre el mismo cabe mencionar que los órganos de protección del sistema interamericano se han pronunciado poco. La razón de ello quizá puede estar en la resistencia que suelen mostrar los países a la aplicabilidad efectiva de los DESC, al tardío desarrollo del principio de progresividad de los derechos humanos, a la técnica remisiva de su redacción que para su aplicación reenvía al intérprete a la Carta de la Organización de los Estados Americanos o a la indefinición que supone que el artículo esté lleno de conceptos abstractos para su aplicación como es el compromiso de los Estados de Parte de "adoptar providencias", para el "desarrollo progresivo" de la "plena efectividad" de los DESC, en la "medida de los recursos disponibles".[27]

En este sentido, no es sino hasta mediados de 2017 que la Corte IDH por vez primera desarrolló y concretó una condena específica por la violación del artículo 26 en el caso Lagos del Campo vs. Perú. Con anterioridad, ciertamente tal precepto había sido señalado por la representación de las víctimas o lo había planteado la Comisión en determinados asuntos, sin embargo, la Corte IDH se había negado a tomar en cuenta el agravio sostenido en el aludido artículo 26. En otras ocasiones, la Corte IDH había abordado el tema en algunos párrafos de la sentencia, pero finalmente no estimó la violación de los DESC alegados.[28]

---

[26] Artículo 26. "Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

[27] Diagnóstico compartido por Courtis, Christian, en Steiner, Christian; Uribe, Patricia (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, SCJN, Konrad Adenauer, México, Colombia, 2014, págs. 655-676, en 656.

[28] Por ejemplo en el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú y el Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") vs. Perú.

Otros antecedentes pueden encontrarse en los informes finales que puede hacer la CIDH cuando recibe, analiza e investiga peticiones individuales contra violaciones de derechos humanos realizadas por un Estado parte de la OEA. En algunos de estos casos, se había analizado alegadas violaciones al artículo 26 en materia de derechos laborales, derecho a la salud, y la seguridad social.[29] Pero como ya se decía, es hasta el Caso Lagos del Campo que hay una condena específica en materia de derechos sociales.

III.1 Caso Lagos del Campo vs. Perú

Como se ha venido refiriendo, este caso constituye la primera sentencia en que la Corte IDH desarrolló y concretó por primera vez una condena con fundamento en el artículo 26 de la CADH, relativa a los derechos económicos, sociales y culturales. Se trató de una condena específica en que el referido artículo sirvió de aplicación de modo autónomo para establecer consecuencias jurídicas en la sentencia. Es decir, que no respondió a un complejo ejercicio interpretativo en que por derivación o conexión hermenéutica fuera incluido y correlacionado dicho artículo.[30]

De igual modo, la Corte IDH dio uno de los refuerzos que quizás más se habían echado en falta en materia de justiciabilidad de los DESCA, esto es, no ya el reconocimiento de su competencia para conocer y resolver las controversias que se susciten en este tipo de materias, sino en especial, declarar la fuerza vinculante de tales derechos dada su categoría de derechos humanos, y su natural interdependencia con los derechos civiles y políticos, con los cuales deben ser entendidos y protegidos de forma integral.

---

29 Así los contenidos en el Informe núm. 100/01, Caso11.381, "Milton García Gajardo y otros vs. Nicaragua"; Informe núm. 27/09, Caso 12.249, "Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador"; e Informe núm. 38/09, Caso 12.670, "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú", respectivamente.

30 Un amplio estudio de la misma puede verse en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Flores Pantoja, Rogelio (Coords.), *Inclusión, Ius Commune y Justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

En esta línea, la Relatoría de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó que la "decisión representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia delante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCA".[31]

En términos generales, los hechos del caso tratan sobre el Sr. Alfredo Lagos del Campo, quien luego de trece años fue despedido de su trabajo como obrero a consecuencia de unas declaraciones que realizó a una revista, en las que señaló la injerencia indebida en que había incurrido la empresa en las elecciones de las autoridades sindicales. Las declaraciones fueron realizadas cuando el trabajador ostentaba un cargo de representación gremial en la empresa.

Los empleadores consideraron que lo expresado en el medio de comunicación constituía el delito de injuria, por lo que se le prohibió el ingreso a la empresa, despidiéndolo por incumplimiento injustificado de las obligaciones de trabajo y de "faltamiento grave de palabra". En su contra, el afectado interpuso diversos medios de impugnación, sin embargo no consiguieron modificar la calificación del despido como "legal y justificado" que determinaron los tribunales peruanos de trabajo.

Como consecuencia de ello, el trabajador padeció ciertas repercusiones en su vida profesional, personal y familiar, al verse imposibilitado para acceder a los beneficios de seguridad social que dependían de su empleo. Además, en el marco del incidente, el Sr. Lagos del Campo ya no pudo conseguir otro trabajo que le proporcionara los ingresos para mantener a su esposa y catorce hijos.

La Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado peruano por violar varios derechos,[32] entre ellos, particularmente

[31] Ver el comunicado de prensa emitido por la Relatoría Especial de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH, D181, 15 de noviembre de 2017, Washington, D. C.

[32] Por ejemplo, y de especial importancia, los derechos de libertad de pensamiento y expresión, al no considerar que sus expresiones al medio de comunicación son de interés público, en ejercicio de sus funciones como

la vulneración de derechos laborales como el derecho al trabajo, a la estabilidad laboral y los derechos de la seguridad social de los que se vio privado como consecuencia del despido, particularmente, la posibilidad de acceder a una pensión por jubilación.

Cabe señalar que la Corte IDH estudió la posible violación de las normas de la CADH en materia de derechos laborales con base en el principio *iura novit curia* (el juez conoce el Derecho), ya que la vulneración a éstas no fue alegada en los escritos presentada a ella. Todo ello, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus posiciones en relación con los hechos que las sustentan, tal como se verificó en el caso.

En este contexto, la Corte IDH interpretó el artículo 26 de la Convención Americana respecto de los derechos laborales protegidos por la misma, entendidos éstos -según la literalidad del artículo- como aquéllos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, según la cual, el "trabajo es un derecho y un deber social" y que éste debe prestarse con "salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos", que los Estados deben "armonizar la legislación social" y que el gremio trabajador tiene derecho de asociarse libremente para la "defensa y promoción de sus intereses" (arts. 45 b y c, 46 y 34 g, de la Carta de la OEA).

Con este fundamento, y el *corpus iuris* nacional e internacional que hay en el tema, la Corte reiteró la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, los cuales deben entenderse de forma conjunta como derechos humanos; de estos últimos igualmente destacó la obligación que hay para el Estado de adoptar medidas generales de forma progresiva; y en el ámbito privado, concretó las obligaciones del Estado peruano para proteger el derecho a la estabilidad laboral en los siguientes deberes:

representante de los trabajadores, por lo que las mismas conllevan una protección reforzada. Asimismo determinó la vulneración a la libertad de asociación, acceso a la justicia y representación laboral.

a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

III.2. Caso Vilches Poblete y otros vs. Chile

Esta sentencia sigue la estela dejada por el caso Lagos del Campo vs. Perú en materia de justiciabilidad de los DESCA, aplicando igualmente de modo directo el artículo 26 de la CADH, sin embargo esta sentencia también brilla con luz propia dado su contenido novedoso. Y es que en este fallo la Corte por primera vez se pronunció respecto del derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los DESCA, así como respecto de los derechos de las personas adultas mayores.

En el caso, se trata de la declaración de responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar el derecho a la salud sin discriminación al Sr. Vinicio Antonio Vilches Poblete, al cual no se le brindaron los servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó lamentablemente en su fallecimiento.[33]

El afectado tuvo dos ingresos a un mismo hospital público con motivo de una insuficiencia respiratoria grave. En el primero le fue practicada una intervención cuando se encontraba inconsciente sin haber obtenido el consentimiento de los familiares. Luego se le dio de alta de modo temprano, sin mayores indicaciones. En el segundo ingreso permaneció en la unidad de cuidados

[33] Igualmente la Corte IDH declaró que el Estado chileno vulneró el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud, en perjuicio del Sr. Poblete y de sus familiares; así como el derecho al acceso a la justicia e integridad personal, en perjuicio de los familiares del afectado.

intermedios cuando la ficha médica disponía su internación en la de cuidados intensivos. Requería de un respirador mecánico, pero esta asistencia, entre otras, no le fue prestada, por lo que perdió la vida.

Los familiares plantearon las acusaciones correspondientes para esclarecer su muerte y deslindar responsabilidades por los hechos del caso, todo lo cual no fue conseguido con los tribunales chilenos. Adicionalmente se presentaron afectaciones que sufrieron los familiares con motivo del trato recibido al Sr. Ploblete y en la búsqueda de justicia.

Siendo que la Corte IDH se pronunció por primera ocasión sobre el derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los DESCA, no escatimó en la explicación de fundamentos jurídicos nacionales e internacionales para consolidar el contenido del derecho.[34] Con motivo de ello derivó unos estándares aplicables al caso, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente en situaciones de urgencia médica de mayores de edad, donde por su especial situación de vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía del derecho a la salud.

Los estándares de prestaciones médicas de urgencia no fueron aplicados por el Estado chileno en el caso concreto, motivo por el cual la Corte declaró su responsabilidad. Los estándares, ciertamente resultan de la mayor importancia porque trascienden la singularidad de este caso al resultar de aplicación general para los Estados. De ahí que conviene traerlos a cuento de modo íntegro (párrafo 121 de la sentencia):

[34] La Corte IDH verificó la consolidación del derecho a la salud: 1) como derecho justiciable a la luz de la Convención a través de: a) su derivación a la Carta de la OEA, a través de los artículos 34.i y 34.l, y 45.h de la misma, y b) el artículo XI de la Declaración Americana, de acuerdo con la interpretación del artículo 29.d de la Convención Americana; y 2) respecto del alcance y contenido de este derecho para efectos del presente caso, a través de: a) la legislación de Chile al momento de los hechos y actual, de acuerdo con la interpretación del artículo 29.b de la Convención Americana, así como el consenso legislativo regional sobre este derecho, y b) el *corpus iuris* internacional sobre el derecho a la salud.

a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas.

b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos.

c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población.

d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad.

En suma, con este caso la Corte IDH determinó que: a) el derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la CADH; b) este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad.

En cuanto al derecho a la salud de las personas mayores declaró que éstos gozan de un nivel reforzado de protección respecto de servicios de salud de prevención y urgencia. En cuanto a la imputación de responsabilidad del Estado por muertes médicas es necesario que se acredite la negación de un servicio esencial o tratamiento pese a la previsibilidad del riesgo que enfrenta el paciente, o bien una negligencia médica grave, y que se corro-

bore un nexo causal entre la acción y el daño. Si se trata de una omisión se debe verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso.

Finalmente, tratándose del consentimiento informado, estipuló que es una obligación a cargo de las instituciones de salud. Reconoció que, en principio, las personas mayores ostentan la titularidad de este derecho, sin embargo, se puede transferir en ciertas circunstancias a sus familiares o representantes. Asimismo, persiste el deber de informar a los pacientes o en su caso, cuando proceda, a sus representantes, sobre los procedimientos y condición del paciente.

IV. Reflexiones finales

No hace falta mucho esfuerzo para convenir en que el derecho humano a la seguridad social tiene un papel trascendental en la sociedad dado que el mismo representa la protección que toda persona puede necesitar ante las vicisitudes de la vida. En efecto, las enfermedades, los accidentes de trabajo, el desempleo, la invalidez, la vejez o la muerte son parte de la dinámica vital a la que estamos sujetos todos los seres humanos.

La seguridad social es un derecho humano estratégico porque permite el disfrute de otros derechos humanos. Tiene un papel importante para favorecer el respeto a la dignidad humana, la reducción de la pobreza y la desigualdad social, además de que constituye uno de los factores más exitosos para promover la inclusión social y el desarrollo personal.

La categorización de la seguridad social como derecho humano, y con ello, con todos sus principios e implicaciones que le son característicos, encuentran protección jurídica en instrumentos de fuente nacional e internacional, según se ha visto aquí. Como sucede generalmente con los derechos, el problema que se aprecia en la práctica es el de su eficacia. Tratándose de los mecanismos que aseguran jurídicamente su cumplimiento hemos puesto de relieve dos de las sentencias interamericanas que han abonado a dicho propósito. Las sentencias son recientes y ciertamente son

los primeros pasos, pero se aprecia una dinámica de protección que no tiene punto de retorno.

En este contexto, conviene traer a colación el sistema de seguridad social de nuestro país, el cual está compuesto por varios órganos y que por lo mismo calificamos el sistema institucional como desarticulado. Este detalle, sin duda resulta uno de los aspectos que ha generado más polémica dado que no permite el funcionamiento óptimo y de acceso general al sistema. Si en nuestro país se toma en serio la universalidad y la garantía efectiva del derecho humano de la seguridad social, más vale que comencemos a reorganizarlo.

Una solución a los problemas de desarticulación, puede ser la armonización legislativa que permita crear un organismo encargado de concordar las funciones de los seguros sociales, la asistencia social y la beneficencia pública, a fin de evitar que las personas obtengan paliativos en la protección de sus contingencias sociales además de otorgar exigibilidad directa del derecho de la seguridad social y su consecuente materialización.

El derecho al trabajo y al descanso

*Roberto Campa Cifrián**
*Alejandra Negrete Morayta***

Sumario: Introducción. a) Evolución del derecho al trabajo y de los derechos económicos, sociales y culturales. b) El derecho al trabajo y al descanso. c) Cumplimiento del Estado mexicano en relación con sus obligaciones en materia de derecho al trabajo, y al descanso y su impacto en las mujeres. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

Este texto tiene como finalidad realizar un breve recuento histórico del concepto de subordinación como elemento central de las relaciones de trabajo para, a partir de ahí, entender los avan-

* Licenciado en Derecho por la Universidad Anáhuac, con estudios en Economía en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Ha ocupado diversos cargos públicos como Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Subsecretario de Prevención y Participación Ciudadana y Subsecretario de Derechos Humanos en la Secretaría de Gobernación. Actualmente, se desempeña como Secretario del Trabajo y Previsión Social.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México con un Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Se ha desempeñado como abogada en la Comisión y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fungió como Comisionada Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Secretaría de Gobernación y, actualmente, como Procuradora Federal de la Defensa del Trabajo.

ces realizados en la protección del derecho al trabajo, particularmente desde el desarrollo internacional. Además, se aborda, en concreto, el derecho al descanso, así como sus principales aplicaciones con perspectiva de género, y se realiza un breve análisis respecto del cumplimiento del Estado mexicano en relación con sus obligaciones internacionales para el pleno desarrollo de este derecho. Por último, se establecen algunas propuestas que se consideran pertinentes para beneficiar a las y los trabajadores.

a) Evolución del derecho al trabajo y de los derechos económicos, sociales y culturales

Existe una relación intrínseca entre el ser humano y el trabajo, la cual se ha dado a través de la historia de la humanidad: es inimaginable concebir al uno sin el otro. Por ello, se puede decir que el trabajo es una condición humana mediante la cual se busca el logro y la satisfacción de ciertas necesidades básicas personales, o bien, de otras personas (CNDH, 2016, p. 3). En sentido similar, se puede determinar que existe una relación directa entre el trabajo y el descanso puesto que éste tiene consecuencias tanto para la salud física y mental, así como para el bienestar de las y los trabajadores (OIT, 2018, p.2).

Pese a lo auto explicativa que parece esta noción, los obstáculos para asumir el derecho al descanso como una realidad tienen que ver, precisamente, con el origen histórico que conceptualmente ha formado parte del concepto de *subordinación* como elemento consustancial a las relaciones laborales.

En efecto, aún cuando el trabajo ha estado presente en la historia del ser humano, es hasta la antigua Grecia en donde inicia la *subordinación* en las relaciones laborales, a través de la figura de la esclavitud. Por ejemplo, Aristóteles señalaba que:

> [E]l trabajo era una actividad propia de los esclavos, mandar y ser mandado pertenecen a las cosas no sólo necesarias, sino provechosas, y aún en ciertos casos, y directamente desde su origen, unos seres se destinan a ser mandados y otros a mandar... el señor debe simplemente saber mandar lo que el esclavo debe saber hacer y así

el señor se dedicará a la política o a la filosofía[1] (Aristóteles, pp. 7 y 12).

Entonces, los esclavos eran tratados como mera mercancía o propiedad de los señores, por lo que estaban privados de su libertad y se les consideraba sujetos sin racionalidad ni voluntad: "es pues esclavo por naturaleza el que puede pertenecer a otro (y por esto es de otro) y que participa de la razón en cuanto pueda percibirla, pero sin tenerla en propiedad" (Aristóteles, 2000, p. 9).

Posteriormente, a inicios de la edad media, en el sistema feudal encontramos otra relación de trabajo subordinada entre los señores feudales y los siervos, en la cual los primeros, al ser propietarios de las tierras[2], cedían parte de éstas a los segundos para que las trabajaran, a cambio de un tributo y protección.

En realidad, se estima que las condiciones entre esclavos y siervos no distaban mucho, puesto que, la mayoría de las veces, ambos vivían en condiciones deplorables y lo único que los diferenciaba era que los siervos no podían ser vendidos y que jurídicamente eran considerados como "hombres libres".

Tuvo que pasar mucho tiempo para que dichas precariedades se fueran revirtiendo. Fue hasta los siglos XVII y XVIII que comenzaron a surgir "corrientes ideales, orientaciones de pensamiento y movimientos políticos a los que se les dio el nombre colectivo de constitucionalismo" (Salazar, 2008, p. 21), en contra del absolutismo del poder. Esto tiene una gran importancia, puesto que la finalidad del constitucionalismo ha sido proteger los derechos humanos mediante la imposición de frenos y con-

[1] La esclavitud tuvo una relación estructural con el desempeño de la democracia directa de la antigua Grecia, ya que sin el trabajo que éstos hacían (así como las mujeres y los extranjeros), los ciudadanos, que eran un grupo selecto de individuos, no hubieran podido dedicarse a los asuntos públicos (Pazé, 2014, pp. 32 y 33).

[2] En el sistema feudal existía una descentralización del poder, puesto que el rey, al no poder garantizar la seguridad de sus súbditos por las constantes invasiones, se vio obligado a entregar las tierras a los señores feudales (que eran señores acaudalados), con la finalidad de que se defendieran por cuenta propia.

troles al poder político. Por ello, es lógico pensar que en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (primer documento base de los Estados constitucionales) se abordaran únicamente derechos primarios como la libertad, seguridad, propiedad y resistencia a la opresión (García, 2002, p. 5).

Aunque la revolución industrial y el desarrollo tecnológico tuvieron un fuerte impacto en los Estados, y dieron un giro sustancial en las condiciones de vida de la sociedad, los aspectos tanto sociales como económicos de la mayoría de las personas seguían siendo de una profunda precariedad y desigualdad. Por lo anterior, la evolución del Estado que comenzó a integrar la concepción de los derechos humanos desde su acepción que reconocía una "libertad negativa", de no intervención o interferencia en los derechos de las personas, resultó insuficiente para el desarrollo integral y digno de las personas. Así, poco a poco (muy lentamente, de hecho) se fue incorporando el concepto "libertad positiva".

Es así como se comienzan a vincular dos principios indispensables, la libertad con la igualdad, lo cual constituyó el fundamento para que diversas constituciones empezaran a reconocer derechos encaminados a combatir la pobreza, el subdesarrollo económico, la miseria y las enfermedades (Seattone, pp. 135-138) y, así, lograr un nivel de vida adecuado dentro del concepto de dignidad humana. En este sentido, Norberto Bobbio señala que:

> [L]a razón de ser de los derechos sociales como la educación, el derecho al trabajo, el derecho al descanso, el derecho a la salud, es una razón igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social (Bobbio, 1995, p.155).

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, diversas constituciones comenzaron a reconocer los derechos económicos, sociales y culturales. Cabe destacar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicano de 1917 fue pionera en la materia, puesto que fue la primera en reconocer los derechos sociales

como la libertad sindical, la seguridad e higiene en el trabajo, la jornada laboral de ocho horas diarias máximo por seis días a la semana, salario digno, vacaciones, educación laica, gratuita y obligatoria, entre otros. Dos años después, en 1919, se publicó la Constitución Alemana de Weimar, que, junto con la mexicana, han pasado a la historia por ser las propulsoras en el reconocimiento de los DESC a nivel nacional.

Paralelamente al reconocimiento de los DESC en el marco nacional, se dio un proceso de internacionalización[3], que inició con la suscripción del Tratado de Paz de Versalles en 1919 y la simultánea creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), misma que jugado un rol muy significativo para la garantizar los derechos de las y los derechos de los trabajadores. En la sección primera de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (Parte XIII del Tratado de Versalles) se establece que:

> [L]as condiciones del trabajo existentes suponen, para gran parte del pueblo, injusticias, penalidades y privaciones que por efecto del gran estado de inquietud que producen, ponen en peligro la paz y la armonía del mundo (por ello requieren la) mejora de aquellas condiciones: por ejemplo, mediante la reglamentación de las horas de trabajo, incluso el establecimiento de un máximum por día y por semana, la reglamentación de las ofertas de empleo, las medidas para evitar la falta del mismo y para proporcionar salarios suficientes, las medidas de protección del obrero contra las enfermedades y accidentes del trabajo, de los niños, de los jóvenes y de las mujeres, las disposiciones relativas a la vejez y la, incapacidad, la protección a los intereses de los obreros empleados en países distintos de los suyos, el reconocimiento del principio de la libertad de asociación, la organización de la educación técnica según la vocación individual, y otras medidas (Constitución OIT, 2019, p. 2984).

Posteriormente, se publica la Carta de las Naciones Unidas en 1945 (primer instrumento internacional en donde se establece

[3] Con ello, se observa claramente lo que Bobbio determina al considerar que los derechos fundamentales tienen una edad y una trayectoria que puede ser dividida en tres etapas: a) la conceptualización; b) la positivización o constitucionalización; y c) la universalidad (Bobbio, 2009, pp. 518 y 519).

la protección de los derechos humanos); y, en 1948 se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos que sirvió como base para el desarrollo de instrumentos universales vinculantes en materia de derechos humanos, como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, por otro, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

La adopción de dos pactos distintos se debió, en gran medida, al conflicto ideológico y económico existente entre los bloques capitalista y socialista en la que se vio fragmentado el mundo después de la Segunda Guerra Mundial. Durante este periodo se utilizaron los derechos para defender y demostrar la superioridad de un modelo sobre el otro; por ello, los países capitalistas pugnaban por los derechos civiles y políticos degradando a un segundo nivel a los derechos DESC, y, viceversa, el bloque socialista daba mayor énfasis a estos últimos por considerarlos más cercanos a su ideología. Esta confrontación repercutió, entre otras cuestiones, en el tardío y más lento desarrollo internacional de los DESC.

Lamentablemente, dicha división no fue únicamente formal, ya que, en el caso de los derechos civiles y políticos, se establecieron instrumentos de control y tutela más específicos que para los DESC. Un ejemplo de lo anterior es que, además de la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966 se creó tanto el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como un órgano para la supervisión del su cumplimiento, el Comité de Derechos Humanos, quien es el facultado para supervisar el cumplimiento del Pacto mediante la recepción de peticiones individuales en casos de posibles violaciones a los derechos humanos contenidos en el mismo.

Por el contrario, para el caso de los DESC, si bien el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se creó también en 1966, fue hasta 1985 que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas creó al Comité de Derechos, Económicos y Sociales, como mecanismo encargado de la supervisión del cumplimiento del tratado en cuestión, mientras que su respectivo Protocolo Facultativo que contempla la posibilidad de recibir peticiones individuales, fue adoptado por la Asamblea General de

las Naciones Unidas hasta el 10 de diciembre de 2008 y entró en vigor hasta el año 2013.

En sentido similar, en tanto que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que los Estados parte tienen la obligación de garantizar recursos efectivos de protección para las personas en caso de que sus derechos hayan sido violentados, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es sumamente limitado en la parte correlativa, al obligar a los Estados a una tutela progresiva de los derechos, hasta el máximo de sus recursos disponibles (artículo 2.1), y dejando abierta la posibilidad de distinguir entre personas nacionales y las que no lo sean (artículo 2.3)[4].

Se puede señalar que, en las últimas décadas, los derechos humanos (incluidos, evidentemente, los DESC) han tenido un proceso dinámico y evolutivo en beneficio de su desarrollo. En el plano universal, el derecho internacional de los derechos humanos se compone de nueve tratados, complementados por protocolos facultativos (Courtis, 2014, pp.18-20).[5] Asimismo, en el ámbito re-

[4] Ver el artículo 2 que establece que:
1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

[5] La Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención para la Eliminación de Todas las Forma de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984),

gional se ha dado una implementación de diversos tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (protocolo de San Salvador) (1988), entre otros.[6]

No obstante, a pesar de dicha evolución y del reconocimiento formal de estos derechos, así como de la obligación de garantizarlos y de generar medidas integrales para el goce de los mismos, los DESC han sufrido una suerte de resistencia al momento de hacerlos efectivos y, particularmente, justiciables.

Estas resistencias se basan principalmente en la visión de que estos derechos son programáticos y de realización progresiva, y que su exigencia y su justiciabilidad están acotadas por las circunstancias económicas, políticas y de diversa índole que ocurren dentro de los Estados, lo que ha generado enormes problemas tanto en tribunales nacionales como internacionales para obligar al Estado y a otros actores nacionales relevantes como lo son las empresas privadas, al cumplimiento cabal de estos derechos.

En el ámbito regional, fue hasta el año pasado (2017) que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su primera sentencia condenatoria en contra de un Estado, por violación a los DESC, establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana. Lo anterior, ocurrió en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*,

---

la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

[6] La lista la complementan la Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura (1985), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (también llamado Protocolo de San Salvador) (1988), la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (también llamada Convención de Belém do Pará) (1994) y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999).

en particular, por la violación del derecho al trabajo. Si bien con anterioridad se había solicitado a este Tribunal declarar la violación de DESC, la Corte no se había pronunciado de forma directa al respecto, sino que lo hacía en relación con otros derechos, como ejemplo, el derecho a salud, al relacionarlo con el derecho a la vida[7].

Por esta razón, como lo señala Calderón, con ello se consagra la puerta de entrada (a nivel regional), a un determinado catálogo de derechos humanos, los cuales tendrán la posibilidad de ser analizados en vía internacional por un Tribunal especializado en la materia a fin de determinar el alcance de sus obligaciones de respeto y garantía, sus límites y vías de implementación (Calderón, 2017, pp. 336–337). En otras palabras, con ello se consagra la justiciabilidad de los DESC.

La descripción anterior del desarrollo que han tenido los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional se por su gran relevancia para nuestro país, ya que el Estado mexicano ha ratificado la mayor parte de los instrumentos internacionales en la materia[8] (como lo son Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; diversos convenios de la Organización del Trabajo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (protocolo de San Salvador),

[7] Destacan, como ejemplos notables, múltiples casos sobre pueblos y comunidades indígenas, en los que los derechos a la salud, al agua, a la alimentación y a la vivienda se entendían como parte del derecho a una vida digna, lo que los hacía justiciables como parte del artículo 4° de la Convención, que reconoce, precisamente, el derecho a la vida dentro del cuerpo principal de derechos "civiles y políticos".

[8] La importancia de la firma de estos instrumentos internacionales radica en que, como lo señala Courtis, la experiencia histórica ha demostrado que los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos son falibles y se han cometido atrocidades y violaciones a ellos; por lo tanto, con el reconocimiento internacional de protección se da la consciencia internacional acerca de las limitaciones de las que carecen los mecanismos nacionales de reconocimiento y protección de derechos humanos; en este sentido, las normas internacionales se convierten en parámetro para la evaluación de la normas y prácticas de los órganos de poder nacionales (Courtis, 2014, pp. 25-28).

entre otros. Dicho reconocimiento por parte del Estado mexicano lo obliga al cumplimiento y observancia de lo estipulado en tales instrumentos internacionales, aunque queda como un saldo pendiente la firma y ratificación del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

b) El derecho al trabajo y al descanso

Ahora bien, el derecho al trabajo se encuentra reconocido en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los artículos 34 g, 45 b y c, y 46 de la Carta de la OEA, los cuales establecen, entre otras cosas, que el trabajo es un derecho y un deber social y que éste debe garantizarse con salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos (Calderón, 2009, pp.352-353).

Los subderechos que forman parte del derecho al trabajo, son diversos. En esta ocasión, nos solicitaron referirnos al derecho al descanso, el cual es indispensable en toda relación laboral, puesto que algunos factores como la cantidad de horas trabajadas al día, la duración y la totalidad de periodos de descanso, así como la manera en que éstos se distribuyen en un día laboral, en una semana o en un mes, tienen una consecuencia directa tanto en la salud física como mental, y en el bienestar de los trabajadores, por lo que si no se tutela este derecho o se viola de alguna manera, puede tener afectaciones en la vida privada de las personas; además, si se rompe el equilibrio privado en diversos núcleos familiares, podría comenzar a haber una afectación a una determinada sociedad (OIT, 2018, p.2).

En este sentido, el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. Por su parte, el artículo XV de la Declaración Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho al descanso, a la recreación y a la oportunidad de emplear últimamente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.

De manera similar, el artículo 7 fracción d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales manifiesta que los Estados partes, para garantizar el Pacto en mención, reconocen ciertas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias entre las que se encuentran el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

En términos generales, se puede establecer que las personas, como mínimo, deben gozar de los siguientes descansos:

a) El periodo mínimo de descanso diario es el lapso de horas seguidas que no se trabaja entre un periodo de trabajo y otro. Éste tiene una íntima relación con la jornada máxima de trabajo al día porque al limitar el número de horas de trabajo diario, implícitamente se está estableciendo un periodo de descanso (OIT, 2018, p.63). Existe unanimidad en los tratados internacionales en que la jornada máxima de trabajo será de ocho horas diarias, con algunas excepciones.

b) Las pausas de descanso durante la jornada laboral son los intervalos de tiempo en el que las y los trabajadores pueden parar sus labores con la finalidad de descansar, comer, lactar, beber, rezar o para satisfacer la necesidad que considere pertinente (siempre que ésta esté permitida en su lugar de trabajo). Además, la OIT considera que las pausas de descanso son indispensables para reducir la acumulación de cansancio y con ello ayudar a reducir el estrés relacionado con el trabajo y el síndrome de desgaste profesional[9] (OIT, 2018, p. 65).

c) En cuanto al descanso semanal, existe un acuerdo generalizado en que toda persona trabajadora deberá disfrutar en el transcurso de un periodo de siete días, por lo menos 24 horas continuas de descanso. Diversos países

[9] Al respecto, la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos (CONCAMIN) indica que, en la práctica, los trabajadores tienen una pausa de media hora para comer y descansar durante las horas reglamentarias de trabajo diario (OIT, 2018, p. 66).

adicionan en su legislación que además de gozar de un día de descanso semanal, éste tendrá que ser el día domingo (OIT, 2018, p. 67).

Sin embargo, en el caso de las personas que laboran en comercios y oficinas, el Convenio 106, sobre el descanso semanal de la OIT (1957), establece que tendrán derecho a un período de descanso semanal ininterrumpido de veinticuatro horas, como mínimo, en el curso de cada período de siete días.

La otrora Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación destacó la relevancia del pago de triples jornadas laborales como una medida razonable y proporcional para desincentivar prácticas abusivas que anulen los días de descanso semanales, so pretexto de decisiones voluntarias de las y los trabajadores[10].

d) Las vacaciones anuales pagadas son el periodo que se otorga a las y los trabajadores para que durante una cantidad determinada de días continuos dejen de laborar y sigan recibiendo su ingreso regular, así como las prestaciones de seguridad social. Generalmente, exige un periodo mínimo de servicios para poder gozar de vacaciones anuales pagadas.

   Es así, que la Comisión de Expertos en Aplicación del Convenio y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo recomienda que dicho periodo de servicios sea de seis meses, sin embargo, en diversos países el tiempo de servicios para poder gozar de vacaciones es mayor (como en México, que se requiere un año); asimismo, recomienda que la duración mínima de las vacaciones no sea inferior a dos semanas laborales, pero que preferentemente sea de tres semanas (OIT, 2018, p. 118). En este sentido, la Comisión señala que las vacaciones anuales pagadas contribuyen a la salud de las y los traba-

[10] Tesis jurisprudencial 4a./J. 45/93, registro de IUS 207738, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Núm. 72, diciembre de 1993, página 53, cuyo rubro es "*DESCANSO SEMANAL Y DESCANSO OBLIGATORIO*".

jadores, y les permite compartir con sus familias periodos más extensos de tiempo; además, las vacaciones les ayudan a ser más productivos (OIT, 2018, p.107).

La importancia de este derecho ha sido reconocida constantemente por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha establecido, por ejemplo, que en los casos de reinstalación o indemnizaciones por despido injustificado, será necesario tomar en consideración los períodos vacacionales no disfrutados[11].

e) Los días de descanso establecidos en la ley son aquéllos en los cuales se festeja alguna tradición cívica o religiosa del país, por lo que generalmente se establece en la legislación de cada país qué días son festivos y no laborables. Es importante señalar que estos días de descanso no se deben de contabilizar como días de vacaciones pagadas, sino que son descansos diferentes.

c) Cumplimiento del Estado mexicano en relación con sus obligaciones en materia de derecho al trabajo, y al descanso y su impacto en las mujeres

Ahora bien, con lo anteriormente descrito se puede realizar un breve análisis de si el Estado mexicano ha cumplido con sus obligaciones para satisfacer el derecho al descanso. Para ello, se realizará una breve explicación de las obligaciones de proteger, respetar, garantizar y promover los derechos humanos, establecidas en la CPEUM, contrastándolas con las acciones que ha realizado el Estado mexicano al respecto:

[11] Tesis jurisprudencial 2a./J. 142/2012 (10a.), registro de IUS 2002097, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 3, página 1977, cuyo rubro es "*VACACIONES Y PRIMA VACACIONAL DEVENGADAS Y NO DISFRUTADAS. CUANDO EL TRABAJADOR HAYA SIDO REINSTALADO Y TENGA DERECHO A SU PAGO, ÉSTE DEBE HACERSE CON BASE EN EL SALARIO INTEGRADO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 84 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO*".

- La obligación de proteger es una acción positiva para el Estado, que implica adoptar las medidas necesarias para impedir que otros (tanto particulares como agentes estatales) los violen (Serrano y Vázquez, 2013: 64-65). En este punto se considera que el Estado mexicano ha realizado diversas acciones para dar cumplimiento a esta obligación puesto que ha emitido leyes internas encaminadas a la protección del descanso de las y los trabajadores y ha ratificado los tratados internacionales referentes a los DESC en donde también se regula el derecho al descanso.

  Además, ha establecido los instrumentos jurídicos y administrativos necesarios para la adecuada defensa de las y los trabajadores en una determinada violación al derecho al descanso. Así, mediante la legislación existente en nuestro país se desprende que existe el establecimiento de una jornada máxima de ocho diarias, de un día de descanso por cada seis trabajados, el derecho a gozar de los días festivos establecidos en la ley, así como de gozar de un periodo vacacional después de un año de servicio.

  Además, se reconocen períodos de descanso dentro de las jornadas laborales, se establecen pagos dobles y triples para desincentivar el incumplimiento a los días de descanso, y se ha hecho respetar le inevitabilidad de pagar los períodos vacaciones devengados de forma proporcional, aun en casos de despido o cuando estén en juego la reinstalación o una posible indemnización.

- La obligación de respetar es una acción negativa del Estado, pues se refiere a que éste debe de abstenerse de dañar los derechos y no obstaculizar que éstos se hagan posibles (Serrano y Vázquez, 2013: 60). Al respecto, el Estado mexicano ha cumplido con esta obligación puesto que no ha realizado acciones a través de las cuales se restrinja el derecho al descanso a través de sus leyes o políticas públicas, o por la falta de supervisión.

- La obligación de garantizar, es una acción positiva que implica la creación, implementación y puesta en práctica de las medidas institucionales para hacer efectivos los

derechos. "Tiene el objetivo de mantener el disfrute del derecho y de mejorarlo (...), realizar el derecho y asegurar para todos la posibilidad de disfrutar el derecho" (Serrano y Vázquez, 2013: 71). Al respecto, en nuestro país se cuenta con todo un andamiaje institucional para velar el cumplimiento de los derechos laborales: se cuenta con la Secretaría del Trabajo, la Procuraduría Federal y las locales de defensa del trabajo, las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tanto federales como locales y los tribunales jurisdiccionales (como tribunales colegiados en materia del trabajo). De esta forma, se ha pretendido satisfacer cabalmente el disfrute del derecho al descanso.

No obstante, como se apuntará adelante, es necesario un diálogo nacional en torno a la revisión de las horas de trabajo contra la productividad en el trabajo, lo cual transita, en buena medida, por un reenfoque del descanso como elemento central en la calidad de vida de las personas, y en el mejoramiento de las posibilidades para trazar y lograr desarrollar sus proyectos de vida. Así, será fundamental el diseño de políticas públicas encaminadas a incidir en este aspecto.

Como se mencionó anteriormente, a pesar de que se considera que el Estado mexicano ha cumplido razonablemente con sus obligaciones respecto al derecho al trabajo, existen importantes áreas de oportunidad en las cuales se tiene que continuar trabajando en favor de las y los trabajadores.

Por ejemplo, de acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), México es el país miembro donde las y los trabajadores cuentan con más horas trabajadas[12]: 2,257 horas al año, es decir, aproximadamente 9.4 horas/día en promedio, seguido por Costa Rica con 2,179 horas/año o 9.07 horas/día y Corea con 2,024 horas/año, u 8.43 horas/día. Los países miembros que cuentan con una jornada laboral más corta son Alemania con 1,356 horas/año o 5.65 horas/día, Dinamarca con 1,408 horas/año o 5.86 horas/día y Noruega con 1,419 horas/año o 5.9 horas/día, mientras el promedio de los

[12] Definidas como el total de horas trabajadas por año divididas entre el promedio de personas empleadas por año (OCDE, 2018, s.p.).

países miembros de la OCDE es de 1,759 horas (aproximadamente 7.32 horas/día) (OCDE, 2018, s. p.).

Sin embargo, a pesar de que las y los trabajadores mexicanos son quienes pasan en su empleo más horas al año, esto no se ve reflejado en la productividad laboral. En efecto, México ha sido uno de los países miembros de la OCDE cuya productividad por hora (medida en dólares estadounidenses [US$] de Producto Interno Bruto [PIB]/hora trabajada[13]) mostró una tendencia a la baja del 2001 al 2010, con un pequeño repunte del 2011 al 2016.

Para este último año, su productividad se ubicó en 106.6 US$ PIB/hora laborada. Este dato contrasta con las cifras referentes a los países que le siguen a México en cuanto a jornada laboral, ya que, aunque trabajan casi las mismas horas, el PIB per cápita/hora laborada en Costa Rica se encontró en 119.6 US$ durante el 2016, y en Corea del Sur en 117.3 US$ (OCDE, 2018, s. p.). Por su parte, Alemania, Dinamarca y Noruega tienen una generación de riqueza similar a la de México, pero con una mucho mejor productividad (ya que se genera con muchas menos horas de trabajo. En efecto, Noruega se ubicó en 104.7 US$ PIB/hora laborada, Dinamarca en 106.4 US$ PIB/hora laborada e inclusive Alemania superó a México, pues contó con 107.4 US$ PIB/ hora laborada (OCDE, 2018b, s. p.).

Los datos anteriores demuestran que, a pesar de que México cuenta con una jornada laboral aproximadamente de 3.6 horas, superior respecto de Alemania, Dinamarca y Noruega, se comporta en generación muy similar a ellos. Lo anterior quiere decir, en términos de productividad, que, aunque los trabajadores mexicanos pasan 9.4 horas al día en el trabajo, producen lo mismo que en éstos países en los que laboran 5.8 horas en promedio.

Por otra parte, aunque Costa Rica cuenta con una jornada laboral similar a México, produce 12.1% PIB per cápita extra anual-

[13] El PIB/hora de trabajo es una medida de la productividad nacional. En general, mide la eficiencia de la mano de obra combinada con otros factores que intervienen producción, tales como las habilidades de los trabajadores, su esfuerzo, capital de trabajo, eficiencia organizacional y economías de escala. Este indicador está presentado en US$ a precios constantes del 2010 (OCDE, 2018, s.p.).

mente. Por su parte, los trabajadores coreanos laboran una hora menos al día que las y los mexicanos, y su productividad es 10% superior. Por lo anterior, se puede inferir que una jornada laboral extensa no es sinónimo de una mayor productividad en el trabajo.

Dados los datos anteriores, es importante pensar en la posibilidad de reducir el horario laboral para generar mayor productividad. En efecto, de acuerdo a diversos estudios, si las y los trabajadores tienen más tiempo libre, es probable que se presente un multiplicador económico que incentive la actividad productiva nacional, es decir, que se destine una mayor proporción del ingreso a actividades recreativas y conlleve a una reactivación de la economía mexicana. Asimismo, es posible también que las y los trabajadores puedan destinar más tiempo a estar con sus familias, lo cual, igualmente, podría tener beneficios sociales si tal tiempo es de calidad.

En este punto, es importante destacar también la importancia de la conciliación entra la vida laboral y familiar, pues de acuerdo con la OIT (2009), la falta de implementación de políticas con este objetivo, genera consecuencias que exceden las situaciones individuales. Dichas consecuencias, de acuerdo con el citado organismo, pueden observarse en los siguientes niveles:

a. A nivel macroeconómico, se presenta un desaprovechamiento de la fuerza de trabajo (especialmente femenina) que afecta la productividad y competitividad de los países y debilita sus trayectorias de crecimiento.
b. A nivel de unidades productivas, el esfuerzo que realizan las personas para conciliar vida familiar y laboral genera una enorme tensión que afecta su rendimiento y conlleva una menor productividad.
c. A nivel individual y familiar, esto se manifiesta en problemas de salud y pérdida de ingresos para las mujeres; falta de oportunidades de educación para niños, niñas y adolescentes; y riesgo de trabajo infantil. Incluso puede contribuir en comportamientos disruptivos: delincuencia, consumo de drogas, etcétera.

Lo que debe observarse en este punto, es que la concepción tradicional de la familia en la que se considera al hombre como

exclusivo proveedor de la familia, ha cambiado debido a la necesidad que han tenido las mujeres de insertarse en el mercado laboral. Sin embargo, dicha concepción se ha mantenido, limitando la forma en que las mujeres ingresen a laborar en condiciones de igualdad con los hombres y en que realizan la convivencia familiar.

De acuerdo con las últimas estadísticas del INEGI (2015), las mujeres representan en nuestro país el 38% de la población económicamente activa, e incluso, casi una tercera parte de los hogares en México (29%), se encuentran a su cargo de mujeres. De manera que las mujeres no sólo apoyan a la economía familiar, sino que en muchos casos, son el único sustento de la familia[14].

A pesar de ello, en la percepción social se les continúa observando como coadyuvantes del sustento familiar, por lo que ganan una quinta parte menos que sus pares, aun cuando posean el mismo nivel educativo o mayor.

Adicionalmente, las mujeres trabajadoras, particularmente las más pobres, son las que más tiempo continúan dedicando a las labores del hogar. De acuerdo con el Consejo Nacional de Evaluación de la Política del Desarrollo Social (2017, p. 12), en promedio, las mujeres dedican a los quehaceres entre 12 y 17 horas semanales más, que los hombres, y entre 5 y 14 horas semanales más al cuidado exclusivo y sin remuneración de otras personas, como niñas/as, adultos mayores o enfermos, dentro o fuera del hogar. Lo anterior, representa un enorme costo de oportunidad para su desarrollo personal y profesional, y, sin duda alguna, para el propio desarrollo de la economía nacional.

De acuerdo con estudios realizados por el Banco Mundial (2012, pp. 17-18), las restricciones impuestas a las mujeres, por las responsabilidades de su trabajo en el hogar también contribuyen a la concentración de las mujeres en empleos mal remunerados, precarios, inseguros, en condiciones peligrosas o insalubres, de alto riesgo para la salud y el bienestar.

[14] Veáse *http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/hogares.aspx?tema=P*. Fecha de consulta: 24 de julio de 2018.

Lo anterior, limita sus posibilidades de acceso a las oportunidades económicas ya sea al trabajo asalariado, a la agricultura o a la actividad empresarial, y en consecuencia, impulsa la segregación y las brechas de ingresos entre hombres y mujeres.

Otro aspecto importante es que México continúe con la labor de formalizar el empleo. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2018, s.p.), en el último trimestre del 2017 se registraron 30.15 millones de personas en situación de trabajo informal. De las 54.6 millones de personas que se encuentran dentro de la categoría de población económicamente activa, es decir, el 55.2% de las y los trabajadores ocupan puestos de trabajo informales, con las repercusiones que ello significa en materia de seguridad social para los trabajadores y sus familias, así como para los ingresos provenientes de la recaudación fiscal del país.

Al formalizar los puestos de trabajo, como se ha venido haciendo, México avanzaría en el fortalecimiento de los derechos laborales, y por supuesto, el nivel de recaudación fiscal podría incrementar para ser aplicado en inversión pública que beneficien a la sociedad.

Retomando en este punto la perspectiva de género, es importante hacer notar que, dadas las características de inserción de las mujeres al mercado laboral remunerado, en 2016, por cada 100 hombres ocupados que contaban con los beneficios de la seguridad social por su trabajo, sólo 62 mujeres ocupadas se encontraban en la misma situación. Esta brecha se acentúa entre la población con condición de pobreza, pues en este contexto, en el mismo año, por cada 100 hombres ocupados que contaban con seguridad social, 49 mujeres ocupadas tenían acceso, es decir, apenas el 50% (Coneval, 2017, p. 11).

Por otro lado, un aspecto importante al que México debe destinar atención es en la posibilidad de escalonar los horarios de entrada y salida de las y los trabajadores en las ciudades con mayor congestión vial del país.

En la Ciudad de México, por ejemplo, los trabajadores gastan, en promedio, 2.5 horas de su día en transportarse a sus sitios de trabajo (Arredondo, 2017, s.p.). Si aunado a una jornada laboral

extensa de 9.4 horas/día consideramos estas 2.5 horas extras, las y los trabajadores capitalinos destinan en total al trabajo 12 horas/día, es decir, la mitad de su día. Escalonar los horarios de entrada y salida podría coadyuvar a que las y los empleados tengan más tiempo libre y, así, a que destinen más tiempo a sus actividades personales, así como a descongestionar las vías publicas en horas pico, mejorar la seguridad en el trasporte público, etcétera.

En este contexto, se considera indispensable impulsar políticas públicas encaminadas a incentivar la corresponsabilidad familiar de madres y padres en la crianza, cuidado y atención de las personas recién nacidas y la unidad familiar.

Los beneficios de impulsar políticas de corresponsabilidad contribuyen a generar trabajo decente; reducen la desigualdad socioeconómica y promueven la equidad de género, del modo siguiente:

a) A nivel macroeconómico (nacional), se destaca el cumplimiento a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas en el país.

   Adicionalmente, entre los beneficios a corto plazo, se ha documentado que el apoyo, incluso la ampliación de apoyos y políticas que favorecen la conciliación pueden tener un efecto contracíclico ante la crisis económica. La OIT documentó este efecto durante la crisis económica mundial surgida en 2008, en los países que ampliaron sus políticas de conciliación, como Alemania, Australia, Eslovaquia, Francia y Polonia.

   Las investigaciones de la OIT "indican que adoptar un conjunto mínimo de prestaciones de la seguridad social no sólo es asequible y viable, incluso en los países más pobres, sino que además propicia el desarrollo económico y social".

   Entre los beneficios a largo plazo, de acuerdo con análisis económicos, como los desarrollados por el premio Nobel de Economía James Heckman, cualquier política que pretenda reducir la desigualdad debe tener en cuenta el papel que juega la familia en la creación de habilidades. El hecho de que un porcentaje importante de niñas y niños crezcan en entornos poco estimulantes crea una impor-

tante desigualdad, no sólo en esta generación sino en las generaciones futuras.

Lo expuesto por Heckman contrasta enormemente con la realidad de nuestro país. En efecto, los datos proporcionados por la OCDE, señalan que México gasta menos del 1% del PIB en apoyo para familias con niños. Esto es menos de la mitad del promedio de la OCDE (de alrededor de 2.2%): el "gasto público por niño es mucho menor que el promedio de la OCDE, en todas las etapas del ciclo de vida infantil. El gasto asignado a la primera infancia es particularmente bajo, aproximadamente siete veces menor que el promedio de la OCDE (39,600 pesos por niña o niño comparado con 274,700 pesos)."

b) A nivel de las unidades productivas (empresarial), diversas evaluaciones han demostrado que trabajadores que se sienten respaldados por su empresa, laboran más tranquilos, resuelven necesidades relacionadas con la calidad de vida y logran un mejor manejo del estrés. Estos factores conducen a un incremento de la productividad, lo cual supera los costos de su implementación.

   En materia de rotación de personal, ésta se reduce considerablemente la rotación, lo que produce ahorros en contratación de nuevo personal y capacitación. Asimismo, existe mayor posibilidad de atraer, pero sobre todo retener a los mejores talentos para las empresas, pues entre graduados universitarios, a la hora de elegir empleador, la existencia de medidas que permitiesen conciliar vida laboral y familiar es uno de los factores más importantes superando incluso, la cantidad del salario.

c) En la calidad de la vida individual y familiar (social), el impacto implica una mejora en el nivel de vida, en la salud y en la convivencia de la familia en su conjunto, así como en el acceso a oportunidades laborales igualitarias.

Ejemplos de este tipo de políticas, pueden ser incluir la creación de instituciones o espacios para el cuidado de las y los hijos de madres y padres trabajadores; horarios más flexibles; permisos de paternidad más amplios para que los hombres tengan más

tiempo para compartir con su familia, pero, sobre todo, para incrementar su participación en las tareas domésticas.

Conclusión

En resumen, pese a ser un concepto bastante pacífico y a que parece no representar muchos problemas, una noción amplia y bien entendida del descanso impactará, necesariamente, la concepción misma que tenemos del trabajo, las jornadas laborales y la productividad, lo cual transita por: (i) velar por condiciones igualitarias no solamente dentro de los espacios laborales, sino en el reparto de las labores de cuidado dentro del hogar, pues ello evitará que se generen cargas desproporcionadas entre hombres y mujeres, logrando que ambos alcancen su pleno potencial humano y, por supuesto, productivo; (ii) comprender que el descanso aumenta la productividad, y su debida consecución requiere políticas de gran calado, como el mencionado escalonamiento de los horarios de trabajo en aras de recudir tiempos de traslado y reemplazarlos por espacios personales; y (iii) más allá de la productividad, el descanso, entendido de forma genérica, se traducirá en mayores y mejores espacios para que las personas diseñen y ejecuten sus proyectos de vida, los cuales incluyen, por supuesto, planes familiares, proyectos educativos o artísticos, siendo que los contextos donde el desarrollo personal y familiar son mejores, suelen verse acompañados de disminución en la criminalidad, mejoramiento en la escolaridad y la preparación, así como de una mejor calidad de vida.

Bibliografía

Aristóteles. (2000). *Política*. México, UNAM.

Arredondo. (2017). *#Traficalinos. Mes y medio de tu año, detenido*. El Universal. Disponible en: http://interactivo.eluniversal.com.mx/2017/tiempo-trafico/

Banco Mundial (2012). *Informe sobre el desarrollo mundial 2012. Igualdad de género y desarrollo*. Washington, D.C., Banco Mundial.

Bobbio, Norberto (1995). *Derecha e Izquierda*. Santillana S.A, Taurus.

—— 2004. *Estado Gobierno y Sociedad,* México, fondo de Cultura Económica.

—— 2009. *Teoría General de la Política*. España, Trotta.

Calderón, Jorge. (2017). *La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo*. En Varios autores, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos*. México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2016). *Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo.* CNDH: México.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política del Desarrollo Social (2017). *Pobreza y género en México: hacia un sistema de indicadores, del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social*. México, Coneval.

Córdova, Lorenzo (2009). *Derecho y Poder,* México, UNAM-Fondo de Cultura Económica.

Courtis, Christian (2014). *Argumentación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México, Flacso.

García, Sergio. (1997). La constitución mexicana y el Estado de derecho social. En Varios autores, *La Constitución de hoy y su proyección hacia el siglo XXI, México,* UNAM, Instituto de Investigaciones Bibliográficas, Biblioteca y Hemeroteca Nacionales.

Herreño, Ángel. (2009). Derecho al desarrollo. En González, Pablo (coord), *Derechos económicos, sociales y culturales*. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf*

INEGI (2018). *Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo. Cifras durante el cuarto trimestre de 2017*. Comunicado de prensa número 70/18. Disponible en: *http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2018/enoe_ie/enoe_ie2018_02.pdf*

OECD (2018a). *Hours worked*. Disponible en: *https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm*

OECD (2018b). *GDP per hour worked*. Disponible en: *https://data.oecd.org/lprdty/gdp-per-hour-worked.htm#indicator-chart*

Organización Internacional del Trabajo (2018). *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro.* Disponible en: *http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf*

Pazé, Valentina (2014). La democracia de los antiguos, la democracia de los modernos en *¿Democracia o posdemocracia? Problemas de la representación política en las democracias contemporáneas.* Fontamara: México.

Salazar, Pedro (2008). *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica,* México, UNAM- Fondo de Cultura Económica.

Seattone, Mariella (Sa.). *El estado de derecho y los derechos económicos, sociales y culturales de la persona humana.* Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-4.pdf*

Serrano y Vázquez (2013). *Los Derechos en Acción. Obligaciones y Principios de Derechos Humanos.* México, Flacso.

Villan, Duran (2009). Historia y descripción de los derechos económicos, sociales y culturales. En González, Pablo (coord), *Derechos económicos, sociales y culturales.* Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf*

El derecho a un nivel de vida adecuado, elementos mínimos para dotarlo de contenido

*Magdalena Cervantes Alcayde**

> la denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, materializada, por ejemplo, en la pobreza extrema, afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (inclusive civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de los derechos humanos. La pobreza extrema constituye, en última instancia, la negación de todos los derechos humanos. Cómo hablar del derecho a la libre expresión, sin derecho a la educación? ¿Cómo concebir el derecho a entrar y salir de un territorio (libertad de circulación), sin derecho a una vivienda? ¿Cómo contemplar el derecho a una libre participación en la vida pública, sin derecho a alimentarse? Cómo referirse al derecho a la asistencia jurídica, sin tener presente, al mismo tiempo, el derecho a la salud? Y los ejemplos se multiplican. En definitiva, todos experimentamos la indivisibilidad de los derechos humanos, en la cotidianeidad de nuestras vidas, y ésa es una realidad que no puede ser dejada de lado. Ya no

* Socióloga y Maestra en Derechos Humanos y Democracia, Técnica Académica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Coordinadora del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de dicha casa de estudios.

> hay lugar a la compartimentación, se impone una visión integrada de todos los derechos humanos.[1]
>
> Antonio A. Cançado Trindade

Sumario: I. Punto de partida. II. El derecho a un nivel de vida adecuado. Bibliografía.

El derecho a un nivel de vida adecuado es uno de los que están reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Cuando se revisan las publicaciones sobre dicho instrumento sorprende que en buena parte de ellas no se aborde este derecho de manera específica. En la medida en que el derecho a un nivel de vida adecuado incluye los derechos a la alimentación, vivienda y salud, sobre lo que se ha centrado el análisis de los estudios especializados ha sido más bien sobre el contenido por separado de los derechos que lo componen, lo que ha implicado que se invisibilice dicho derecho.

Que esto ocurra así tiene diversas implicaciones, una de ellas es que en los espacios de reflexión sobre el estado de los derechos no se aborde el avance que se ha tenido en la satisfacción de este derecho y de tal forma tampoco se evidencie la relevancia de garantizarlo. Lo que encontramos son reflexiones fragmentadas sobre el derecho a la salud, o a la alimentación o a la vivienda, que pierden de vista al derecho a un nivel de vida adecuado desde una perspectiva omnicomprensiva.

El derecho a un nivel de vida adecuado es un ejemplo nítido de la interdependencia e integralidad de los derechos humanos, que pasa desapercibido al momento de analizarlo a través de los derechos que integra, desdibujando lo que considero su principal valor que es plantear la necesidad de que todas las personas tengan acceso a bienes primarios necesarios para su supervivencia, marco necesario para el ejercicio pleno de todos los derechos humanos.

---

[1] Cançado Trindade, Antonio A., "*La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional*", *Revista Lecciones y Ensayos,* 1997-98, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 80.

En las páginas siguientes me propongo abordar cuál es su contenido esencial, es decir, cuáles son las obligaciones mínimas de los Estados respecto de cada uno de los derechos que lo integran, desde una mirada interrelacionada. Antes de entrar en ello, permítaseme hacer algunas referencias en relación con la relevancia de reivindicar el derecho a un nivel de vida adecuado en la actualidad.

I. Punto de partida

Hay tres ideas que justifican e inclusive vuelven pertinente plantear hoy en día la necesaria garantía del derecho a un nivel de vida adecuado: una, los derechos sociales como necesidades vitales y precondiciones de la democracia formal o procedimental; dos, el incremento de pobreza en América Latina y el Caribe; y tres, los efectos de ésta en la falta de satisfacción de los derechos sociales.

Premisa conceptual

Cualquier régimen político que se defina como una democracia constitucional está caracterizado, entre otros aspectos, por el reconocimiento constitucional de derechos fundamentales, como referente para su cumplimiento.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli los derechos fundamentales son "aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas".[2] Agrega "los [derechos] fundamentales son uno de los vínculos sustanciales normativamente impuestos, en garantía de intereses de todos estipulados como vitales, por eso fundamentales (la vida, la libertad, la subsistencia). [3]

[2] Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, p. 30.

[3] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Editorial Trotta, 2010, p. 23.

De acuerdo con lo anterior, el que los derechos humanos sean derechos fundamentales obedece, por un lado, a su reconocimiento en normas jurídicas, y por el otro, al tipo de bienes que protegen, es decir, aquellos que suponen intereses y necesidades vitales indispensables para la supervivencia.

Este último aspecto, que se trate de pretensiones relacionadas con bienes primarios reconocidos como elementos básicos de la dignidad humana, convierte a los derechos humanos en exigencias éticas justificadas y especialmente importantes, por lo que deben ser protegidas por el ordenamiento jurídico.

La democracia constitucional —siguiendo con Ferrajoli— incluye dos dimensiones: la formal o política que hace referencia a quiénes deciden y cómo se toman las decisiones, garantizada a través de las normas formales que regulan las formas de las decisiones para que pueda expresarse la voluntad de la mayoría; y la dimensión sustancial, que se refiere a qué es lo que puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, garantizado por las normas sustanciales que determinan la sustancia o el significado de las decisiones, vinculándolas al respecto de los derechos fundamentales. De acuerdo con ello los derechos se configuran como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política, negativos cuando se trata de derechos que no pueden violarse (como los de libertad) o positivos (como los derechos sociales) que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer, debiendo consecuentemente adoptar medidas para avanzar en este sentido.[4]

De esta forma, existe un vínculo indisoluble entre la democracia constitucional y la vigencia de los derechos fundamentales, incluyendo por supuesto a los derechos civiles y políticos cuya garantía es una condición indispensable para hablar de una democracia, pero también a los derechos sociales como parte de su contenido sustancial.

La garantía de los derechos fundamentales en cualquier régimen que se considere una democracia constitucional no es un componente discrecional, por el contrario, se trata de un requisito indispensable, un vínculo obligado que condiciona tanto el

[4] *Ibidem.,* págs. 23 y 24.

tipo de decisiones que son ineludibles como aquellas que no pueden tomarse.

Hay también otro argumento que refuerza la necesaria garantía de los derechos sociales, entendiéndolos como condiciones previas para el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos.

Michelangelo Bovero desarrolla la idea de las *precondiciones de la democracia*, incluyendo entre éstas las libertades fundamentales: la libertad personal, la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación. Sin su garantía, dice Bovero, el proceso democrático de participación en la toma de decisiones políticas no puede desarrollarse correctamente. Sostiene, de igual forma, que la democracia debe relacionarse, también, con una distribución equitativa de los recursos esenciales (de los bienes primarios), ya que sin la satisfacción de los derechos sociales fundamentales, las libertades individuales quedan vacías, los derechos de libertad se transforman en privilegios de unos pocos y su garantía pierde el valor de precondición de la democracia.[5]

Una premisa para el ejercicio efectivo de dichas libertades es la existencia de autonomía individual que garantice que las decisiones que se toman sean el reflejo de la voluntad individual de la persona de acuerdo con sus propios planes de vida. Solamente garantizando que las personas cuenten con autonomía plena (entendida también como libertad de elección) es que puede asegurarse el ejercicio pleno de las libertades fundamentales.

La merma de la esfera de la libertad individual puede deberse al contexto en que se encuentran la personas. No tener acceso a necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud, entre otras) puede llevar a alterar y determinar el sentido de la voluntad de la persona. Es por ello que se sostiene que la falta de garantía de bienes o necesidades básicas influye en el ejercicio de las libertades.

De acuerdo con Bovero, los principios y valores propios de la democracia formal (representados en las cuatro libertades referidas) son una precondición indispensable de aquella, a la cual debe agregarse los principios y valores de la democracia social

[5] Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores,* Editorial Trotta, 2002, p. 50.

(la equidad en la distribución de los recursos primarios) como precondición de aquella precondición. En otras palabras, un estado de derecho que proteja las libertades individuales fundamentales y un estado social mínimo que satisfaga las necesidades primarias esenciales, permiten que la democracia formal no se vuelva una democracia aparente.[6]

Siguiendo con el planteamiento de Bovero, la satisfacción de los derechos sociales, es una precondición para la el ejercicio pleno de los derechos de libertad, y en consecuencia, la garantía de los derechos de libertad y de los sociales constituye conjuntamente la condición y la precondición de la democracia formal.

El vínculo indisoluble entre la democracia constitucional y el respecto de los derechos fundamentales, su relación con la satisfacción de necesidades vitales de las personas, y que sean precondición para el ejercicio efectivo de las libertades en que se funda la democracia, son referentes conceptuales que no pueden pasarse por alto al considerar la necesaria garantía de los derechos sociales.

Pobreza y desigualdad, rasgos característicos de América Latina y el Caribe

De acuerdo con datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en 2016 existían en la región 186 millones de personas en situación de pobreza, es decir, el 30.7% de la población total. Adicionalmente, 61 millones de personas se encontraban en condición de pobreza extrema, lo que representa el 10% de la población total. Las cifras de 2015 y 2016 de CEPAL revelan un incremento en los niveles generales de pobreza y pobreza extrema regionales.[7]

6 *Ibidem.,* p, 51.

7 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2017* (LC/PUB.2018/1-P), Santiago, 2018. p. 88. Es importante tener presente que los datos sobre pobreza son obtenidos a partir de la variable de ingresos de los hogares.

En complemento a estos datos, América Latina y el Caribe es la región más desigual del planeta en distribución del ingreso, lo que se expresa en la elevada brecha que existe entre las personas que se ubican en los extremos de la distribución. De acuerdo con información correspondiente al 2016, el ingreso captado por el grupo más rico representó alrededor del 45% del ingreso de los hogares, mientras que el ingreso promedio del grupo de menores ingresos fue de un 6% de los ingresos totales.[8] Asimismo, de acuerdo con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), de los 15 países más desiguales del mundo, 10 se encuentran en nuestra región.[9]

Las brechas existentes en la distribución del ingreso se acentúan cuando se pone atención en la distribución de la riqueza. De acuerdo con información de la CEPAL, la desigualdad en la posesión de bienes materiales (propiedades, inmuebles, tierras) y financieros (activos, depósitos, pagarés de deuda) es más profunda que la que se observa en los ingresos. A manera de referencia, en México el 1% de las personas más ricas concentraron el 36% de la riqueza total, mientras que en Brasil el 1% más rico posee el 48% de toda la riqueza del país, porcentajes mucho más altos que los obtenidos en los estudios sobre distribución del ingreso.[10]

Estos datos, reflejo de las amplias brechas que existen en la distribución de los ingresos y de los recursos económicos son expresión de la desigualdad estructural que caracteriza a la región.

Acercándonos a la situación en México, de acuerdo con datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) de 2014, el 46.2 % de la población se encontraba en situación de pobreza (55,341,600), mientras que 9.5% de ella en pobreza extrema (11,442.300).[11]

---

8 *Ibidem.,* p. 42.

9 PNUD, *Sobre América Latina y el Caribe*.

10 CEPAL, *Panorama Social de América Latina, 2017*, p. 48.

11 CONEVAL, *Evolución de la pobreza y pobreza extrema nacional y en entidades federativas*, 2010, 2012 y 2014.

Los datos referidos nos confirman que la pobreza y la pobreza extrema son un rasgo regional y nacional, encontrándose en esa situación más de la mitad de la población. Lo anterior vuelve ineludible responder a la siguiente pregunta ¿qué implicaciones tiene esta situación en la vigencia de los derechos, particularmente de los derechos sociales, como alimentación, vivienda, salud?

La pobreza y los derechos humanos

Buena parte de las aproximaciones sobre la pobreza la estudian desde lo que se ha llamado el enfoque "monetario". De acuerdo con éste, la pobreza se ha asociado a la falta de ingresos o de poder adquisitivo para acceder a las necesidades básicas de las personas. Una persona se encontraría en situación de pobreza si no cuenta con los recursos económicos para acceder a los bienes básicos para su supervivencia.

De acuerdo con este enfoque, la distinción entre pobreza y pobreza extrema se relaciona con la disponibilidad de un conjunto de bienes y servicios más amplio en el caso de la primera o más reducido tratándose de la segunda.[12]

El enfoque monetario para medir la pobreza ha mostrado su insuficiencia cuando personas o familias, que se ubican por encima de la línea de pobreza, enfrentan situaciones en las que el acceso a bienes como la alimentación, la vivienda, la salud o la educación no están garantizados, lo que ha llevado a plantear la necesidad de analizar la pobreza desde un enfoque multidimensional basado en la falta de capacidad de las personas para vivir una vida digna.

De acuerdo con éste, la pobreza no se reduce a una deficiencia de ingresos, sino que conlleva privaciones sistemáticas en el acceso a derechos y servicios básicos que a su vez se traducen en

[12] Utilizando el enfoque monetario para medir la pobreza, el Banco Mundial ha establecido la línea de pobreza extrema en 2.5 dólares por día y la línea de pobreza en 4 dólares diarios. De igual forma, el Banco Interamericano de Desarrollo ha determinado que los pobres extremos tienen un ingreso diario menor a 2.5 dólares, en tanto los pobres entre 2.5 y 4.0 dólares. *Cfr.* BID, Documento de Trabajo del BID No 591: *Pobreza, Vulnerabilidad y la Clase Media en América Latina*, mayo de 2015.

la privación de capacidades y libertades básicas. De esta forma, el enfoque multidimensional de la pobreza se enfoca en la falta de acceso a derechos básicos para la supervivencia (alimentación, vivienda, salud, entre otros), lo que determina una limitación de las capacidades entendidas como el ámbito de libertad que debe gozar toda persona para decidir su forma de vida en función de lo que elija ser o hacer.

En otras palabras, el enfoque multidimensional de la pobreza pone énfasis en cómo ésta es una condición que supone la falta de acceso a derechos básicos, lo que se traduce en una privación de capacidades.

Este entendimiento de la pobreza introduce al menos dos aspectos sobre los que conviene detenerse. El primero, entender que la pobreza es una condición que trasciende la dimensión económica de los ingresos de la persona que se encuentra en ella y limita el acceso a ciertos bienes o hablando desde un enfoque de derechos el goce de algunos de ellos. El segundo, vincula la falta de acceso a derechos básicos a la privación de capacidades o libertades básicas de las personas. Con base en las formulaciones de Amartya Sen, quien utiliza el concepto de capacidades para definir la libertad o los medios con que cuentan las personas para determinar lo que cada una de ellas quiere ser o hacer, debe ponerse atención en la limitación de la autonomía (entendida como libertad de querer) como consecuencia de la falta de satisfacción de derechos básicos para la supervivencia de las personas.

El concepto de pobreza al que estaremos refiriéndonos a lo largo de este texto será justamente el que se refiere a esta doble dimensión de la misma.

El Sistema de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han puesto énfasis en la estrecha vinculación que existe entre la pobreza y los derechos humanos, destacando el impacto que tiene dicha situación en la vigencia de estos últimos. De manera coincidente, ambos sistemas han sostenido que la pobreza no puede ser entendida exclusivamente como una situación de privación de recursos económicos, sino que debe verse de manera mucho más amplia como una situación que tiene impacto en el ejercicio de múltiples derechos humanos, tanto

derechos económicos, sociales y culturales como civiles y políticos.

Derechos como alimentación, agua, vivienda adecuada, salud, educación, trabajo, seguridad social, entre otros, son derechos que no se garantizan para personas que se encuentran en situación de pobreza y de pobreza extrema. Pero no sólo, los derechos a la libertad de expresión, a la información, a la participación política, a la justicia son difícilmente ejercitados por personas que se encuentran en esta situación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) refirió que una de las situaciones generales de derechos humanos más preocupantes en el hemisferio es la pobreza extrema, en la medida en que constituye "una violación generalizada de todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales".[13] Es así como la CIDH considera que la pobreza constituye un problema de derechos humanos en la medida en que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de éstos en condiciones de igualdad real por parte de las personas, grupos y colectividades que viven en dicha situación.[14]

Considerando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, la CIDH ha puntualizado que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Comisión ha puesto énfasis en que las personas que viven en condición de pobreza enfrentan mayores obstáculos para acceder a la justicia, y de esa forma para contar con un medio para la exigencia judicial de estos derechos.

En suma, la pobreza es una condición que dificulta o impide el goce de múltiples derechos humanos, entre ellos los sociales.

---

13 CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo V Derechos económicos, sociales y culturales, párr. 17.

14 CIDH, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas,* 2017, párr. 2.

II. El derecho a un nivel de vida adecuado

Reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

En 2018 se conmemoraron setenta años de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Si se coincide con la idea de que el surgimiento y sentido de los instrumentos internacionales de derechos humanos responde al contexto y a la circunstancias del tiempo en que esto ocurre, podría preguntarse si un instrumento como la Declaración Universal que se aprobó en un escenario muy distinto al actual sigue teniendo actualidad.

Podría sostenerse, por ejemplo, que el escenario de la posguerra, caracterizado por la conmoción por las violaciones ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial, es muy distinto del actual. También podría plantearse que en la actualidad existe un catálogo muy amplio de instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos, buena parte de los cuales, en tanto han sido elaborados en años más recientes, reconocen derechos que décadas atrás ni siquiera se visualizaban como tales, como por ejemplo el derecho al medio ambiente sano o el derecho al desarrollo.

Desde nuestra perspectiva, la vigencia de un instrumento internacional de derechos humanos no puede asociarse exclusivamente a la persistencia del contexto en que éste surgió, pues de ser así la vigencia de un tratado, de una convención o de un pacto, estaría determinada por la perdurabilidad de las circunstancias que motivaron su aprobación. Si el objeto de un instrumento internacional es el reconocimiento de ciertos derechos y su efectivo cumplimiento, en tanto aquellos no estén garantizados y la realidad indique que su satisfacción aún no está cumplida, me parece que el instrumento sigue vigente. Más aún, incluso la plena satisfacción y la garantía efectiva de un derecho en un momento histórico determinado no suponen que en el futuro el mismo no pueda verse en riesgo, por lo cual, a partir de la lógica de progresividad de los derechos, difícilmente podría afirmarse que un instrumento jurídico de protección de los derechos (más si se trata de uno internacional) puede perder vigencia (a lo mucho podría, en todo caso, requerir una actualización).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue el primer documento sobre derechos humanos elaborado por una organización internacional de carácter universal[15], expresando un ideal común para todos los pueblos y naciones respecto de los derechos humanos que debían ser garantizados para todas las personas. A pesar de los diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración Universal es reflejo de un conjunto de aspiraciones comunes de los países del mundo (aún plenamente vigentes), entre ellas la protección de los derechos humanos como premisa de las sociedades contemporáneas.

Entre los 30 artículos de derechos humanos que incluye, la Declaración reconoció el derecho a un nivel de vida adecuado[16] incorporándolo de la siguiente forma:

> Artículo 25
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

De la redacción anterior pueden referirse varias cuestiones. La primera, que se trata de un derecho cuya titularidad recae en la persona en lo individual y también en la familia, lo que implica que ante la falta de garantía del mismo no hay una limitación para que sea exigida por una persona o por un grupo de ellas que integren un núcleo familiar.

---

15 La Declaración Americana sobre Derechos Humanos se emitió meses antes, aunque tratándose de un instrumento regional de protección de los derechos humanos su marco de aplicación está acotado a los países del continente americano.

16 El derecho a un nivel de vida adecuado también está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11. Instrumento adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en 1976. Lo anterior ha llevado a que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano autorizado para interpretar el alcance de las normas del Pacto, tarea que ha venido realizando a través de Observaciones Generales.

La segunda, que se trata de un derecho que incorpora a varios derechos. De acuerdo con el art. 25 de la DUDH, el derecho a un nivel de vida adecuado incluye, de manera explícita, el derecho a la protección de la salud, el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda. Adicionalmente se refiere a servicios sociales y seguros en casos de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez y vejez, incorporando la redacción "y otros casos" lo que permite incluir otras situaciones además de las enunciadas que conlleven la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes a la propia voluntad del individuo.

Como puede advertirse, se trata de un derecho complejo. Por un lado incluye varios derechos —salud, alimentación y vivienda— y por el otro refiere a servicios sociales y seguros, sin dejar claro si forman parte de un derecho y cuál es éste. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas[17], a través de la labor interpretativa que realiza, ha aclarado que los elementos del art. 25 de la DUDH forman parte del derecho a la seguridad social[18], reconocido de manera independiente en la Declaración en el artículo 22, razón por la cual no se considera a dicho derecho como parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

De esta forma, son los derechos a la salud, a la alimentación y a la vivienda el referente que debe utilizarse para aclarar el contenido del derecho a un nivel de vida adecuado. Lo anterior requiere, sin embargo, de una precisión adicional: el Comité DESC definió que el derecho a un nivel de vida adecuado, al enumerar los derechos que incluye e incluir la redacción "y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica", indica que esta enumeración de derechos no es exhaustiva. En este sentido, refirió que el derecho al agua "encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones

[17] Órgano autorizado para interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, elaborado para incluir en un documento vinculante los derechos de este tipo reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[18] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 19 El derecho a la seguridad social* (artículo 9), 2007.

fundamentales para la supervivencia".[19] De ahí que el derecho al agua, aunque no esté explícitamente reconocido en la Declaración Universal como derecho que forma parte del nivel de vida adecuado, se considere uno de sus componentes.[20]

Como es sabido, una de las características de la Declaración Universal es que surge, como su nombre lo dice, como declaración y no cómo un tratado internacional, lo que implicó que no fuera concebida como vinculante por los Estados. A pesar de ello, en la actualidad no se discute su fuerza moral, siendo aceptada como parte de la costumbre internacional en tanto práctica reiterada aceptada como derecho. De esta forma, la Declaración Universal es considerada una referencia jurídica necesaria para la protección y promoción de los derechos humanos.

El hecho de que la Declaración Universal no se haya redactado como un documento vinculante desde su origen, se ve reflejado en la forma en que se encuentran referidas las obligaciones que tienen los Estados. A diferencia de instrumentos internacionales posteriores, como por ejemplo la Convención Americana sobre los Derechos Humanos[21], la Declaración Universal reconoce un listado de derechos, sin establecer el tipo de vínculo de los Estados respecto a ellos. En la Declaración no encontramos una referencia a obligaciones de los Estados, sin embargo, en el Preámbulo se señala su compromiso con el respecto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre (sexto párrafo), además del esfuerzo que deben realizar para promover el respeto a estos derechos y libertades y asegurar su reconocimiento y aplicación universal y efectiva (octavo párrafo).

---

19 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 15 El derecho al agua* (artículos 11 y 12 del Pacto), 2002.

20 Debe precisarse que en esta contribución el derecho al agua no será abordado de manera específica como ocurrirá con los derechos a la salud, a la alimentación y a la vivienda. Nos referiremos a él, aplicando el principio de interdependencia, como derecho necesario para garantizar los derechos que integran el derecho a un nivel de vida adecuado.

21 En la que se denomina a los compromisos que asumen los Estados como obligaciones, dedicando sus dos primeros artículos a describir el tipo de obligaciones respecto de los derechos en ella reconocidos.

De esta forma, los Estados que la han adoptado reconocen su compromiso con el reconocimiento y respecto universal de los derechos que la Declaración reconoce, entre ellos el derecho a un nivel de vida adecuado.

Si bien el derecho a un nivel de vida adecuado está reconocido de manera específica en la Declaración Universal, cabe detenerse en su análisis de cara a otras normas que se encuentran en ella. En el preámbulo de este instrumento se establece "una de las aspiraciones más elevadas del hombre es la existencia de un mundo en que los seres humanos estén liberados del temor y la miseria", "el compromiso de promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad".

Me parece que las razones que motivaron la incorporación del derecho a un nivel de vida adecuado en la Declaración Universal podemos encontrarlas en su preámbulo, en donde se reconoce como aspiración la existencia de un mundo sin miseria y el compromiso de avanzar en la mejora del nivel de vida de las personas como parte del concepto de libertad.

Es así como la Declaración incorpora desde sus primeros párrafos la vinculación que existe entre el ejercicio de la libertad y la garantía de un nivel de vida adecuado para las personas, o, en otras palabras, como el ejercicio de aquella no está disociado de las condiciones de vida en que se encuentran aquellas.

La relación entre la libertad, entendida como fundamento para el ejercicio de todos los derechos humanos, y las condiciones de vida digna de las personas, se encuentra reconocida en otros instrumentos internacionales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), por ejemplo, establece que "sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos",[22] redacción que de manera muy similar también es recogida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[23]

[22] CADH, Preámbulo, cuarto párrafo.

[23] Tercer párrafo.

El contenido esencial del derecho a un nivel de vida adecuado

Uno de los desafíos que enfrentan los derechos humanos en la actualidad es la distancia que existe entre su reconocimiento normativo —convencional e inclusive constitucional— y su aplicación práctica. Como se refirió previamente, el derecho a un nivel de vida adecuado se encuentra reconocido en la Declaración Universal y también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). A pesar de ello, no es claro cuál es el contenido del derecho y qué medidas deberían adoptarse para avanzar en su concreción. En las páginas siguientes abordaremos cuál es el contenido esencial del derecho en el entendido de que se trata del punto de partida en relación con los pasos que deben seguirse para su cabal cumplimiento.

a. La metodología del desempaque de derechos

Una de las maneras para aclarar el alcance de un derecho es determinar las obligaciones que se desprenden del mismo. Lo anterior descansa en la idea de que todo derecho subjetivo, como lo son los derechos humanos, supone, por un lado, el reconocimiento de expectativas a recibir ciertas prestaciones para un sujeto y, por el otro, la determinación de una obligación —de hacer o de no lesionar (objeto del derecho)— para otro sujeto, siendo ambos aspectos reconocidos jurídicamente. Conforme a ello, un derecho humano conlleva el reconocimiento de un derecho y de manera correlativa el de una o varias obligaciones para concretarlo. En tal sentido, para definir el contenido de un derecho necesariamente se tienen que especificar cuáles son las obligaciones que se derivan del mismo.

Sandra Serrano y Daniel Vázquez proponen una metodología basada en la identificación de las obligaciones que imponen los derechos y en el uso práctico de los principios que orientan su protección (universalidad, interdependencia, progresividad e indivisibilidad). A este proceso le llaman “desempaque de derechos” que no es otra cosa sino la traducción del derecho en sus

múltiples obligaciones y la aplicación a objetivos concretos a través de los principios en materia de derechos humanos.

Para el análisis que estamos realizando en este texto utilizaremos la referida metodología del desempaque para determinar el contenido esencial del derecho a un nivel de vida adecuado. Para que el lector conozca los aspectos generales que la conforman, a continuación se describe de manera muy sintética de los pasos previstos para el desempaque de los derechos.[24]

La metodología mencionada implica los pasos siguientes:

1. El punto de inicio es interpretar el derecho humano a partir de los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad.[25]
2. Desagregar el derecho humano en sus subderechos, es decir, en los distintos componentes o atributos que forman parte del mismo. Algunos de ellos están precisados en los tratados en tanto otros se han desarrollado a través de documentos que forman parten de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llamado *corpus iuris*.[26]
3. De cada subderecho desagregar las obligaciones generales que le corresponden.
   A todos los derechos humanos, y en consecuencia a cada uno de sus subderechos, les son aplicables las obligaciones generales de respetar, proteger, garantizar y promover.[27]
   Respecto de esas obligaciones cabe hacer un paréntesis. Todos los derechos conllevan obligaciones positivas (de

[24] Para conocer esta metodología a mayor detalle se sugiere revisar directamente el texto de sus autores: Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de los derechos humanos*, FLACSO México, 2013, 133 p.

[25] *Cfr. Ibídem.,* págs. 17 – 47. Los autores abordan cómo entender cada uno de estos principios. Es particularmente interesante y novedoso el planteamiento que hacen sobre universalidad.

[26] Formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y recomendaciones) Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-16/99, 1º de octubre de 1999, párr. 115.

[27] Para profundizar sobre lo que supone cada una de ellas véase Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *op. cit.,* págs. 58 – 81.

hacer) y negativas (de abstención). Las primeras implican la toma de las medidas que sean necesarias por parte del Estado para concretar los derechos, lo que se expresa principalmente en la obligación de garantizar. La metodología del desempaque pone énfasis particularmente en esta obligación en tanto expresa las medidas mínimas que los Estados deben impulsar para el disfrute del derecho.

4. Aplicar los elementos institucionales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad,[28][29] los cuales rigen la obligación general de garantizar.
5. Utilizar los principios de aplicación: contenido esencial del derecho, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles[29], los cuales son transversales a todas las obligaciones generales, en tanto tienen una doble naturaleza: ser principios y también obligaciones.[30]

En el diagrama siguiente se muestra el procedimiento que implica el desempaque de derechos.

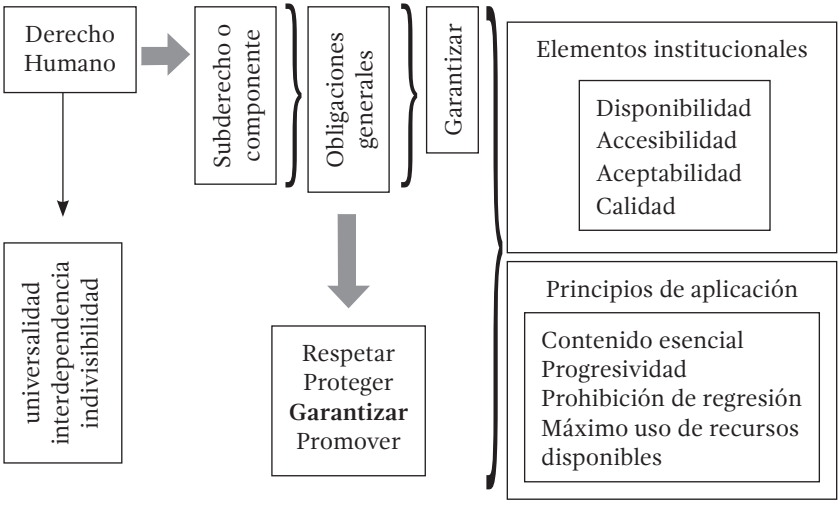
---

28 [29] Respecto de qué involucra cada uno de ellos véase Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *op. cit.,* págs. 83 – 98.

29 Para saber a qué se refiere cada principio de aplicación véase Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *op. cit.,* págs. 99 – 115.

30 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 2 el tipo de obligaciones que adquieren los Estados Parte respecto de los derechos en aquel reconocidos, entre ellas la obligación de "adoptar medidas", la cual no queda limitada ni condicionada por ningún tipo de consideración, "hasta el máximo de los recursos de que disponga" lo que hace referencia tanto a los recursos existentes dentro del Estado como a los que pone a disposición la comunidad internacional, para "lograr progresivamente" la plena efectividad de los derechos, lo que impone proceder lo más expedita y eficazmente posible para lograr ese objetivo. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano autorizado para interpretar el Pacto, ha establecido que las medidas de carácter retroactivo deberán considerarse de manera cuidadosa y justificarse plenamente, y que con independencia de que el Pacto contemple la realización paulatina de los derechos, también impone a los Estados obligaciones de efecto inmediato, entre ellas la obligación mínima de asegurar niveles esenciales de los derechos. *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1990, párr. 9. De esta forma, todas ellas son obligaciones de los Estados así reconocidas en el PIDESC.

Diagrama 1. Desempaque de derechos



Los autores de esta metodología han puesto énfasis en que se trata de una herramienta flexible. Esto significa que los "pasos" que incluye —determinación de los subderechos, la aplicación de las obligaciones, de los elementos institucionales y de principios de aplicación— no son aplicables para todos los derechos. Habrá derechos que se desempaquen hasta el nivel de los subderechos, otros hasta el de las obligaciones generales, otros hasta los elementos institucionales, y otros hasta los principios de aplicación. Lo importante es tener claro que no para todos los derechos podrá aplicarse la cadena completa del desempaque.

Como se verá más adelante, el valor que tiene desempacar el derecho es, en palabras de Pedro Salazar, avanzar de "cláusulas dormidas"[31] a ponerlos en acción, dotando de contenido preciso y alcance práctico a las normas de derechos humanos.

b. Avanzando hacia el contenido esencial del derecho a un nivel de vida adecuado

El primer paso de la metodología del desempaque es la interpretación del derecho a partir de los principios de universalidad, in-

[31] *Ibidem.,* p. xii.

terdependencia e indivisibilidad. Pues bien, el derecho a un nivel de vida adecuado es un ejemplo extraordinario y emblemático para mostrar cómo operan estos tres principios.

La universalidad como característica de los derechos humanos[32] se ha relacionado tradicionalmente a su reconocimiento como derechos de todas las personas en tanto fundados en la dignidad humana. Esta idea de universalidad va de la mano del principio de igualdad.

Adicionalmente los derechos humanos son derechos subjetivos en tanto expectativas de todas las personas en relación a la acción u omisión de los Estados (principalmente, aunque no exclusivamente) respecto de ciertos bienes primarios. Éste aspecto (el que se traten de bienes primarios reconocidos como esenciales por su vínculo con la dignidad humana) ha llevado a que se les denomine como fundamentales, como exigencias éticas justificadas y de especial relevancia lo que hace que deban ser protegidas por el aparato jurídico.[33]

El reconocimiento de los derechos humanos como exigencias éticas justificadas y de especial relevancia son ideas sobre las que se construye también la idea de universalidad, las cuales implícitamente estuvieron presentes cuando se redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El nivel de vida adecuado fue considerado una exigencia ética justificada que se evaluó de especial relevancia, razón por la cual fue reconocido en aquella y también en otros instrumentos jurídicos.

Ahora bien, que resulte justificado el reconocimiento a todas las personas del derecho a un nivel de vida adecuado no significa omitir las dificultades que existen para determinar lo que significa nivel de vida adecuado. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha apuntado como componentes de este derecho la protección de la salud, la alimentación y la vivienda adecuadas, tal y como lo hemos recordado anteriormente.

---

32 Sandra Serrano y Daniel Vázquez proponen pensar la universalidad de los derechos humanos como característica y como principio. *Cfr.* Serrano y Vázquez, *op. cit.,* págs. 17 – 30.

33 Serrano y Vázquez, *op. cit.*, págs. 20 y 21.

Serrano y Vázquez reconocen lo problemático que resulta el uso del principio de universalidad como característica de los derechos humanos, en la medida en que supone el reconocimiento de derechos humanos a todas las personas sin importar cuál sea su contexto. Aunque la idea medular del principio de universalidad es que todas las personas son titulares de los derechos humanos, no puede obviarse las diferencias que suponen el contexto en que se encuentran cada una de ellas. Al referirnos al derecho a la salud en el caso de una mujer que reside en una ciudad y en el de una que vive en una zona rural, en situación de pobreza extrema y es indígena, no deberíamos hacerlo de manera idéntica. Aunque el derecho esté reconocido jurídicamente de igual modo para todas las personas, en los hechos su ejercicio es diferente dependiendo del contexto en que se encuentre su titular, el cual involucra relaciones de poder, sumisión y desigualdad. Reconocer lo anterior no supone negar la universalidad de los derechos, sino tener presente el contexto de la persona y lo que implica en términos de desigualdad en el ejercicio de los derechos. Aquí es donde se propone analizar la universalidad identificando al sujeto en su contexto, tomando en cuenta las diferentes culturas, ideas y construcciones sociales y nutriendo el análisis de los derechos a partir de esas diferencias. Esto supone reinterpretar el alcance y "aterrizaje" (o concretización) de los derechos desde la perspectiva local y de sus necesidades.

La universalidad como principio nos lleva a interpretar el contenido del derecho a un nivel de vida adecuado tomando en cuenta las especificidades culturales de los colectivos en que busca concretarse. Pienso concretamente en los pueblos indígenas, para los cuales el entendimiento del derecho a la salud, del derecho a la alimentación y del derecho a la vivienda, sin duda estará determinado en función de las particularidades de su cosmovisión y cultura, aspectos que deberían ser retomados en la concreción del derecho. El entendimiento de la salud sexual y reproductiva (que abarca la atención de partos por personal sanitario especializado y las políticas de planificación familiar, entre otros aspectos) componente del derecho a la salud, no puede ser el mismo para una mujer indígena que para una que reside en una ciudad. Ello impone tomar en cuenta las diferencias culturales que existan en las sociedades, particularmente en la consideración de las medidas concretas para aterrizar los derechos.

Respecto de los principios de interdependencia e indivisibilidad, la idea principal que les subyace es que no existen jerarquías entre los derechos y que todos son igualmente necesarios. En el caso de la interdependencia implica que entre los derechos existen relaciones recíprocas, es decir, el disfrute de un derecho o grupo de derechos depende de la realización de otro derecho o grupo de derechos. De esta forma, la garantía de un derecho impacta en la vigencia de otro u otros.[34]

El derecho a un nivel de vida adecuado ejemplifica de manera nítida la interdependencia que caracteriza los derechos humanos. Para garantizarse un nivel de vida adecuado no basta con un derecho, se requiere de un conjunto de ellos. Así, no podría asegurarse el derecho a la alimentación adecuada sin garantizar también el derecho al agua. La garantía del derecho a la salud, por su parte, conlleva también la de los derechos a una alimentación adecuada, al agua, a una vivienda adecuada y a un medio ambiente sano. El derecho a la vivienda adecuada está vinculado con el derecho a la alimentación, al agua potable, a la salud. El derecho a un nivel de vida adecuado es una condición para la realización del derecho a la vida, derecho que es condición a su vez para el ejercicio de todos los derechos humanos y así sucesivamente. En suma, el principio de interdependencia impone ver los derechos de manera vinculada, considerando las relaciones condicionantes que existen entre ellos.

De acuerdo con el principio de indivisibilidad, los derechos humanos forman un conjunto, en donde la realización de los derechos se logra mediante el cumplimiento y satisfacción de todos ellos. Por ello se ha señalado que entre los derechos existe una relación holística, en tanto forman parte de una misma construcción, no porque exista una dependencia evidente de uno sobre otro (como ocurre con la interdependencia) sino porque se requiere de todos para la realización plena de la dignidad humana. La interdependencia implica reconocer las cadenas de derechos. La indivisibilidad trasciende las relaciones lógicas entre los derechos y busca los orígenes en los déficits de otros derechos.[35]

Ejemplifiquemos el principio de indivisibilidad respecto del derecho a un nivel de vida adecuado. La ex Relatora Especial so-

[34] *Ibídem*., p. 40.

[35] *Ibídem*., p. 42 y 43.

bre Extrema Pobreza y Derechos Humanos de Naciones Unidas, Magdalena Sepúlveda, puso especial énfasis en los obstáculos, de naturaleza jurídica y no jurídica, para el acceso a la justicia que enfrentan las personas que se encuentran en dicha situación. De acuerdo con un informe presentado por la ex Relatora, las personas en situación de pobreza extrema enfrentan diversos obstáculos para que el derecho de acceso a la justicia sea efectivo y asequible[36]. De esta forma, la pobreza extrema es un contexto que supone, más allá de los derechos que se vulneran de manera lógica, una serie de obstáculos para el ejercicio de otros derechos. La indivisibilidad apunta justamente a la existencia de ciertas circunstancias, situaciones, escenarios en los que se encuentran las personas que impiden el goce de los derechos.

Habiendo abordado la aplicación de los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad respecto del derecho a un nivel de vida adecuado, precisemos ahora cuál es el su contenido esencial, a partir de los derechos que incluye (salud, alimentación y vivienda adecuadas), haciendo uso de la metodología del desempaque antes señalada.

En tanto la Declaración Universal no aporta mayores elementos para determinar cuál es el contenido de cada uno de los derechos que integran el derecho a un nivel de vida adecuado, recurrimos como fuentes principales a otros documentos internacionales de derechos humanos, en particular al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y a las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, a través de las cuales ha desarrollado un importante ejercicio de desdoblamiento de los derechos y de las obligaciones que se desprenden de ellos. Por otra parte, para la determinación de los subderechos se utilizó como referencia los *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación,* elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.[37]

[36] Informe de la Relatora Especial sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos de Naciones Unidas, Magdalena Sepúlveda, A/67/278, 9 de agosto de 2012.

Derecho a la salud

Subderechos	*Obligación de garantizar/ Medidas a impulsar*	
Salud sexual o reproductiva	- Que todas las personas tengan acceso a programas de salud sexual y reproductiva. - Política pública que garantice la cobertura de la atención prenatal y posterior al parto - Atención de partos por personal sanitario especializado para todas las mujeres embarazadas - Garantizar los servicios obstétricos de urgencia para todas cualquier mujer que los requiera - Programas de control de la natalidad accesibles a todas las mujeres y hombres interesados en ellas - Acceso universal de las mujeres a interrupciones médicas del embarazo, conforme a los requisitos fijados por la ley	
Mortalidad infantil y atención sanitaria	- Reducir la mortalidad infantil y garantizar atención sanitaria a todos los niños - Impulsar una política para reducir la tasa de mortalidad perinatal e infantil - Programa de revisión médica periódica a niños en su primera infancia - Programa de lactancia materna exclusiva durante los primeros seis meses de vida - Programa de suplementos alimenticios para niños en su primera infancia - Campaña de vacunación obligatoria	
Prevención, tratamiento y control de enfermedades	- Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a preocupaciones en materia de salud de toda la población. La estrategia y plan deberán contar con indicadores y bases de referencia que permitan evaluar los progresos realizados. La estraegia y plan deberán prestar especial atención a grupos en situación de vulnerabilidad. - Creación de un sistema de atención médica urgente en casos de accidentes, epidemias y peligros análogos a la salud - Atención médica y ayuda humanitaria en situaciones de desastre o emergencia	

	Elementos institucionales, principios de aplicación y principios de derechos humanos
	Elementos institucionales[a] Disponibilidad - Número suficiente de establecimientos, bienes, servicios públicos y centros de salud. La disponibilidad incluye contar con factores básicos de la salud como agua potable, condiciones sanitarias adecuadas, personal médico y profesional capacitado y medicamentos esenciales. Accesibilidad - Los establecimientos, bienes y servicios de salud, así como los programas deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna. - La accesibilidad deberá garantizarse de hecho y de derecho, y de manera especial para sectores en situación de vulnerabilidad o marginación. - Accesibilidad física. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance geográfico de toda la población, en especial de los grupos en situación de vulnerabilidad. - Accesibilidad económica (asequibilidad). Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance económico de todas las personas, para lo cual el pago de los servicios de atención a la salud deberá regirse bajo el principio de equidad. - Acceso a la información. Garantizar el derecho de solicitar, recibir y difundir información acerca de cuestiones relacionadas con la salud. Aceptabilidad - Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben de ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados. Calidad - Los establecimientos, bienes y servicios de salud, deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad, lo que incluye personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente probados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas. Principios de aplicación Contenido esencial Los Estados tienen la obligación de garantizar, como mínimo la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la salud, lo que incluye, en principio, la atención primaria básica para todas las personas.

Subderechos	*Obligación de garantizar/ Medidas a impulsar*	
	- Facilitar el uso de tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias contra enfermedades infecciosas.	
Accesibilidad a centros de salud y medicamentos esenciales	Asegurar la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad incluye: - Garantizar el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos, preventivos, curativos y de rehabilitación, así como la educación en materia de salud - Impulsar programas de reconocimientos periódicos - Tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes - Suministro de medicamentos esenciales de acuerdo con las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud - Tratamiento y atención apropiados de la salud mental - Mejora y fomento de la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos. - Adaptar el sector salud, el sistema de seguros y las decisiones políticas sobre el derecho a la salud a los planos comunitario y nacional	
Entorno ocupacional y medio ambiente	- Tomar medidas preventivas frente accidentes laborales y enfermedades profesionales - Suministro de agua limpia potable y condiciones sanitarias básicas en los espacios laborales - Prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas como radiaciones, sustancias químicas o factores ambientales perjudiciales que afectan la salud de las personas - Reducir al mínimo las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral - Este componente del derecho a la salud incluye garantizar una vivienda adecuada, condiciones de trabajo higiénicas y seguras, el suministro adecuado de alimentos y nutrición apropiada	

[a] Los elementos institucionales están referidos dentro de la tabla de manera genérica. Habría que considerar su aplicación específica de acuerdo al subderecho que se trate.

	Elementos institucionales, principios de aplicación y principios de derechos humanos
	Progresividad Los Estados deben mostrar los avances que se están llevando a cabo para la satisfacción plena del derecho a la salud, transitando de la garantía del nivel esencial del derecho a niveles más avanzados (atención de segundo y tercer nivel) Prohibición de regresión Cualquier medida que suponga retroceder en la garantía del derecho a la salud debe justificarse respecto del resto de los derechos reconocidos en el PIDESC y del mejor aprovechamiento de los recursos disponibles. Máximo uso de recursos disponibles El Estado debe mostrar que ha realizado su mayor esfuerzo para utilizar todos los recursos a su disposición para cumplir con el contenido esencial del derecho a la salud, así como que ha recurrido a la asistencia y cooperación internacionales con el objetivo de disponer de mayores recursos económicos, tecnológicos, humanos, etc. En caso de insuficiencia de recursos disponibles para garantizar el contenido esencial del derecho a la salud, debe priorizar su garantía a personas en situación de vulnerabilidad. Principios de derechos humanos Interdependencia Entendiendo que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, dependiendo de éstos para su concreción, es necesaria la garantía de los derechos a la alimentación, al agua, a la vivienda, al trabajo, al medio ambiente sano, entre otros.

Derecho a la alimentación adecuada[a]

Subderechos	*Obligación de garantizar/ Medidas a impulsar*	
Nutrición	- Que estén a disposición de todas las personas alimentos que cumplan con los nutrientes básicos necesarios. - Impulso de una política pública sobre nutrición, con un aterrizaje específico para niños y para personas adultas - Impulso de un programa de suministro de suplementos nutricionales para niñas y niños en condiciones de desnutrición - Programa de acceso universal a agua potable - Programa de revisión periódica de niñas y niños con bajo peso y retraso de crecimiento y con obesidad	
Inocuidad de los alimentos y protección al consumidor	- Política nacional sobre inocuidad de alimentos - Tomar las medidas de protección necesarias para evitar la contaminación de productos alimenticios por sustancias nocivas - Desarrollo de legislación o normatividad sobre producción y distribución de alimentos inocuos - Regular a entidades públicas o privadas a cargo de la producción o comercialización de alimentos, con el fin de vigilar que sean inocuos. - Supervisar que los alimentos que integran la canasta básica sean inocuos	
Disponibilidad de alimentos	- Que todas las personas dispongan de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables en función de la diversidad cultural - Garantizar la disponibilidad sostenible (para las generaciones presentes y futuras) de alimentos - Política nacional sobre producción agrícola y disponibilidad de alimentos - Política de emergencia en casos de sequías, malas cosechas y gestión de desastres - Otorgamiento de títulos de propiedad de tierras destinadas al cultivo de alimentos - Destinar un porcentaje del PIB para el apoyo de la producción agrícola para el consumo interno - Disponibilidad de los alimentos de consumo interno	

[a] El Comité DESC ha sostenido que el concepto de adecuada es particularmente importante respecto al derecho a la alimentación debido a que pone de relieve una serie de factores que deben tenerse en cuenta para determinar si ciertos alimentos son adecuados.

	Elementos institucionales, principios de aplicación y principios de derechos humanos
	Elementos institucionales[b] Disponibilidad - Que las personas tengan posibilidad de alimentarse, ya sea directamente, explotando la tierra productiva o a través de otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de producción, distribución y comercialización que funcionen adecuadamente garantizando la disponibilidad de los alimentos del lugar de producción a donde se encuentre la demanda. - Producción de alimentos inocuos en cantidad suficiente para la población. Accesibilidad - Accesibilidad (no discriminación). Ninguna persona podrá ser limitada o impedida, por motivos de raza, color, sexo, idioma, edad, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, a acceder a los alimentos necesarios o a recursos para la producción de alimentos (poseer tierras, acceder a créditos, a recursos naturales y a una tecnología adecuada) - Accesibilidad física. Que todas las personas tengan acceso a una distancia geográfica razonable a los alimentos que forman parte de la canasta básica. - Debe prestarse especial atención a grupos en situación de vulnerabilidad y pueblos indígenas cuyo acceso a tierras ancestrales, de las que depende su alimentación, esté amenazado. - Accesibilidad económica (asequibilidad). Los costos económicos personales o familiares por la adquisición de alimentos necesarios deben corresponder a un nivel que no amenace o pongan en peligro la provisión o satisfacción de otras necesidades básicas. - El Comité DESC prevé que en situaciones en que las personas no pueden acceder al derecho por sí mismas, el Estado debe garantizarles el acceso a los alimentos necesarios.

[b] Los elementos institucionales están referidos dentro de la tabla de manera genérica. Habría que considerar su aplicación específica de acuerdo al subderecho que se trate.

Subderechos	*Obligación de garantizar/ Medidas a impulsar*	
Accesibilidad de alimentos	- Que la accesibilidad a los alimentos sea sostenible (a largo plazo) y no dificulte el goce de otros derechos humanos. - Programas de ayuda alimentaria para familias en situación de pobreza extrema y pobreza	

	Elementos institucionales, principios de aplicación y principios de derechos humanos
	Aceptabilidad - Que los alimentos que forman parte del consumo tradicional de determinados colectivos, indígenas por ejemplo, estén considerados en el cuadro básico de alimentos, además de otros que por razones nutricionales sea importante incluir. - Las pautas para determinar el régimen alimentario deben incorporar los hábitos alimenticios determinados en función de las diferentes culturas. - Garantizar la participación social en el diseño de políticas públicas sobre alimentación adecuada, de tal forma que puedan preverse las situaciones y contextos particulares. Calidad - Que los alimentos que son puestos a disposición para la población sean idóneos en relación a su calidad, garantizando que no sean nocivos para la salud de los consumidores. Principios de aplicación Contenido esencial Los Estados tienen la obligación de garantizar como mínimo la adopción de las medidas necesarias para combatir el hambre y la malnutrición. Para ello se requiere: - Garantizar la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de las personas, sin sustancias nocivas, aceptables tomando en cuenta la diversidad cultural - Accesibilidad de los alimentos de forma sostenible y asequible. Progresividad Aunque el PIDESC reconoce que el derecho a la alimentación adecuada se alcanzará progresivamente, los Estados tienen que cumplir obligaciones básicas, de efecto inmediato. Una de ellas adoptar medidas para garantizar que toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción tenga acceso al mínimo de alimentos esenciales suficientes, inocuos y nutritivamente adecuados para protegerla contra el hambre. No regresión Cualquier medida que suponga retroceder en la garantía del derecho a la alimentación debe justificarse respecto del resto de los derechos reconocidos en el PIDESC y del mejor aprovechamiento de los recursos disponibles.

Subderechos	*Obligación de garantizar/ Medidas a impulsar*	

	Elementos institucionales, principios de aplicación y principios de derechos humanos
	Máximo uso de recursos disponibles Esta obligación del Estado para avanzar en el cumplimiento de los derechos le impone probar que ha utilizado el máximo de los recursos de que dispone para cumplir con el contenido esencial del derecho a la alimentación adecuada y cuando sea incapaz de cumplirla con recursos propios, que ha recurrido a la cooperación internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios. En coyunturas donde el Estado enfrenta limitaciones graves de recursos por razones diversas, deben aplicarse medidas para garantizar el derecho a la alimentación adecuada priorizando a personas o grupos en situación de vulnerabilidad. Principios de derechos humanos Interdependencia En tanto el derecho a la alimentación adecuada está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, es necesaria la garantía de derechos como agua, vivienda, trabajo, medio ambiente sano, entre otros, que contribuyan a la satisfacción plena del primero.

Derecho a la vivienda adecuada

Subderechos	*Obligación de garantizar/ Medidas a impulsar*	
Seguridad jurídica de la tenencia	- Todas las personas (con independencia de la variedad que adopte la tenencia), deben gozar de seguridad legal de la tenencia, protegiéndolas contra el desalojo, el hostigamiento u otras amenazas.	
Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura	- Toda vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Sus beneficiarios deben tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, agua potable, energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y servicios de emergencia.	
Habitabilidad	- La vivienda debe ser habitable, lo que involucra ofrecer un espacio adecuado a sus ocupantes, protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de causas de enfermedad, así como la seguridad física de sus habitantes.	
Asequibilidad	- La vivienda debe ser asequible a los que tengan derecho. - Los grupos en situación de desventaja deben tener acceso pleno y sostenible a recursos adecuados para conseguir vivienda. - Dar consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a grupos en situación de vulnerabilidad (adultos mayores, niños, personas con discapacidad, personas con VIH o enfermedades terminales, víctimas de desastres naturales, personas que viven en zonas de riesgo de desastres, entre otros)	

[a] El Comité DESC establece que el derecho a una vivienda "no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo" que lo equipare con tener un tejado encima de la cabeza. Tampoco debe entenderse "en el sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada", lo que significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable. Véase Observación general Nº 4 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), 1991, párr. 7.

	Elementos institucionales, principios de aplicación y principios de derechos humanos
	Elementos institucionales[a] Disponibilidad - Las personas que no cuenten con una vivienda adecuada, deben poder ingresar a los mecanismos diseñados para acceder a ella. Accesibilidad - Accesibilidad (no discriminación). El disfrute del derecho a la vivienda adecuada no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación. - Otorgar prioridad a grupos sociales que se encuentran sin vivienda. - Accesibilidad física. Que la ubicación geográfica de las personas no sea una condición que impida o dificulte el acceso a la vivienda adecuada. - En el caso de personas que residen en zonas alejadas de las ciudades o de los lugares donde se realiza la mayor inversión en materia de vivienda, garantizar que ello no sea un obstáculo para acceder a programas de vivienda adecuada. - Accesibilidad económica. El costo de la vivienda y los gastos vinculados con su ocupación tienen que ser proporcionales a los ingresos que perciban las personas o familias que las habitan. - Los costos de la vivienda no puede ser significar que las personas se queden sin ingresos para cubrir otras necesidades básicas. Aceptabilidad - Los programas de construcción o mejora de vivienda tienen que ser receptivos de los tipos de construcción, materiales, distribución, componentes, determinados por razones culturales, climáticas o cualquier otra. - Los programas de construcción, mejora o remodelación de la vivienda deben ser elaborados con la participación de las personas que residirán en ellas.

[b] Los elementos institucionales están referidos dentro de la tabla de manera general respecto al derecho. Habría que desdoblar su aplicación según el subderecho que se trate.

Subderechos	*Obligación de garantizar/ Medidas a impulsar*	
Gastos soportables	- Los gastos personales o familiares que entraña una vivienda deberían ser de tal nivel que no impidieran ni comprometieran el logro y satisfacción de otras necesidades básicas. - Los Estados deben adoptar medidas para garantizar que los gastos de la vivienda sean proporcionales a los niveles de ingresos. - Crear subsidios para la vivienda para sectores que no puede costearla, así como formas y niveles de financiamiento que correspondan adecuadamente con las necesidades de la vivienda. - Proteger a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres.	
Lugar	- Las viviendas deben encontrarse en lugares que permitan el acceso a opciones de empleo, a servicios de atención a la salud, a centros escolares y otros servicios sociales. La vivienda no debiera construirse en lugares contaminados o de proximidad con fuentes de contaminación que amenacen el derecho a la salud de sus habitantes. - Coordinación con las dependencias a nivel federal y estatal a cargo de políticas conexas (economía, agricultura, medio ambiente, energía, educación, etc.)	
Adecuación cultural	- La manera en que se construye la vivienda, los materiales que se utilizan para la construcción y las políticas en la materia deben considerar la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. - Las actividades de desarrollo o modernización de la vivienda no deben sacrificar las dimensiones culturales por asegurar servicios tecnológicos modernos.	

	Elementos institucionales, principios de aplicación y principios de derechos humanos
	Calidad - Debe garantizarse que el personal a cargo de la construcción, mejora o remodelación tenga los conocimientos técnicos para ello y que los materiales utilizados sean idóneos en términos de calidad. - Supervisar la construcción, remodelación o mejora de vivienda a cargo del sector público y privado, para vigilar la utilización de materiales de calidad. Principios de aplicación Contenido esencial El Estado debe garantizar prioritariamente que las personas que no cuenta con vivienda accedan a una adecuada. Progresividad Que se reconozca que la plena realización del derecho a la vivienda adecuada es progresiva, no excluye al Estado de la adopción de medidas para el cumplimiento de las obligaciones inmediatas que se tienen respecto de este derecho, entre ellas abstenerse de realizar ciertas prácticas contrarias al derecho (desalojos forzosos), priorizar grupos sociales que viven en condiciones desfavorables y contar con un censo de la población vulnerable (personas sin hogar, alojadas inadecuadamente, sin acceso a instalaciones básicas, que viven en asentamientos irregulares, sujetas a desalojos forzosos y de bajos recursos). No regresión No son admisibles medidas que supongan la restricción o limitación del derecho la vivienda adecuada. Máximo uso de recursos disponibles Esta obligación del Estado le impone demostrar que ha tomado todas las medidas necesarias, sólo o sobre la base de la cooperación internacional, para cumplir con el derecho a la vivienda adecuada. Las medidas para satisfacer las obligaciones del Estado respecto al derecho a una vivienda adecuada pueden incluir una mezcla de medidas del sector público y del privado. Principios de derechos humanos Interdependencia El derecho a la vivienda adecuada es fundamental para el disfrute de otros derechos humanos (alimentación, agua, salud, trabajo, educación, entre otros).

Reflexiones a modo de cierre

Al principio de este texto me referí a la curiosa ausencia de reflexiones y debates sobre el derecho a un nivel de vida adecuado, encontrando en su lugar las que abordan los derechos que éste incluye, de manera separada y sin vincularlas a aquél.

Como se ha visto a lo largo de estas páginas, el derecho a un nivel de vida adecuado se incorporó desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (el primer instrumento internacional de derechos humanos) y posteriormente ha sido retomado en otros instrumentos internacionales.[38] Es decir, no es un derecho nuevo y además ha sido reiterado lo que apuntaría a su importancia.

Se trata de un derecho que tiene una particularidad: alude a la necesidad de que las personas tengan garantizados ciertos bienes primarios (alimentación, salud y vivienda) y de esa manera cubiertas necesidades básicas, contexto para el ejercicio de todos los derechos humanos en un marco de plena autonomía y libertad.

La aproximación al derecho a un nivel de vida adecuado a partir de sus componentes, invisibiliza esta dimensión de relevancia que tiene el derecho, poniendo la atención en los avances y pendientes que existen respecto a los derechos a la salud, a la alimentación y a la vivienda. Es indiscutible la importancia

[38] En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos no reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado, la Corte Interamericana ha llevado a cabo una interpretación amplia del derecho a la vida incluyendo el acceso a condiciones que garanticen a las personas una existencia digna. En este sentido, el derecho a un nivel de vida adecuado (reconocido en el Sistema Universal de los Derechos Humanos) y el derecho a la vida (entendida como vida digna) (reconocido en el sistema regional de protección) hacen alusión a lo mismo, a la necesaria garantía de ciertos bienes primarios necesarios para la supervivencia de las personas. Respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida se sugiere revisar *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 21: Derecho a la vida*, Costa Rica, 2018. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21.pdf. Consultado el 14 de enero de 2019.

de que estos derechos se garanticen, como aludimos se trata de prerrogativas asociadas a la supervivencia de las personas y consecuentemente no hacerlo significa que las mismas no tengan cubiertas algunas de sus necesidades vitales primarias. Pero más allá de coincidir en la relevancia que tiene la garantía de estos derechos sociales como requisitos para garantizar la vida digna, no puede no considerarse cuál es el objetivo principal del derecho a un nivel de vida adecuado.

Estas reflexiones tuvieron una motivación. Primero sensibilizr respecto a la existencia del derecho a un nivel de vida adecuado, segundo, aclarar su contenido esencial, en el entendido de que éste es el punto de inicio para avanzar en su cumplimiento, y tercero, habiendo aclarado su contenido básico, intentar que no quede desdibujado en los debates y pueda ser un referente en el diseño de políticas públicas para la vigencia de los derechos humanos.

La realidad nacional y de América Latina nos reiteran la necesaria garantía del derecho a un nivel de vida adecuado, y nos afirman la actualidad que setenta años después de su emisión tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Bibliografía

Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo del BID No 591: *Pobreza, Vulnerabilidad y la Clase Media en América Latina*, mayo de 2015.

Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores,* Editorial Trotta, 2002.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Evolución de la pobreza y pobreza extrema nacional y en entidades federativas*, 2010, 2012 y 2014.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2017* (LC/PUB.2018/1-P), Santiago, 2018.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Observación general Nº 3 La índole de las obligacio-*

nes de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990.

——, *Observación general Nº 4 El derecho a una vivienda adecuada* (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), 1991.

——, *Observación general Nº 12 El derecho a una alimentación adecuada* (artículo. 11), 1999.

——, *Observación general Nº 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12), 2000.

Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Editorial Trotta, 2010.

Organización de Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948. Disponible en *https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf*, consultado el 8 de enero de 2019.

Organización de Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1966. Disponible en *https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx*, consultado el 8 de enero de 2019.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación,* 2012.

Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de los derechos humanos*, FLACSO México, 2013, 133 p.

Una oportunidad para reafirmar y consolidar los avances en el campo de los derechos humanos de las mujeres, de la niñez y el derecho al cuidado

Nashieli Ramírez Hernández

Sumario: 1. Panorama general de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 2. El artículo 25 de la DUDH. 3. Del binomio madre-hijo(a) al reconocimiento de la especificidad de derechos para las mujeres y la niñez. 4. Disposiciones legales vigentes sobre la protección de la maternidad en México. 5. Disposiciones legales vigentes sobre protección a la niñez en México. 6. El cuidado como un derecho. Bibliografía

1. Panorama general de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es el documento marco principal para la lucha por los derechos humanos en todo el mundo. Fue preparada por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas[1] (ONU), el texto final es pragmático, resultado de intensas nego-

[1] Cuya Carta Constitutiva fue suscrita en San Francisco el 25 de junio de 1945.

ciaciones políticas, de manera tal que pudiera ganar una amplia aprobación. De esta manera, la DUDH fue adoptada por unanimidad, el 10 de diciembre de 1948 en París.

La magnitud de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, ofreció suficientes incentivos a los Estados para establecer, fortalecer y universalizar una institucionalidad internacional que preservara la paz, la cooperación contra la guerra, y la rendición de cuentas sobre derechos humanos a nivel internacional (Jurado, 2013). La Declaración representa un pacto constitutivo a la noción de reconocimiento y protección de los derechos básicos y las libertades fundamentales a las que tienen derecho, en cualquier parte, todas las personas, sin distinción alguna de raza, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, bienes, nacimiento u otra condición.

La noción de derechos humanos que aparece en el citado instrumento plantea la existencia de necesidades básicas que se deben satisfacer, siendo esta una de las razones para reconocer derechos universales a los seres humanos. Así, los derechos humanos estarían ligados a aquellos valores, necesidades e intereses que hacen que un ser humano pueda actuar como un agente moral, esto es, como sujeto libre y responsable; y por otra parte, a aquellas que pueden identificarse como condiciones para prevenir aquello que se puede considerar un daño, en tanto que origina una degeneración permanente de la calidad de vida y de la integridad física y/o moral de los seres humanos (Añón, 2010).

Al respecto, Doyal y Gough (1994) proponen un catálogo de necesidades fundamentales que clasifican en dos grupos. En primer lugar, hacen referencia a dos necesidades básicas: supervivencia física y autonomía. En segundo término, relacionan aquellas necesidades que son consideradas intermedias y que dan contenido a las primeras, siendo el caso de la alimentación, vivienda, trabajo, entorno físico, sanidad, necesidades de la infancia, grupos de apoyo, seguridad y educación.

De esta manera, la noción de necesidades fundamentales es la que justifica los 30 derechos reconocidos en la DUDH.

2. El artículo 25 de la DUDH

Bajo una lógica estrictamente pedagógica[2], se reconoce que la Declaración Universal de los Derechos Humanos se compone tanto de derechos civiles y políticos como de derechos económicos, sociales y culturales[3] (DESC). Sobre 30 artículos, 24 se refieren a los derechos civiles y políticos, y 6 a los DESC.

Estos últimos, se pueden resumir de la siguiente manera: derecho a un empleo y a un salario justo; **derecho a la protección social en casos de necesidad** (seguridad social, bajas laborales, desempleo, jubilación, maternidad, etc.); derecho a la vivienda; derecho a la educación gratuita y de calidad; derecho a la sanidad; derecho a un entorno saludable, al acceso a la cultura y a todos los ámbitos de la vida pública de la comunidad; derecho a la alimentación y a la soberanía alimentaria.

El artículo 25 de la Declaración, se inscribe como parte de los DESC, de manera textual señala lo siguiente:

> 1 Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
> 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Su contenido consagra como necesidades básicas la alimentación, el abrigo, el vestido, la vivienda, asistencia médica y los

---

[2] Puesto que ha sido largo el debate acerca de la importancia, eficacia, exigibilidad y justiciabilidad entre ambos; sin embargo, lo correcto es argumentar que todos los derechos humanos, de cualquier tipo, tienen el mismo origen, el mismo titular y el mismo destinatario.

[3] Autores como Miguel Carbonell (2008) argumentan que los derechos sociales reconocidos en la DUDH dieron lugar al Estado Social, esto es, a los presupuestos necesarios para dotar de eficacia práctica los derechos sociales (social rights) y a las normas constitucionales que los contienen.

servicios y prestaciones sociales. Asimismo, en el párrafo 2, se establece el carácter prioritario que debe tener la maternidad e infancia para los Estados.

Debido a los fines del presente documento, el análisis se centrará en el párrafo 2 del citado artículo. En este acápite, conviene hacer un pequeño paréntesis para mencionar que, pese a la intención de la DUDH de proclamar derechos universales con independencia de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición, lo cierto es que las necesidades y aspiraciones de las mujeres únicamente se vieron reflejadas en aquellas intrínsecamente ligadas a la feminidad hegemónica, tales como el derecho a casarse y formar una familia (artículo 16) y el derecho al cuidado y asistencia especial durante el embarazo (artículo 25.2).

En el marco del análisis del artículo 25, párrafo 2, un primer elemento a observar es que su redacción sienta las bases en torno a lo que posteriormente se denominará como "grupos de especial protección" o "grupos vulnerables". El argumento de vulnerabilidad alerta acerca de que personas o grupos de personas requieren que el Estado genere medidas especiales (sea a través de leyes o políticas) para ayudarlas a salir de la posición de exclusión, de marginalidad, de subordinación, pues no disponen de las mismas herramientas (socioeconómicas, de participación real en los procesos políticos, de expresión individual y colectiva) para lograr su plena realización como personas (Beloff; Clérico, 2016).

En este sentido, se puede establecer que la DUDH es uno de los primeros instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en establecer derechos especiales a un grupo específico como es el caso de la madre gestante y el infante. Luego este concepto se aplicará a mujeres, pueblos indígenas, migrantes, personas con discapacidad, adultos mayores[4], entre otros (Herencia, 2014).

[4] El argumento de la vulnerabilidad ha sido utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para justificar la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna en forma descriptiva identificando la manera en que las instituciones originan, mantienen y refuerzan las vulnerabilidades; y, de manera prescriptiva, justificando la acción estatal en aras de revertir ese estado o situación de vulnerabilidad.

En segundo lugar, conviene resaltar el reconocimiento de derechos que otorga a la niñez y a la mujer, estableciendo un vínculo indivisible entre ambos. Esto es importante debido a que la DUDH es uno de los primeros textos contemporáneos[5] que hace énfasis en los derechos de la madre y del infante, promulgada, once años antes de que la ONU adoptara en 1959 la Declaración de los Derechos del Niño, cuyo Principio II reconoce la protección especial del niño y que posteriormente se traduciría en la doctrina de protección integral que es el principio guía de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (Ibíd.)

La obligación de los Estados de prestar "cuidados y asistencia especiales" a la maternidad y la infancia no es fortuita, por el contrario, encuentra sus orígenes en Europa, a finales del siglo XIX, con la creación de programas de salud pública para mejorar la salud de mujeres[6] y niños, donde los gobiernos veían a las madres y niños sanos como un recurso para alcanzar sus ambiciones económicas y militares, particularmente para la crianza de niños saludables que luego se convertirían en obreros productivos y/o soldados. De acuerdo con Oiberman (2005), el descenso de nacimientos y el incremento de la actividad asalariada de las mujeres

[5] La Declaración Americana, adoptada también en 1948, unos meses antes que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Artículo VII señala que "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayudas especiales".

[6] Aun cuando, en el presente documento, la discusión históricamente se sitúa a finales del siglo XIX y a mediados del siglo XX, lo cierto es que, a lo largo de la historia, distintos pensadores han abonado a la concepción de la maternidad como estado intrínsecamente relacionado con la naturaleza de las mujeres. Para Hobbes, las mujeres-madres se encontraban excluidas del pacto social que da lugar al Estado, toda vez que su capacidad de procrear las acercaba más al estado de naturaleza; por su parte John Locke, también excluye a las mujeres de ese pacto o contrato social establecido entre hombres que tienen que renunciar a mucha de su independencia y libertad natural en aras de la necesidad de un Estado. En la ilustración, uno de los filósofos que aborda a la idea de la maternidad es Rousseau, al publicar el Emilio en 1762, destacando la importancia de la madre-esposa como núcleo de la familia y su gran valor como responsables de traer al mundo nuevos ciudadanos; es decir, aparece la familia fundada en el amor maternal.

que conllevó la primera Guerra Mundial, originó que los países occidentales asumieran diversas estrategias para aumentar los índices de natalidad, entre ellas la provisión de cuidados antes y durante el parto.

Paralelamente, la preocupación por la salud de madres y niños ganó legitimidad propia, más allá del terreno militar, convirtiéndose en tema de agenda de los movimientos obreros, agrupaciones de mujeres, organizaciones benéficas y organizaciones internacionales (OMS, 2005). Así, por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo propuso en 1919 una serie de normas jurídicas para la protección de la maternidad en el trabajo; sin embargo, en esta época no se reivindican como tal los derechos de las mujeres, como ente autónomo, sino que persiste una mirada sobre la protección especial que supuestamente requieren las mujeres (Tamés, 2010). Esto es, la protección de la maternidad se concreta a partir de un principio general de protección paternalista del "sexo débil" (Lousada, 2015).

No obstante, cuando realmente empezaron a ganar terreno estos programas fue después de la segunda Guerra Mundial, donde las mujeres tuvieron que incorporarse masivamente[7] en el mercado del trabajo para paliar la escasez de mano de obra masculina, que luchaba en el frente, y desempeñar trabajos especializados relacionados anteriormente con el mundo masculino; es en este escenario que se posiciona la idea sobre la importancia de que la mujer, en tanto trabajadora, pudiera disfrutar de un embarazo saludable y dar a un luz a un hijo(a) sano(a).

Así, la provisión de cuidados y asistencia especial otorgados a la maternidad, entendida como prestación social, ideológicamente se sustenta en dos postulados centrales: a) que las actividades económicas de la mujer no supongan un riesgo para su salud ni para la del niño, y b) que su función procreadora no vaya en detrimento de la seguridad económica de su hogar.

[7] Sin obviar que su incorporación estuvo mediada por factores como la edad, la clase, el estado civil y el número de hijos(as), muchas trabajaron como obreras en las fábricas de armas y municiones, otras, en las industrias textiles en las que cosían uniformes para soldados; muchas más fueron telefonistas, oficinistas y recepcionistas.

3. Del binomio madre-hijo(a) al reconocimiento de la especificidad de derechos para las mujeres y la niñez

Pese al enorme valor histórico del corpus de derechos reconocidos en la DUDH, es claro que el mismo se encuentra atravesado por la norma de género; esto es, por la construcción socio histórica que define lo que en una sociedad es propio de mujeres y hombres, cuya expresión se manifiesta en roles, valores, símbolos, posiciones, instituciones y, por supuesto, en relaciones de poder.

Bajo la lógica anterior, en el artículo 25 (párrafo 2) de la Declaración, la función materna absorbe la individualidad de la mujer transfigurando a la madre; es fiel reflejo de la construcción cultural de la feminidad en torno a la maternidad, la cual explica y configura las demás características de la identidad femenina: ternura, amor incondicional, abnegación y, por supuesto, la provisión de cuidados hacia los(as) otros(as).

La construcción del binomio madre-hijo(a) como un solo ente, cuyos participantes resultan ininteligibles de manera separada, tiene distintos orígenes. Desde el ámbito religioso, el término "maternitas" aparece en el siglo XII creado por los clérigos, con la intención de caracterizar la función de la iglesia y potenciar la dimensión espiritual de la maternidad (Sánchez, 2016).

Dicha noción también tiene un cariz vinculado con las guerras y crisis económicas, particularmente se señala que a finales del siglo XIX los gobiernos veían a las madres y niños sanos como un "recurso", compartiendo la idea de que la mala salud de los niños de la nación constituía una amenaza para sus aspiraciones culturales y militares.

En el campo de la medicina, las altas tasas de mortalidad infantil a principios del siglo XX se empiezan a asociar con las circunstancias higiénicas de las mujeres trabajadoras, por lo que se consideró necesario el control médico y la educación de las mujeres para contener y mantener una vida, de esta manera, la gestación de la vida se transformó en un delicado proceso (asimilable de alguna forma a una enfermedad), que requería la presencia

constante del médico varón en todas sus etapas: antes, durante y después del parto (Nari, 1995).

La maternidad entendida, no como función natural universal, sino como construcción social resultado de las relaciones de género, es producto de los movimientos feministas del siglo XX. Así, distintas(os) pensadoras(es) (Beauvoir, 1949; Foucault, 1989; Lamas, 2001; Federici, 2013) han cuestionado la universalidad del instinto materno y del binomio madre-hijo, puesto en evidencia la regulación del cuerpo de las mujeres para cumplir con el papel de "madres", develado las ambigüedades del ejercicio de la maternidad dentro de un espacio marcado por la desigualdad social, señalado los aportes del trabajo reproductivo a la economía, y pugnado por el respeto que debe existir a la autodeterminación sexual y reproductiva de las mujeres.

3.1 El reconocimiento de derechos para las mujeres y la niñez

Como ha sido evidenciado por distintas autoras (Facio, 1990; Bunch, 1990; González, 2015) la noción de derechos humanos no fue concebida en términos neutrales, por el contrario, en ellos se avizora que el modelo para darles contenido fue el del varón, adulto y propietario, excluyendo a las mujeres, niños(as) y a otras "minorías". Al respecto, Mónica González Contró (2015) señala que la razón por la cual se reservaban los derechos a dicho grupo era porque se consideraba que eran los únicos con capacidad para tomar decisiones autónomas, es decir, eran los "hombres libres", dueños de sí mismos.

No obstante, los estándares de derechos humanos evolucionan con el tiempo. Los derechos humanos de las mujeres y la niñez se inscriben así en un proceso de especificación de los derechos humanos, el cual ha supuesto la progresiva sensibilización del derecho internacional, hacia las personas y los colectivos de personas cuyos derechos humanos están expuestos a violaciones específicas o que requieren una protección reforzada, este sería el caso, entre otros, de las mujeres y las niñas y niños.

3.1.1 El camino recorrido para el reconocimiento de las niñas y los niños como personas sujetas de derechos

El reconocimiento de las niñas y los niños como titulares de derechos, no como simples receptores de medidas (beneficiarios/as), ha sido un proceso paulatino y bastante reciente; la "doctrina de la situación irregular", previa a la implementación de una visión de derechos humanos, había marcado el tratamiento jurídico y en programas públicos que se debía brindar a niñas, niños o adolescentes.

De acuerdo con Bácares (2012), la doctrina de la situación irregular deviene del descubrimiento de la infancia en el siglo XVIII, desde una perspectiva de control y vigilancia sobre todas las niñas, niños y adolescentes en la escuela o en la familia, que favorecía una intervención estatal indiscriminada en la infancia en conflicto con la ley, pero que, a su vez, encierra a la niñez con dificultadas socioeconómicas y afectivas. La doctrina de la situación irregular, como señala Alessandro Baratta (1995), se trata de un enfoque en el que la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y de los adolescentes y la transgresión a las normas penales, se sobreponen creando una confusa situación protectivo-punitiva, discriminante para la infancia, al considerarla objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. Esta doctrina llevó a la judicialización de problemas sociales, dejando de lado las políticas públicas nacionales de protección integral a la infancia, sin diferenciar las responsabilidades estatales en materia social.

El cambio de paradigma en el tratamiento de la infancia como sujeta de derecho, se acelera con su reconocimiento en distintos instrumentos internacionales. Posterior a la DUDH de 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la *Declaración de Derechos del Niño* de 1959 con el fin de especificar los derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para niños y niñas.

Este documento consta de un preámbulo y diez principios que contienen derechos[8] como la libertad contra la discrimina-

[8] Los derechos reconocidos en la Declaración son: 1) derecho al disfrute

ción y el derecho a un nombre y a una nacionalidad, también consagra específicamente los derechos a la educación, la atención de la salud y a una protección especial. Posteriormente, en 1966 se aprueban el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos promueven la protección de los niños y niñas contra la explotación y el derecho a la educación. En 1973, la Organización Internacional del Trabajo aprueba el Convenio No. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, que establece los 18 años como la edad mínima para realizar todo trabajo que pueda ser peligroso para la salud, la seguridad o la moral de un individuo.

Para 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Convención de los Derechos del Niño* (CDN), instrumento vinculante que marca un hito en la especificación de los derechos humanos para el segmento de la población que tiene entre 0 y 18 años[9]. Al respecto, Miguel Cillero Bruñol (2011) hace referencia a las características más importantes del citado instrumento respecto de la construcción de las niñas y los niños como sujetos de derechos. La primera de ellas es la posibilidad que otorga para realizar una lectura de las necesidades en términos de derechos; esto es, promueve el cambio de la/el niño como receptor o beneficiario de la asistencia social a sujeto de derecho frente al Estado y la sociedad, una persona a la que se le reconoce el derecho a ser protegida integralmente en su desarrollo y frente al cual existen

de todos los derechos sin discriminación, 2) derecho a la protección especial, oportunidades y servicios y consideración del interés superior del niño, 3) derecho a un nombre y una nacionalidad, 4) derecho a la salud, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos, 5) derecho del niño física o mentalmente impedido a recibir atención especial, 6) derecho a la vinculación afectiva y a no separarse de sus padres, y derechos de los niños separados de su medio familiar, 7) derecho a la educación, al juego y recreaciones, 8) derecho a la prioridad en protección y socorro, 9) protección contra abandono, crueldad y explotación, 10) protección en contra de la discriminación y derecho a ser educado en la tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, así como al servicio de sus semejantes.

[9] Sentando, incluso, las bases para la distinción entre niños(as) y adolescentes en función del concepto de autonomía progresiva.

obligaciones muy concretas y específicas. La integralidad es el segundo rasgo de la Convención, pues abarca todas las dimensiones de la vida y desarrollo de las niñas y los niños; asimismo, reconoce que los derechos[10] son interdependientes, pugnando por la satisfacción conjunta de ellos para la consecución efectiva del desarrollo.

La tercer peculiaridad de la CDN es el reconocimiento que hace de la/el niño(a) como sujeto de derecho, en oposición a la idea del/la infante definido a partir de su incapacidad jurídica, como etapa de tránsito hacia la adultez o de la dependencia a sus padres; en este sentido, si bien, la Convención no otorga autonomía plena para el ejercicio de derechos, si dispone que el ejercicio de los mismos es progresivo en virtud de la "evolución de sus facultades", estipulando que a los padres les corresponde impartir "orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

Prosiguiendo con este recorrido histórico, tenemos que en 1990 se aprueba la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, junto a un plan de acción para ponerla en práctica en el decenio de 1990. En el año de 1999, la Organización Internacional del Trabajo aprueba el Convenio No. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Asimismo, en el año 2000 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño: uno sobre la participación de los niños en los conflictos armados y el otro sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

En 2002, la Asamblea General de las Naciones Unidas celebra la Sesión Especial en favor de la Infancia, una reunión en la

[10] Los derechos comprendidos en la CDN, según el Comité de los Derechos del Niño (1991), pueden clasificarse en los siguientes rubros: medidas generales; definición del niño; principios rectores; derechos y libertades civiles; entorno familiar y otro tipo de tutela; salud básica y bienestar; educación, esparcimiento y actividades culturales; medidas especiales de protección.

que se debaten por primera vez cuestiones específicas sobre la infancia. Cientos de niñas y niños participan como miembros de las delegaciones oficiales, y los dirigentes mundiales se comprometen en un pacto sobre los derechos de la infancia, denominado "Un mundo apropiado para los niños".

Finalmente, en 2007 tuvo lugar una reunión de seguimiento cinco años después de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en favor de la Infancia, misma que finaliza con una Declaración sobre la Infancia aprobada por más de 140 gobiernos. La Declaración reconoce los progresos alcanzados y los desafíos que permanecen, y reafirma su compromiso con el pacto en favor de un mundo apropiado para los niños, la Convención y sus Protocolos Facultativos.

En resumen, durante el proceso de aparición de los derechos humanos, la infancia fue concebida inicialmente dentro del contexto familiar, sin reconocimiento como personas individuales que requieren cuidados o protección especial, situación que cambio con la inclusión de la niñez como fuerza de trabajo durante la revolución industrial y su sobreexplotación; sumado a la opinión crítica que forjó ese fenómeno, pues como señala Bácares (2012) "la historia de los Derechos Humanos generales comenzó con los derechos de libertad ciudadanos, lo que marcó el inicio de los Derechos de los niños no fue ningún concepto de libertad sino la protección de los niños y niñas". Esta protección, enmarcada por problemas y necesidades sociales, derivó en que, a lo largo del siglo XX se afirmarán ciencias como la pedagogía y la psicología, y se impulsarán finalmente políticas específicas para la materialización de las niñas y los niños como sujetos de derechos.

3.1.2 El camino recorrido para el reconocimiento de las mujeres como sujetas de derechos

El reconocimiento de las mujeres y sus necesidades dentro de los marcos de referencia de los derechos humanos llevó años de lucha, promoción y defensa. Hoy los derechos de las mujeres y la igualdad de género están protegidos por varios tratados del siste-

ma universal de derechos humanos, reconociendo que los derechos de las mujeres son en verdad derechos humanos[11].

La crítica al androcentrismo de los derechos humanos ha dado lugar a una serie de corrientes doctrinarias[12] orientadas a cuestionar el concepto de derechos humanos tal como fue concebido y a evidenciar que éste es resultado del pensamiento masculino, que no humano. A este respecto, Alda Facio (1990) sostiene que el concepto de derechos humanos no nace de una necesidad "objetiva", sino que los derechos así concebidos responden a la interpretación y valoración de hechos concretos dados por hombres concretos en un determinado período histórico. Siendo así, como señala Julissa Mantilla (1996) no puede pretenderse que dicho concepto abarque las necesidades de las mujeres, las cuales no fueron tomadas en cuenta al momento de elaborar la noción en cuestión.

Hablar de los derechos humanos de las mujeres no supone agregar otros derechos a una larga lista, o separar los derechos como si se tratara de prerrogativas particulares; por el contrario, implica defender una concepción inclusiva de humanidad y

[11] Es hasta la declaración y el plan de acción de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993), donde se señala expresamente que "los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales"; y que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad (en la vida política, económica, social y cultural) y la erradicación de todas formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

[12] Otra de las corrientes doctrinarias más influyentes sobre el tema, es la de Charlotte Bunch (1991) quien propone contrarrestar el androcentrismo de los derechos humanos desde cuatro elementos: i) visibilizar las violaciones a los derechos civiles y políticos en contra de las mujeres; ii) mostrar la participación de la mujer en el desarrollo económico de los pueblos, lo que conlleva el reconocimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales; iii) creación de nuevos mecanismos legales para luchar contra la discriminación sexual, con la consecuente implicación de la responsabilidad de los Estados frente a las violaciones de los mismos; iv) la transformación del concepto de derechos humanos con el objetivo de que se tome más en cuenta la vida de las mujeres, sin esperar la aprobación de las autoridades para determinar lo que es o no un derecho humano.

comprender, asimilar y comprometerse en la protección de los derechos humanos desde un enfoque de género[13].

La inclusión de la perspectiva de género ha permitido el reconocimiento internacional acerca de las limitaciones que afectan el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos de las mujeres y les impide mejorar las condiciones en las que viven.

Es por ello que, dentro del sistema universal de derechos humanos, la discriminación y la violencia se identifican como los dos ejes temáticos principales para desarrollar una protección específica de los derechos de las mujeres (García, 2010).

Surgen así la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952), la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957) y la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima y el Registro de los Matrimonios (1962). Estas tres Convenciones, son importantes debido a que reconocen el derecho de las mujeres no solo a votar y ser votadas, sino a ocupar cargos públicos de representación; a garantizar la nacionalidad de las mujeres independientemente del matrimonio o disolución del mismo con extranjeros; así como a enfatizar los elementos de libertad y consentimiento en todas las decisiones relacionadas con el matrimonio.

Posteriormente, en 1967 se aprueba la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; cabe señalar que para esta fecha ya habían sido adoptados tanto el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966) como el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), instrumentos que si bien incorporaban los principios de igualdad y no discriminación, señalando entre las causas prohibidas de la discriminación el sexo, seguían sin atender la violencia y la discriminación que sufrían las mujeres por el hecho de serlo.

Como bien señala Regina Tamés (2010) el hito normativo para la defensa de los derechos de las mujeres se dio en 1979

[13] El enfoque o perspectiva de género es el marco de referencia teórico- metodológico, desde el cual se conoce e interpreta la realidad, a partir de la consideración de las causas, procesos y efectos de las diferencias de género en los procesos sociales, culturales y personales.

con la adopción de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés). La CEDAW representa el primer instrumento jurídicamente vinculante para los Estados miembros de las Naciones Unidas que reconoce que la cultura, las tradiciones, la religión, pueden tener importancia en el comportamiento de todas las personas y cumplen un papel significativo en la limitación del ejercicio de los derechos de las mujeres. Esta Convención identifica determinadas áreas en las que la discriminación contra la mujer es notoria: derechos políticos, matrimonio, familia, empleo, salud y educación.

Asimismo, fue pionera en el desarrollo de una doctrina jurídica que conjuntara la igualdad entre mujeres y hombres con la no discriminación hacia las primeras y el principio de responsabilidad estatal en términos de respeto, protección y garantía de los derechos que la Convención consagra. Otro aspecto relevante de CEDAW es el camino que traza para pasar de la igualdad de jure a la igualdad sustantiva, mediante el establecimiento de *medidas especiales de carácter temporal* que permitan nivelar las relaciones de desigualdad prevalecientes entre mujeres y hombres.

Conviene resaltar que, como el resto de tratados internacional de las Naciones Unidas, la Convención, en su artículo 17 establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), formado por 23 personas expertas independientes que monitorean la implementación de la Convención por parte de los Estados signatarios, esto se hace, básicamente, mediante el análisis de los informes que éstos someten.

De manera paralela al desarrollo normativo, se fueron celebrando conferencias mundiales que lograron colocar los derechos de las mujeres en el centro del debate internacional; si bien, las Declaraciones y Plataformas de Acción que resultan de estas conferencias internacionales no son vinculantes, sí tienen un carácter político, pues son compromisos que los Estados asumen a nivel internacional y deben rendir cuentas sobre su implementación. Las cuatro conferencias mundiales, organizadas por las Naciones Unidas, se celebraron en la Ciudad de México en 1975, en Copenhague en 1980, en Nairobi en 1985 y en Beijing en 1995. Esta última marcó un importante punto de concientización hacia

la igualdad de género, debido a que trasladó el centro de atención a las estructuras sociales que posibilitan la desigualdad y los desequilibrios de poder entre mujeres y hombres; la Plataforma de Acción que de ella emana (Plataforma de Acción de Beijing) constituye un programa en favor del empoderamiento de la mujer como una política mundial que resalta la necesidad de la igualdad de género, al establecer una serie de objetivos estratégicos y medidas para el progreso de las mujeres.

Adicionalmente a la normativa y las declaraciones y plataformas de acción emanadas de las Conferencias Mundiales, las Naciones Unidas han desarrollado otros mecanismos para lograr la igualdad entre mujeres y hombres. Como ejemplo de lo anterior se puede mencionar la creación de la Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer sus Causas y Consecuencias que vigila el tema a escala mundial (Ibíd.)

Este brevísimo recorrido por los avances en el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, como ente autónomo, dentro del sistema universal, pretende dejar claro que se trata de un proceso lento e inconcluso, pues como señala la jurista Alda Facio (1992) de lo que se trata es de hacer del derecho *"un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad"*.

4. Disposiciones legales vigentes sobre la protección de la maternidad en México

El papel de los Estados es fundamental para la eliminación de la discriminación y la consecución de la igualdad en todas las esferas, y la legislación puede contribuir a lograr este objetivo. Bajo este razonamiento, en nuestro país la protección de la maternidad ha tenido un desarrollo progresivo que ha reconocido una serie de derechos a las mujeres embarazadas, particularmente, en el ámbito laboral.

De esta manera, el marco jurídico mexicano contempla diversas disposiciones enfocadas al pleno ejercicio del derecho

a la maternidad, entre las que podemos destacar: el acceso a la atención médica y obstétrica; periodos de descanso anteriores y posteriores al parto; el fomento de la lactancia materna, a través del respeto del tiempo que la trabajadora tiene para lactar y la instalación de espacios (salas de lactancia) para llevar a cabo dicha acción; así como el servicio de guarderías institucionales.

Asimismo, conviene señalar la importancia de la reforma de 2012 y 2015 a la Ley General de Salud, en la cual se establece como obligación el que los servicios de salud brinden a las mujeres embarazadas atención cuando se presenta una emergencia obstétrica, sin importar su derechohabiencia o afiliación a cualquier esquema de aseguramiento; en el mismo tenor, destacan las adecuaciones administrativas, del 01 de julio de 2016, realizadas por el Instituto Mexicano del Seguro Social a fin de que las trabajadoras puedan decidir de manera libre el uso de sus doce semanas de descanso por maternidad, pudiendo trasladar hasta cuatro semanas del periodo prenatal al postparto, ampliando el periodo de convivencia entre la mujer y su hijo (a).

Por último, sobresalen, aun cuando son incipientes, los primeros pasos en el reconocimiento del derecho al cuidado, en un sentido amplio, no ligado a la reproducción biológica, ni a la lógica heteronormativa, con la reforma a la Ley Federal del Trabajo del año 2012 tras la cual se otorga un descanso de seis semanas con goce de sueldo en caso de adopción.

Cuadro Núm. 1. Normativa vigente sobre la protección de la maternidad en México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Nuestra Carta Magna, materializó las principales demandas sociales, económicas y políticas de la Revolución Mexicana. En su artículo 123, fracción V, se establecen una serie de derechos a las mujeres embarazadas en el trabajo, como la no realización de trabajos físicos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; el goce de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación

de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos. En 1960 se da una reforma de importancia relevante al artículo 123, al incorporar el apartado B, en el cual establece las bases en las que se regularan las relaciones laborales entre el Estado y sus trabajadores, y que en su fracción XI, inciso c, establece el derecho de disfrutar de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayuda para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles. Asimismo, es de destacar la reforma de 1974, tras la que se reforman diversos preceptos constitucionales, siendo sustantiva la reforma al Artículo 4, que reconoce la igualdad del varón y la mujer, la protección de la organización y desarrollo de la familia, el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Ley General de Salud (LGS). Como instrumento normativo reglamentario del derecho que tiene toda persona a la protección de la salud, garantiza lo establecido en el artículo cuarto constitucional. Desde su publicación, en 1984, la LGS considera la atención materno-infantil, como materia de salubridad general y como un servicio de salud; asimismo, contempla que en los servicios de salud se promoverá la organización institucional de comités de prevención de la mortalidad materna e infantil, y la obligación de las autoridades sanitarias, educativas y laborales, en sus respectivos ámbitos de competencia, apoyen y fomenten la vigilancia de actividades ocupacionales que puedan poner en peligro la salud física y mental de las mujeres embarazadas. Entre las múltiples reformas que se han publicado en esta ley, podemos enunciar:

- La publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 7 de junio de 2012, que establece una atención integral de la mujer durante el embarazo, el parto y le puerperio; se instituye el derecho que tienen toda mujer embarazada a poder acceder a los servicios de salud en los términos que la legislación señale; el fomento de la lactancia materna como alimento exclusivo durante los seis primeros meses de vida y la creación de redes de apoyo a la salud materno-infantil con la finalidad de facilitar el acceso de las mujeres embarazadas a la información relativa a la

prestación de servicios de atención médica.
- En 2015, se incorpora la obligación a los servicios de salud de proporcionar atención expedita a las mujeres embarazadas que presenten una emergencia obstétrica, independientemente de su derechohabiencia o afiliación a cualquier esquema de aseguramiento.

Ley Federal del Trabajo. Siendo la ley reglamentaria del artículo 123, apartado A de la CPEUM, en su Título Quinto regula el trabajo de las mujeres, detalla los derechos otorgados por la ley fundamental a las mujeres durante el embarazo, en la cual se detalla cada uno de los derechos otorgados por la Carta Magna; es de destacar que, en el año 2012, se reforman y adicionan diversas disposiciones del citado Título con la finalidad de: ampliar el descanso posterior al parto hasta por ocho semanas en el caso de que el(la) niño(a) haya nacido con alguna discapacidad; se establece el otorgamiento de un descanso de seis semanas con goce de sueldo en los casos de adopción; la posibilidad de reducir una hora la jornada laboral, en caso de que no existan las condiciones necesarias para realizar los dos reposos extraordinarios por concepto del período de lactancia.

Ley del Seguro Social. Considera al derecho a la maternidad dentro del seguro de enfermedades y maternidad del régimen obligatorio de la seguridad social; entre los avances que se han consolidado en esta norma podemos destacar la reforma de 2014, en el tema del fomento a la lactancia materna que posibilita el poder elegir entre los dos descansos extraordinarios de media hora cada uno o de un descanso extraordinario único de una hora para amamantar a sus hijos o para efectuar la extracción de leche, en un lugar higiénico y adecuado que proporcionará la Institución o Dependencia.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Regula a la atención médica curativa y de maternidad como parte del seguro obligatorio de salud; su contenido fue adecuado tras una reforma en 2014, tendiente a fortalecer e incentivar la lactancia materna como alimento exclusivo durante los primeros seis meses de vida del (la) niño(a).

5. Disposiciones legales vigentes sobre protección a la niñez en México

A raíz de la firma y ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, existió un impacto al interior del sistema jurídico mexicano, en lo concerniente al reconocimiento de los derechos de las niñas y los niños; destaca: la reafirmación de que las niñas y los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos al resto de las personas; la especificación de tales derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de la infancia; el establecimiento de derechos propios de la niñez; la regulación de los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de la niñez o de su colisión con los derechos de los adultos; la orientación de las políticas públicas en relación a la infancia; y las limitaciones en cuanto a las actuaciones de las autoridades.

Cuadro Núm. 2. Normativa vigente sobre la protección de la Niñez en México

La **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** en la reforma publicada en el DOF el 18 de marzo de 1980, se adiciona el párrafo tercero al artículo cuarto constitucional, mediante la cual se establece el deber que tienen los padres de garantizar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental; sin embargo, fue hasta la reforma publicada en el DOF el 07 de abril de 2000, en la cual se reconoce a las niñas y a los niños como titulares del derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, imponiéndoles a sus ascendientes, tutores y sus custodios el deber de preservar estos derechos. Posteriormente en la reforma publicada el 12 de octubre de 2011 en el DOF, se modifican los párrafos sexto y séptimo al artículo cuarto, en el cual se impone al Estado el deber de velar y cumplir el principio del interés superior de la niñez en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a las niñas y los niños; y otorgando a los ascendientes, tutores y custodios la obligación de exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

Resultado de la reforma constitucional del año 2000 se crea la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Ado-

lescentes, la cual sería abrogada en 2014 dando paso a la **Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**, en cuyo marco se concibe como niñas y niños a los menores de doce años, y como adolescentes a las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, ambos como titulares de derechos. En dicha normativa se impone la obligación a las autoridades a garantizar la protección de sus derechos considerando como principio rector el interés superior de la niñez.

La misma Ley establece un listado enunciativo, más no limitativo, de los derechos que son titulares las niñas, niños y adolescentes, del cual podemos resaltar el derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, que concede el derecho a niñas, niños y adolescentes a disfrutar del más alto nivel posible de salud. Por otra parte, contempla la creación del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA), como la instancia encargada de establecer instrumentos, políticas, procedimientos, servicios y acciones de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes (artículo 125). A la par de este Sistema Nacional, cada una de las Entidades Federativas tiene la obligación de crear un Sistema Local de Protección de niñas, niños y adolescentes (artículo 136). En cuanto a los Organismos de protección de los Derechos Humanos, les establece la obligación de contar con áreas especializadas para la protección efectiva, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos de niñas, niños y adolescentes (artículo 140).

La **Ley General de prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil**, promulgada en el DOF el 24 de octubre de 2011, es otro instrumento normativo enfocado a la protección de la niñez en nuestro sistema jurídico, siendo su principal objetivo el establecimiento de la concurrencia, entre la Federación, los Estados, los Municipios, la Ciudad de México y las alcaldías de sus demarcaciones territoriales, en materia de prestación de servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil, garantizando el acceso de niñas y niños a dichos servicios que promuevan el ejercicio pleno de sus derechos. Bajo esta lógica, es el Consejo Nacional de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, la instancia normativa, de consulta y coordinación, a través de la

cual se dará seguimiento continuo a las acciones que tengan por objeto promover mecanismos interinstitucionales, que permitan establecer políticas públicas y estrategias de atención en la materia (artículo 24).

6. El cuidado como un derecho.

Después de este recorrido conceptual e histórico sobre la manera en que, en el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se concibió el derecho a cuidados y asistencia especiales otorgados a la maternidad y la infancia, pasando por la construcción de las mujeres y la niñez como entes con autonomía y sujetos de derechos, esto último reflejado tanto en los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas como en la legislación mexicana, llegamos al punto de observar las tareas de cuidados como problema público y, en esta medida, campo de actuación de las políticas hacia las familias.

Al respecto, conviene mencionar que tradicionalmente el cuidado se ha concebido como actividad netamente femenina, ligada no en pocas ocasiones a estereotipos de género[14], no remunerada, y sin reconocimiento ni valoración social; estas labores señala Rosario Aguirre (2007) comprenden tanto el cuidado material como el inmaterial, esto es, supone un vínculo afectivo, emotivo y sentimental entre la persona que brinda el cuidado y la que lo recibe; bifurcándose, por una parte, en el cuidado proporcionado a niños, niñas, adolescentes y personas adultas mayores no enfermas y con autonomía; por otra, encontramos aquel denominado cuidado asistencial que se orienta a la atención de una enfermedad, de personas mayores y/o de personas con discapacidad en situación de dependencia.

Investigaciones realizadas en la Unión Europea y Latinoamericana se ha mostrado que el carácter doméstico de los cuidados ha sido la base para la exclusión de las mujeres de los derechos

[14] Como el "amor incondicional" de las mujeres, el llamado "instinto materno", y la actitud heroica de ellas.

ciudadanos, sobre todo a partir de la distinción de las esferas pública y privada de los Estados de Bienestar. En respuesta a ello se ha propugnado un concepto de ciudadanía social que reconozca la importancia de los cuidados, su aporte a la economía y las responsabilidades domésticas para la sociedad (Aguirre, 2007, Arraigada, 2008).

Lo anterior, debido a que cada vez más se reconoce que, si bien, las mujeres han ingresado masivamente al ámbito laboral remunerado, ello no ha implicado una redistribución de las tareas reproductivos y de cuidados por ellas solventadas. Esto es, aun cuando las mujeres se insertan en el ámbito del trabajo remunerado no por ello las tareas de reproducción y cuidado han dejado de ser su responsabilidad, ocasionando que un número importante de mujeres experimenten doble y triple jornada laboral.

Así, es hora de avanzar en el diseño e implementación de políticas públicas que saquen los trabajos de cuidados de lo oculto y de la informalidad; lo anterior requiere de un cambio de paradigma donde el bienestar de las familias (en plural) se conciba no como responsabilidad de las mujeres o del poder de compra en el mercado, sino como resultado de la articulación de los recursos económicos que sus integrantes obtienen del trabajo remunerado, de la red de prestaciones y servicios sociales proporcionados por el Estado, y de su articulación en el espacio doméstico a través de actividades no remuneradas de cuidado, crianza y domésticas.

Esto es, se vuelve urgente encarar la división del bienestar entre Estado, familia, mercado y comunidad, en donde la provisión de bienes y servicios necesarios para la reproducción cotidiana de las personas (los cuidados) se vuelve responsabilidad compartida entre distintos actores. A la par de lo anterior, se ha de intervenir sobre la división de tareas entre hombres y mujeres y entre generaciones, lo que supone cambios en los pactos sociales y en los contratos de género; de esta manera, se apuesta por la modificación de las masculinidades hegemónicas, de las estructuras sociales en que participan los hombres y que tienen un peso en la configuración de la masculinidad, se trata de promover modelos positivos de identidad y convivencia a través de

la intervención en áreas como son economía y trabajo, violencia, identidad, salud sexual y reproductiva, y, por supuesto, la paternidad, el cuidado y la crianza.

En resumen, la apuesta es por el desarrollo de políticas de cuidado desde una perspectiva de género; esto es, normas, procedimientos, programas y mecanismos públicos que operen sinérgicamente para la provisión de cuidados, para el desarrollo de esas actividades que procuran el bienestar cotidiano, tanto en lo relativo al reparto equitativo y corresponsable del trabajo entre las y los integrantes de la familia, como en lo que le concierne a las instituciones gubernamentales y al sector privado.

Sobre el punto, la Ciudad de México va por buen camino, puesto que su Constitución Política reconoce el cuidado como un derecho, orientado, de manera prioritaria, a las personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado. Este hecho no es menor, pues se avanza en una ruta que transita de la visión asistencialista a la complejidad del cuidado como principio inherente a la igualdad de oportunidades, de trato y de trayectoria para quienes deben ser cuidados(as) como para quienes deben o quieren cuidar (Pautassi, 2007).

Se trata, pues, de conocer las necesidades de las personas en la materia; de garantizar el derecho a la salud, educación, empleo, vivienda, seguridad social; de adecuar prestaciones sociales concretas bajo una mirada distinta, que ponga en el centro de la atención a las personas como sujetas de derechos y no a los servicios; de aumentar la cobertura, elevar la calidad y regular los servicios (públicos y privados) de cuidados que se prestan; y, por supuesto, de fortalecer y crear, ahí donde haga falta, una institucionalidad donde decante la puesta en marcha de estas acciones.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre, Rosario (2007). “Los cuidados familiares como problema público y objetos de políticas”, en Arriagada, Irma (coord.) *Familias y políticas públicas en América Latina: una*

historia de desencuentros, Santiago de Chile, CEPAL, pp. 187-198.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.
—— (1957) Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada.
—— (1959) Declaración de Derechos del Niño
—— (1962) Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima y el Registro de los Matrimonios.
—— (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
—— (1966) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
—— (1967) Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
—— (1979) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
—— (1989) Convención de los Derechos del Niño.
—— (1990) Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño.
—— (1993) Declaración y programa de acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

Arriagada, Irma (2008). "Transformaciones familiares y políticas de bienestar en América Latina", en *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*. Seminarios y conferencias, Santiago de Chile, CEPAL, pp. 125-149.

Baratta, Alessandro (1995). Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. La Niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. Editorial Hombres de Maíz. Colección Desarrollo Humano. San Salvador.

Bácares, Camilo (2012). Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño. Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe. Lima, Perú.

Beauvoir, Simone (1999). El segundo sexo. Buenos Aires, sudamericana.

Beloff, Mary; Clérico, Laura (2016). "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurispru-

dencia de la Corte Interamericana", en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm.1, julio, 2016, pp.139-177.

Bunch, Charlotte (1991). "Hacia una revisión de los Derechos Humanos", en *Manual de capacitación en derechos humanos de las mujeres jóvenes y la aplicación de la CEDAW*. Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, pp. 193-201.

Carbonell, Miguel (2008). "Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas", en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, pp. 43-71.

Cillero, Miguel (1997). "Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios", en Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, n. º 234, Montevideo.

Doyal, Len; Goung, Ian (1994). "Teoría de las necesidades humanas". Madrid, Fuhem/Icaria, traducción de J.A. Moyano y A. Colás, 1994.

Facio, Alda (1992). "Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal". ILANUD, Costa Rica.

Federici. Silvia (2013). *La revolución feminista inacabada. Mujeres, reproducción social y lucha por lo común*. Escuela Calpulli, México.

Foucault, Michel (1989). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Siglo XXI.

García, Soledad (2001). "La progresiva 'generización' de la protección internacional de los derechos humanos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2001.

González, Teresa (1998). "Los derechos humanos de las mujeres en el 50 aniversario de la declaración universal de los derechos humanos. Una asignatura pendiente", en *Revista de Estudios de Género*. La ventana, núm. 8, diciembre-, 1998, pp. 284-302.

Herencia, Salvador (2015). *La Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre: el Derecho de Protección de la Maternidad e Infancia*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Jurado, Romel (2013). "Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos", en *El Cotidiano*, núm. 180, julio-agosto, pp. 31-40.

Lamas, Marta (2001). *Política y reproducción. Aborto: la frontera del derecho a decidir*. Plaza y Janés, México.

Lousada, José (2015). *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*. Tirant lo Blanch, México.

Lozano, Estivalis (2001). *La construcción del imaginario de la maternidad en occidente. Manifestaciones del imaginario sobre la maternidad en los discursos sobre la Nuevas Tecnologías de la Reproducción*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. (España).

Mantilla, Julissa (1996). "Los derechos humanos de las mujeres: algunas reflexiones", en *Revista Agenda Internacional*, vol. 3, núm. 7; 1996, pp. 83-94.

Montaño, Sonia (2007). "El sueño de las mujeres: democracia en las familias", en Arriagada, Irma (coord.) *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*, Santiago de Chile, CEPAL, pp. 77-90

Nari, Marcela (1995) "La educación de la mujer (o acerca de cómo cocinar y cambiar los pañales a su bebé de manera científica)", en R*evista del Área Interdisciplinaria de Estudios de la Mujer* Nº 1. Agosto de 1995. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina, pp.31-45.

Oiberman, Alicia (2014). *Historia de las madres en occidente: repensar la maternidad*. La Plata: Editorial de la Universidad de La Plata.

Organización Internacional del Trabajo (2013). "Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo". Ginebra, Suiza. Disponible en: http://www.ilo.org/declaration.

Pautassi, Laura. (2007). "El cuidado como cuestión social desde el enfoque de derechos". En Revista de la CEPAL, Serie mujer y desarrollo N° 87. Santiago de Chile, CEPAL.

Sánchez, Mariela (2016). "Construcción social de la maternidad: el papel de las mujeres en la sociedad", en *Opción*, vol. 32, núm. 13, 2016, pp. 921-953.

Tamés, Regina (2010). "El reconocimiento de los derechos de las mujeres en las Naciones Unidas", en Cruz, Juan; Vázquez, Rodrigo (Coords.) *Derechos de las Mujeres en el Derecho Internacional*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Leyes consultadas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Publicada DOF 05/02/1917, Última Reforma DOF 15-09-2017)

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Publicada DOF 04/12/2014, Última Reforma DOF 20-06-2018)

Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil (Publicada DOF 24/10/2011, Última Reforma DOF 25-06-2018)

Ley General de Salud (Publicada DOF 07/02/1984, Última Reforma DOF 21-06-2018)

Ley Federal del Trabajo (Publicada DOF 01/04/1970, Última Reforma DOF 22-06-2018)

Ley del Seguro Social (Publicada DOF 21/12/1995, Última Reforma DOF 22-06-2018)

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, (Publicada DOF 31/03/2007, Última Reforma DOF 22-06-2018)

El derecho a la educación: a setenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos

*Julieta Morales Sánchez**

Sumario: I. El nacimiento de una nueva era: la internacionalización de los derechos humanos. II. El derecho a la educación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. III. Educación y reforma constitucional en materia de derechos humanos. V. El derecho humano a la educación a la luz de la reforma del 10 de junio de 2011. V. Actualidad del derecho humano a la educación en México. Fuentes consultadas.

I. El nacimiento de una nueva era: la internacionalización de los derechos humanos

El fin de la Segunda Guerra Mundial trajo, además de las atrocidades cometidas, el surgimiento de una revolución de signo opuesto que tuvo como una de sus principales expresiones el traslado de los valores fundamentales del ser humano al ámbito interna-

* Doctora en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Profesora por Oposición en la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigadora Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores CONACyT.

cional. En este sentido, se ha afirmado con innegable razón que "[...] el siglo XX ha sido palco de crueldades perpetradas contra la persona humana en escala sin precedentes, también es cierto que esto ha generado una reacción –igualmente sin precedentes- en contra de tales atrocidades y abusos, como manifestación del despertar de la conciencia jurídica universal para las necesidades apremiantes de protección del ser humano".[1]

Fue en este escenario social y político de donde surge la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[2] y, previamente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948.[3] Ambas fueron expresión internacionalmente unánime para desterrar y, al mismo tiempo, proteger a las sociedades de los horrores de la guerra.[4] Por ello, no es trivial que en el Preámbulo de la DUDH se exprese que "el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...". En este sentido, la DUDH o la Declaración Universal, claramente se proyecta como "una firme proclama en contra de la tiranía del poder, del abuso y de la guerra; un símbolo de resistencia en contra de todas aquellas acciones y omisiones que caracterizan esa otra realidad infame que amenaza con crudeza despojar de sentido las palabras, reduciendo a simples papeles los derechos de las personas y a meras promesas los más altos ideales de la humanidad".[5]

---

1 Cancado Trindade, Antonio A., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

2 Adoptada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General en su resolución 217 A (III).

3 Adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana el 2 de mayo de 1948 en Bogotá, Colombia.

4 Según algunas estimaciones, los múltiples conflictos armados ocurridos durante el siglo XX derivaron en la aniquilación de más de 86 millones de vidas humanas, "cien personas por hora, se calcula", Ver Glover, Jonathan, *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Madrid, Cátedra, 2001.

5 Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional* [Introducción], Colección del Sistema Universal de Protección de los derechos humanos, fascículo 2, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 20.

A partir de este momento histórico, comienzan a producirse transformaciones de diversa índole en el ámbito internacional, como fueron: la incorporación y creación de organismos encargados de vigilar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, así como de promover el respeto a los derechos humanos;[6] claramente también se produjo una tendencia expansiva del ordenamiento jurídico internacional.

Sin embargo, el hecho más trascendente se manifiesta con el advenimiento de la persona humana a un espacio que anteriormente estaba restringido de manera exclusiva a la interacción entre Estados. De tal suerte, la internacionalización de aquellos valores de la más alta jerarquía para la humanidad reconfigura la función del Derecho Internacional -la cual tradicionalmente tenía como fin regular las relaciones entre Estados-, y traza una nueva ruta para que, a través de normas de fuente convencional, se preserven los derechos. La persona emerge como sujeto o protagonista del Derecho Internacional.

De este modo, los derechos fundamentales dejan de ser materia exclusiva del dominio estatal y desde el exterior se refuerzan los ordenamientos y garantías de derechos de fuente doméstica.[7] Surge así una nueva rama del derecho: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El nuevo orden jurídico supranacional es herencia de aquella Declaración y tiene como nota distintiva relevante colocar al ser humano en el centro de atención de la comunidad política (en dos dimensiones: nacional y extraterritorial), asimismo, viene a plantear a los Estados nuevos deberes respecto de la persona. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y comporta un conjunto de "normas relativas a la protección de los individuos y los grupos contra las violaciones gubernamentales de sus dere-

[6] Debe recordarse que la Carta de las Naciones Unidas fue firmada el 26 de junio de 1945, cuyo preámbulo manifiesta que: "los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles [...]". Además de lo anterior, subrayar que la mencionada Carta constituye el documento funcional de la Organización de las Naciones Unidas.

[7] *Ídem*.

chos garantizados internacionalmente y también al fomento de estos derechos".[8]

Por otro lado, debe subrayarse que las normas internacionales que reconocen derechos humanos se encuentran revestidas de una naturaleza particular que las distingue de la forma genérica de los tratados internacionales. No obstante, cabe apuntar que al igual que cualquier tipo de tratado, la suscripción de uno relativo a derechos humanos implica un acto soberano por parte de los Estados, los cuales voluntariamente asumen una serie de obligaciones; sin embargo, la adopción de normas convencionales de derechos humanos implica la sujeción del Estado a un orden legal supranacional donde, por el bien común, se asumen diversas obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.[9]

Con relación a las particularidades que poseen los tratados de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH o Corte IDH) ha señalado lo siguiente:

> ... los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.[10]

---

8 Buergenthal, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales,* Gernika, Barcelona, 1996, p. 31.

9 *Vid.* Opinión Consultiva OC-02/82 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* del 24 de septiembre de 1982, párrs. 27-30; y, caso *Ivcher Bronstein*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrs. 42-45, en los cuales retoma las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Irlanda vs Reino Unido y Soering vs Reino Unido. Cfr.* Boletín de Jurisprudencia Constitucional, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 25 años de jurisprudencia, 1959-1983,* Madrid, Cortes Generales, 1985, pp. 370 y ss.

10 Opinión Consultiva OC-02/82 *El efecto..., op. cit.,* párr. 29.

De lo anterior es posible derivar que, en primera instancia, el vínculo jurídico y las obligaciones que surgen a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se ubican de modo exclusivo en el cuadrante de relaciones entre Estados, sino que dichos vínculos y obligaciones se actualizan frente a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción estatal. Empero, lo anterior no elimina la posibilidad de que surjan consecuencias de derecho de unos Estados frente a otros, y de manera más específica, frente a la comunidad internacional,[11] las cuales se desprenden de la infracción a los compromisos adquiridos en virtud de la adopción de un tratado de derechos humanos.

Desde otro ángulo, el fenómeno expansivo al que se hizo alusión trajo consigo otra importante consecuencia, la cual se tradujo en el perfilamiento de los derechos humanos como barreras que no pueden ser traspasadas incluso bajo la justificación del principio mayoritario característico de los sistemas democráticos. En este sentido, los "valores y principios que destacan la supremacía y dignidad del ser humano"[12] se encargan de delimitar "el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir, sirviendo por tanto frente a éstas como vetos o cartas de triunfo".[13]

Análogo planteamiento podemos encontrar en la jurisprudencia de la Corte IDH que en torno a los derechos fundamentales ha establecido que "constituye[n] un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo `susceptible de ser

[11] Los tratados internacionales de derechos humanos imponen a los Estados parte una serie de obligaciones positivas y negativas; éstas se refieren a que el Estado debe de abstenerse de realizar actividades que violenten derechos humanos, mientras que las obligaciones positivas implican las obligaciones de hacer de los Estados. Así, los Estados contraen la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de que son parte.

[12] García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011),* 4ª edición, México, Porrúa-UNAM, 2015, p. 41.

[13] Bayón, Juan Carlos, "Derechos, Democracia y Constitución", en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, UNAM, 2009, p. 211.

decidido´ por parte de las mayorías en instancias democráticas... ".[14] De ello se sigue que "la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales",[15] consideración que bien puede ser extendida a la idea de que la legitimación democrática de los poderes públicos encuentra su principal sustento en el respeto a las normas de derechos humanos y obligaciones que derivan de ellas. Estas ideas llevan a afirmar que existe una clara conectividad, no solo teórica sino también material y práctica, entre derechos humanos y democracia.

II. El derecho a la educación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el apartado anterior se destacó la importancia, así como el histórico proceso de transformación generado en virtud de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que ahora corresponde hacer breve referencia acerca de su contenido y, de manera específica, lo correspondiente al reconocimiento del derecho a la educación dentro del marco jurídico internacional.

A lo largo de 30 artículos y un preámbulo, la DUDH engloba de forma clara un conjunto de libertades fundamentales "con alcance y pretensión de universalidad"[16] que ha servido de inspiración para el desarrollo de un robusto andamiaje de tratados, pactos y convenciones de derechos humanos. Su amplitud se revela con la incorporación de derechos humanos que pertenecen tanto a la primera como segunda generaciones de derechos, es decir, civiles y políticos, al igual que económicos, sociales y culturales. Es en este segundo grupo donde se halla inserto el derecho humano a la educación.

---

14 Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

15 *Ídem*.

16 Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *La Declaración Universal..., op. cit.*, p. 18

Así, la educación fue consagrada en el artículo 26 de la DUDH como un derecho cuyo objeto radica en "el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales"; asimismo, permite observar que la educación constituye el medio para comunicar y generar la apropiación de ciertos valores dentro de la sociedad como son la "comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos".[17] Con respecto a las condiciones que favorecen el ejercicio de este derecho, el citado artículo señala que "la educación debe ser gratuita [y obligatoria], al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental". Igualmente, el citado artículo establece que, en el caso de los hijos, son los padres quienes tienen el "derecho preferente a escoger el tipo de educación" que habrán de recibir.

Mención especial merece lo establecido en el artículo 29 del citado instrumento y cuyo contenido es transversal a todo el conjunto de libertades reconocidas en la Declaración. De tal suerte, se dispone que "toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad", los cuales se confirman con la previsión que estipula que "el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás [...]".[18]

Ahora, por lo que hace a los instrumentos internacionales con carácter vinculante para los Estados Partes,[19] el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PI-

[17] Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 26.2.

[18] *Ibídem*, artículo 29.2.

[19] Al lado de instrumentos obligatorios también a nivel internacional coexisten algunos otros instrumentos con carácter orientador (*soft law*) que contemplan el referido derecho y prevén análogas finalidades. En tal sentido, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos; la Declaración y Plan de Acción de Viena, así como el Plan de Acción para el Decenio de las Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos.

DESC) traza el objeto del derecho a la educación con un alcance más amplio que el previsto en la Declaración Universal; de este modo, además de servir al propósito de desarrollar plenamente la personalidad humana, la educación debe "capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos [...]".[20]

Por otro lado, como una manera de reforzar y extender el goce del derecho humano a la educación, el PIDESC establece obligaciones específicas que deben guiar a los Estados en la tarea de brindar a las personas sujetas a su jurisdicción las más amplias posibilidades de ejercicio. Por ende, se estipula que la educación secundaria y sus diferentes modalidades (técnica y profesional), al igual que la enseñanza superior, deben ser generalizadas y accesibles a todos, "por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita".[21]

Con respecto a la materialización del derecho en comento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha destacado su carácter interdependiente señalando que "la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos".[22] De modo complementario, el citado Comité ha señalado que el derecho a la educación se encuentra inscrito en el ámbito de la autonomía de la persona y constituye un valioso instrumento "que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades... [a su vez] desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer...".[23]

---

20 Asamblea General de Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* [Resolución 2200 A (XXI)], artículo 13.1

21 *Ibídem*, artículo 13.2, incisos b) y c).

22 Comité DESC, *Observación general número 13 sobre "El derecho a la educación"* [E/C.12/1999/10]], 1999.

23 *Ídem*, párr. 1

Aunque la realización del derecho a la educación, así como los derechos económicos, sociales y culturales puede ser paulatina debido a la limitación de los recursos, la obligación de adoptar medidas es de efecto inmediato. El Comité DESC ha considerado que las medidas deben adoptarse dentro de un plazo razonable y mediante los medios que resulten apropiados, en particular, la adopción de medidas legislativas.[24] El cumplimiento gradual de la obligación implica que el Estado tiene la tarea permanente y concreta de proceder de manera expedita y eficaz hasta lograr que todos sus habitantes ejerzan plenamente el derecho a la educación.[25]

Por lo que hace al ordenamiento jurídico interamericano, el multicitado derecho encuentra materialización normativa a través del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). El artículo 13 prevé los fines de la educación en términos semejantes a los establecidos por el PIDESC, sin embargo, el Protocolo de San Salvador incorpora algunos otros elementos como son el respeto al pluralismo ideológico, la justicia y la paz.

Asimismo, el referido tratado determina que en caso de que el derecho a la educación fuese violado por "una acción imputable directamente a un Estado parte..., tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando procesa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales..."[26] previsto en el marco normativo interamericano.

La siguiente tabla permitirá una más clara contrastación acerca los fines que los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos han fijado en torno al derecho en comento:

---

24 *Cfr.* Comité DESC, *Observación general número 2 sobre "Medidas internacionales de asistencia técnica"*, 1990.

25 *Cfr. Ídem*.

26 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", artículo 19 Medios de protección, inciso 6.

Sistema Universal	Sistema Interamericano o regional
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	**Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Salvador).**
Artículo 13 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.	**Artículo 13** Derecho a la Educación 1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

III. Educación y reforma constitucional en materia de derechos humanos

Sin el afán de desarrollar una exposición exhaustiva acerca de la transfiguración normativa del artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,[27] es importante subra-

[27] El citado precepto constitucional acumula a la fecha un total de 10 modificaciones legislativas, mismas que pueden ser consultadas en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm.

yar que, en nuestro país, la materia educativa ha estado presente en el máximo ordenamiento jurídico nacional desde el texto fundamental de 1857;[28] no obstante, debe recordarse que fue la Constitución de 1917 el documento jurídico político que incluyó diversos contenidos de naturaleza social y con ello se inaugura una tendencia que continuaría difundiéndose a través de las cartas fundamentales de distintos países.[29]

Sin embargo, en el Pacto Federal de 1917 la educación no fue constitucionalizada bajo la forma de derecho fundamental, sino que el constituyente originario se refirió a ella como un servicio de tipo concurrente a cargo del Estado y los particulares, es decir, se dejó previsto en el artículo 3o. constitucional que "la enseñanza es libre; pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria, elemental u superior que se imparta en los establecimientos particulares".[30]

---

[28] El artículo 3o. de la Constitución Federal prescribía lo siguiente: "La enseñanza es libre. La ley determinará qué profesiones necesitan título para su ejercicio, y con qué requisitos se deben expedir", Vid. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, Título I., Sección I. De los derechos del hombre, artículo 3o., febrero de 1857, disponible para consulta en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf

[29] Juristas como Emilio O. Rabasa señalan que el contenido social de la norma fundamental de 1917 se proyecta en los artículos 3o., 5o., 24, 27, 28, 123 y 130. Ver Rabasa, Emilio O., *La evolución constitucional de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 341.

[30] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Título Primero, Capítulo I. De las garantías individuales, artículo 3o., *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, disponible para consulta en: *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf*. Al respecto, vale la pena mencionar que el contenido de la disposición en comento visibiliza la principal preocupación de los redactores del texto constitucional, la cual consistió en suprimir la injerencia de la Iglesia en las cuestiones educativas, pero sin debilitar la ideología liberal recogida por la constitución del 57. Al final lo que se buscaba era equilibrar las posturas liberales y moderadas frente aquellas de corte conservador y con ello evitar, por un lado, que los no creyentes fuesen educados bajo doctrinas religiosas y, por otra parte, no obligar a los practicantes de algún credo el abandono de su fe, Cfr. Rabasa, Emilio O., *La evolución..., op. cit.*, p. 344.

Resultan evidentes el papel y relevancia que posee el artículo 3o. constitucional para la vida social, política y jurídica de nuestro país.[31] Respecto de la disposición referida se ha señalado que "constituye el mandamiento constitucional con mayor contenido ético; prevé el horizonte entero de la nación y del individuo, y consecuentemente de los quehaceres del Estado; fija el `modelo de sociedad y de persona´, como no lo hace ningún otro precepto"[32] de nuestra norma fundamental.

Por otro lado, en el contexto de la reforma publicada el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, se modificaron 11 preceptos de la Constitución Federal, entre ellos, el artículo 3o. que reconoce el derecho humano a la educación y se encarga de regular lo atinente a la materia educativa. Dicha reforma tuvo como propósito fundamental reforzar el sistema de reconocimiento y protección de derechos humanos en México; asimismo, produjo cambios trascendentales para el sistema jurídico mexicano cuyos efectos inciden de manera directa en la forma de interpretar y aplicar los derechos humanos. En razón de esto, la mencionada reforma ha sido reconocida como una transformación jurídica con carácter paradigmático.

En este orden de ideas, la aludida reforma incorporó al conjunto de fines de la educación estipulados en el artículo 3o. constitucional el "respeto de los derechos humanos". De tal suerte, el párrafo segundo de la norma citada establece que "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".[33]

---

31 El referido precepto fue "uno de los más debatidos en el Constituyente y el único que motivó la presencia del primer jefe, Carranza, durante los debates", Vid. Rabasa, Emilio O., *La evolución..., op. cit.*, p. 342

32 García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional..., op. cit.*, p. 117.

33 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Título Primero, Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías, artículo 3o., segundo párrafo, *Diario Oficial de la Federación*, párrafo reformado el 10 de junio de 2011.

Los antecedentes del contenido del precepto adoptado se localizan en una iniciativa presentada por el Ejecutivo en el año 2004. En su momento la propuesta pretendió incluir, además del tema correspondiente al fomento del respeto a los derechos humanos, la cuestión relativa a la perspectiva de género, sin embargo, la iniciativa fue desestimada en los subsecuentes dictámenes de los órganos federales de producción normativa.[34]

La siguiente tabla permite hacer una comparación entre la norma constitucional referida antes y después de la reforma en materia de derechos humanos:

Artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	
Texto anterior a la reforma	**Texto reformado en 2011**
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 y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.	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.

En este tenor, la incorporación de esta nueva finalidad (respeto a los derechos humanos) tiene importantes y distintas connotaciones; la primera, porque el citado precepto se alinea a la práctica de promoción y protección de las libertades fundamentales que, en el ámbito internacional, se engloba bajo el título de "cultura de los derechos humanos"; en segundo término, "hemos caído en la cuenta, como Nación, de que el respeto a los derechos humanos solo es posible si la educación... lo asume como uno de sus objetivos torales".[35]

[34] Cfr. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional..., op. cit.*, p. 119.

[35] Rodríguez Moreno, Alonso, "Educación, derechos humanos y democracia. Reflexiones sobre la reforma educativa en México", *Derechos Humanos México*, México, nueva época, año 8, núm. 22, enero-abril de 2013, pp. 69-97.

Análogas consideraciones fueron expuestas a lo largo del proceso de reforma constitucional por parte de la Cámara de Senadores, de tal modo, en uno de los dictámenes se mencionó que "el reto de promover los derechos humanos trasciende al ámbito jurídico y debe atenderse desde el campo de la educación para verdaderamente influir en la cultura y en la sociedad mexicana".[36] En consecuencia, no resulta extraño que la promoción de los bienes jurídicos fundamentales de la persona "se localice en la norma que exalta de una vez al ser humano, a la sociedad nacional, a la humanidad en pleno".[37]

IV. El derecho humano a la educación a la luz de la reforma del 10 de junio de 2011

Como es bien sabido, uno de los efectos que trajo consigo la reforma en materia de derechos humanos fue la expansión del catálogo de derechos reconocidos en favor de todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado mexicano. En virtud de ella se instituyó un vigoroso conjunto de derechos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales ratificados por México, el cual ha sido denominado por la teoría constitucional como "bloque de constitucionalidad". La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su parte, identifica a este mismo bloque de derechos bajo la nomenclatura de Parámetro de Control de Regularidad Constitucional y comporta el criterio "conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano".[38]

Ahora bien, pensar que la reforma significó únicamente el aumento cuantitativo de libertades fundamentales equivale a reducir su vocación protectora. Además de ese importante crecimiento numérico, los derechos ya reconocidos en sede interna reciben un marcado reforzamiento de carácter material o sustan-

[36] García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional..., op. cit.*, p. 119.

[37] *Ibídem*, p. 117.

[38] Tesis: P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202

cial proveniente del orden jurídico internacional, es decir, los derechos humanos y garantías consagrados en el espacio doméstico se fortalecen desde el exterior en virtud de una amplia arquitectura institucional y normativa, así como del vasto desarrollo jurisprudencial que se ha ido consolidando a partir de la segunda mitad del siglo XX y que, como fue apuntado en párrafos *supra*, se desprende de la rama del derecho conocida como Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta circunstancia no solo redunda en una mejor protección hacia la persona y sus derechos, sino que facilita al operador jurídico la labor interpretativa y la aplicación del material normativo.

Habida cuenta de lo anterior, el derecho humano a la educación consagrado en el artículo 3o. debe ser visto -y complementado- bajo el enfoque de otros tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de San Salvador, así como de las opiniones e interpretaciones derivadas de los órganos internacionales que tienen el mandato de promover y vigilar la observancia e implementación de dichos instrumentos (Comité DESC, relatorías especiales sobre el derecho a la educación, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, etcétera).

Así, además de los fines contemplados en el segundo párrafo de la norma constitucional aludida, y de las notas diferenciales previstas a lo largo de la fracción II (educación de calidad, laica, democrática y nacional), deben sumarse algunos otros requisitos que es necesario extraer del marco jurídico internacional. En tal sentido, el Comité DESC dispuso a través de la Observación General número 13 que, sin importar el nivel educativo de que se trate, la educación debe cumplir con 4 características fundamentales, a saber: a) disponibilidad; b) accesibilidad, de la cual se desprenden otras subcategorías -1. No discriminación, 2. accesibilidad material y 3. Accesibilidad económica-; c) aceptabilidad y d) adaptabilidad.[39]

La primera de ellas –disponibilidad- tiene que ver no solo con la existencia de instituciones y programas de enseñanza en

[39] Comité DESC, *Observación general número 13 sobre "El derecho a la educación" ..., op. cit.*, párr. 6.

número suficientes, sino con ciertos factores e infraestructura que permitan su funcionalidad y operatividad en términos adecuados. De tal modo, el referido órgano internacional precisó que las instituciones y los programas educativos requieren "edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza... bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información",[40] entre otros tantos.

La accesibilidad debe estar presente en todos los niveles de educación y atañe a la posibilidad de que los servicios educativos lleguen a todas las personas sin discriminación. Este rasgo, proyectado hacia las dimensiones material y económica, implica que la educación sea razonablemente accesible "por su localización geográfica... o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia)";[41] y, en lo que concierne al segundo aspecto, comporta que la educación se encuentre al alcance de todos, no obstante, existan variables de acceso respecto de cada nivel educativo (p. e. mientras que la enseñanza básica debe ser proporcionada por el Estado Parte de manera gratuita, para la educación superior se establece que los sujetos obligados deben implementar su gratuidad de forma gradual).[42]

Por lo que respecta a la aceptabilidad, el Comité DESC ha interpretado que tanto los programas de estudio, como los métodos pedagógicos, deben ser "pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad"[43] para los estudiantes. Y, en cuanto a las implicaciones de la adaptabilidad, el citado órgano considera que la educación tiene que ser lo suficientemente flexible para adaptarse y ajustarse a "las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados".[44]

40 *Ibídem*, párr. 6, inciso a).

41 *Ibídem*, párr. 6, inciso b)

42 *Cfr. Ídem.*

43 *Ibídem*, párr. 6, inciso c)

44 *Ibídem*, párr. 6, inciso d)

Con relación al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto del derecho a la educación conforme a lo preceptuado por el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador) en el Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador.

En esa oportunidad la CoIDH colocó el acento sobre la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos expresando que "la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos".[45] Asimismo, la Corte recogió en dicha sentencia los parámetros establecidos por los órganos creados en virtud de tratados, concretamente los estándares fijados por el Comité DESC concernientes a las características esenciales que debe cumplir la educación (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad).[46]

Por otra parte, el Tribunal Interamericano ha colocado su atención sobre las niñas, niños y adolescentes que se encuentran privados de la libertad y las obligaciones estatales que se desprenden del ejercicio de los derechos humanos de este grupo en situación de vulnerabilidad.

Ya en su oportunidad la Corte ha referido que los niños y niñas, en virtud de su especial condición, frecuentemente carecen de los medios necesarios para defender eficazmente sus derechos,[47] por ende, los bienes jurídicos de éstos requieren de una protección reforzada por parte de los poderes públicos, circunstancia que se reafirma en contextos de reclusión. En tal virtud, la Corte IDH ha establecido que "un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su

45 Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 234

46 *Cfr. Ibídem*, párr. 235

47 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 258

custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida".[48]

Asimismo, la Convención Americana impone obligaciones adicionales a los Estados Partes como "la especial supervisión periódica en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación",[49] las cuales cobran marcada necesidad y relevancia en función de que "los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida".[50] Por tal razón, el citado órgano jurisdiccional interamericano ha establecido que "la educación y el cuidado de la salud de los niños... constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna".[51]

Existen situaciones en donde a la insatisfacción del derecho humano a la educación se suman algunos otros factores o ejes de desigualdad y discriminación como es el caso de niñas y niños que provienen de sectores marginados de la sociedad; cuando los Estados incumplen con su obligación de garantizar el libre y pleno disfrute de este derecho a menores privados de la libertad se derivan consecuencias aún de mayor gravedad puesto que se "les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad".[52]

---

48 Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 161.

49 Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 172.

50 *Ídem*.

51 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 258.

52 Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr., 174.

V. Actualidad del derecho humano a la educación en México

El contexto en el que se ubica la educación se encuentra caracterizado por una fuerte asimetría que impacta de modo directo en el acceso efectivo de oportunidades y acaba por traducirse en distintos grados de desarrollo económico, social y cultural del país. A nivel nacional Oaxaca y Chiapas son las entidades federativas con los niveles más bajos de alfabetismo (84.2 de la población de 15 años y más), lo cual contrasta con las cifras de los tres estados que poseen los porcentajes más altos de alfabetización: Nuevo León (97.4), Baca California (97.6) y Ciudad de México (97.7).[53]

Igualmente, la brecha educativa se refleja en los años de escolaridad de las personas que habitan las distintas regiones del territorio mexicano; mientras que la población de 15 años y más de la Ciudad de México logra completar un promedio de 11.1 años de estudios, las personas en Oaxaca y Chiapas tan solo alcanzan 7.5 y 7.3 años, respectivamente.[54] A estos hechos se entrecruzan carencias de tipo social que conducen de manera frecuente al rezago educativo y a la deserción de los alumnos.

En un entorno como el descrito en las líneas anteriores, y el cual ha registrado muy pocos avances, debemos traer a cuenta que el artículo 3o. de la Constitución Federal tuvo otra importante reforma en el año 2013.[55] La reforma en materia educativa fijó las bases del Sistema Nacional de Evaluación Educativa y del Servicio Profesional Docente, y vino acompañada de diversas directrices que dotaron con un nuevo perfil a la función educativa. En este orden, se estableció la obligación estatal de garantizar "la calidad en la educación obligatoria",[56] para ello se dispuso

---

53 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Intercensal 2015*, disponible para consulta en: http://www.beta.inegi.org.mx/temas/educacion/

54 *Ídem*.

55 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 2013.

56 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Título I, Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías, artículo 3o., párrafo tercero, *Diario Oficial de la Federación*, reformado el 26 de febrero de 2013.

en el mismo precepto una serie de medios (materiales, métodos educativos, organización escolar, infraestructura educativa, docentes idóneos y directivos) con el fin de garantizar el "máximo logro de aprendizaje de los educandos".[57]

Aún después de los cambios normativos que atañen a la norma constitucional en comento, se han expresado opiniones que declaran que "ante la sociedad global del conocimiento, el sistema educativo nacional sigue perdido en su laberinto. No hay calidad en la educación".[58] Si bien durante el ciclo escolar 2015-2016 se tuvo una eficiencia terminal equivalente al 98.8%,[59] lo cierto es que el binomio calidad educativa-conocimientos de los estudiantes es el que acusa las más importantes falencias. En este sentido, los resultados de México en la evaluación PISA 2015[60] revelaron que los conocimientos de los estudiantes de 15 años en 3 ejes temáticos (ciencias, lectura y matemáticas) se encuentran muy por debajo de la media mundial.[61]

---

57 *Ídem*.

58 Robles, Mara, "Educación. El desafío de la Calidad", en Aguilar Camín, Héctor (coord.), *¿Y ahora qué? México ante el 2018*, México, Debate, 2017, p. 331.

59 Secretaría de Educación Pública, *Sistema Nacional de Información Estadística Educativa*, 2016, disponible para consulta en: https://planeacion.sep.gob.mx/estadisticaeindicadores.aspx

60 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es la encargada de coordinar el estudio comparativo trienal de nominado Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos (PISA), el cual se aplica a los alumnos de 15 años en todo el mundo. El estudio PISA se ocupa de evaluar "hasta qué punto los estudiantes de 15 años, que están a punto de concluir su educación obligatoria, han adquirido los conocimientos y habilidades fundamentales para una participación plena en las sociedades modernas. La evaluación se centra en las materias escolares básicas de ciencia, lectura y matemáticas", Ver. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *PISA 2015. Resultados clave*, 2015, disponible para consulta en: https://www.oecd.org/pisa/pisa-2015-results-in-focus-ESP.pdf

61 En `Ciencias´ México obtuvo un puntaje de 416 del promedio fijado por la OCDE (493); el rendimiento de los alumnos evaluados en `Lectura´ tampoco fue favorable ya que alcanzaron 423 puntos en relación con la media de 493. Por último, en el área de `Matemáticas´, México calificó con 408 de 490 puntos. Ver, *Ídem*.

De cara a este escenario es importante señalar que, en el marco de las reformas constitucionales de 2011 y 2013, el Estado se encuentra obligado a garantizar educación de calidad a los estudiantes, la cual debe ser entendida como aquella que permite adquirir "aprendizajes significativos para la vida actual y futura de los educandos y de la sociedad en que se desenvuelven, y también como factor de equidad [...]".[62] A su vez, deben instrumentarse todos los medios que hagan posible que la educación sirva -además de desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano- a la consecución de fomentar el respeto a los derechos humanos de todos.

Educar en clave de derechos humanos implica, por un lado, no solo el aprendizaje de las disposiciones legales que contienen los respectivos derechos, sino el desarrollo de capacidades que permitan a la persona vivir en convivencia; de ahí la idea que considera a la educación como el medio que permite "ver en los demás a alguien como nosotros mismos, sin importar que tengan otro color de piel, que profesen otra religión, que hablen otro idioma o que se vistan de otra forma. La ignorancia ha producido las más severas discriminaciones del siglo XX".[63] Por otro lado, la educación en derechos humanos constituye una valiosa herramienta que posibilita a las personas la reivindicación de sus libertades fundamentales ante los poderes públicos. Educar es empoderar a la población.

Por lo anterior, es indispensable entender que las escuelas deben constituirse como los espacios más adecuados para formar a las futuras generaciones de estudiantes, un número relevante de éstos egresarán de los centros de aprendizaje como profesionistas y formarán parte de la administración pública en sus distintos niveles, o se integrarán al sector privado o dentro de la sociedad civil, ahí la necesidad de que la formación educativa en materia de derechos humanos sea una tarea indispensable, ya que con ello se podrán generar importantes avances en el campo de la prevención a violaciones de derechos humanos.

---

62 Robles, Mara, "Educación. El desafío de la Calidad" ..., op. cit., p. 331.

63 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 339.

Fuentes consultadas

Bayón, Juan Carlos, "Derechos, Democracia y Constitución", en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, UNAM, 2009.

Buergenthal, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales,* Gernika, Barcelona, 1996.

Cancado Trindade, Antonio A., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 339.

Comité DESC, *Observación general número 2 sobre "Medidas internacionales de asistencia técnica"*, 1990.

Comité DESC, *Observación general número 13 sobre "El derecho a la educación"* [E/C.12/1999/10]], 1999.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 258.

Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

Corte IDEH, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 161.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-02/82 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* del 24 de septiembre de 1982

Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional* [Introducción], Colección del Sistema Universal de Protección de los dere-

chos humanos, fascículo 2, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011),* 4ª edición, México, Porrúa-UNAM, 2015

Glover, Jonathan, *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Madrid, Cátedra, 2001.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Intercensal 2015*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *PISA 2015. Resultados clave*, 2015.

Rabasa, Emilio O., *La evolución constitucional de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

Robles, Mara, "Educación. El desafío de la Calidad", en Aguilar Camín, Héctor (coord.), *¿Y ahora qué? México ante el 2018*, México, Debate, 2017.

Rodríguez Moreno, Alonso, "Educación, derechos humanos y democracia. Reflexiones sobre la reforma educativa en México", *Derechos Humanos México*, México, nueva época, año 8, núm. 22, enero-abril de 2013.

Secretaría de Educación Pública, *Sistema Nacional de Información Estadística Educativa*, 2016.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014.

Normas Nacionales e Instrumentos Internacionales:

Constitución Política de los Estados Unidos Méxicanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*

Abigayl Islas López

SUMARIO: Titulares de derechos. Cuidados y asistencia especiales. Cuidados y asistencia especiales en la infancia, especialmente para la primera infancia. Cuidados y atención especiales para la maternidad y la infancia. Licencias de maternidad, paternidad y parentales en relación con derechos de la infancia. Medidas para facilitar y promover la lactancia materna. Conclusiones

Antes de entrar al estudio concreto del artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Declaración), quisiera destacar algunos aspectos sobre los debates que se llevaron a cabo durante la creación de este importante instrumento. Y es que, además de discutir sobre qué tipo de derechos se incluirían en la Declaración, también fue debatida su naturaleza jurídica y si debía contar o no con un mecanismo de supervisión. La conclusión la conocemos todas y todos, y no podemos juzgarla por la coyuntura en la que fue adoptada; por el contrario, la historia terminó por dar la razón a quienes aspiraron a redactar un ins-

* Agradezco el apoyo de Issa Hernández por su colaboración para la elaboración del presente trabajo.

trumento que "anunciaría las metas a las que todas las naciones se comprometerían".[1]

Así, la Declaración fue fuente de inspiración para otros instrumentos internacionales con fuerza vinculante y que cuentan hoy con mecanismos de supervisión. En particular, en relación con el artículo 25.2 de la Declaración podemos mencionar al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales[2] (adoptado 18 años después que la Declaración), a la Convención sobre los Derechos del Niño[3] (adoptada 41 años después que la Declaración) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer[4] (adoptada 31 años después que la Declaración).

Una de las características más destacadas de la Declaración es que se trata de un documento aspiracional; la consolidación de diferentes concepciones filosóficas, religiosas, morales, culturales e incluso jurídicas de todas partes del mundo y que como tal, no arrastra con los cercos que, en aras de lograr una fuerza vinculante, se han impuesto a otros instrumentos internacionales. De esta suerte, creemos que los principios establecidos en la Declaración Universal son de mayor alcance que los contenidos de los tratados internacionales.

Titulares de derechos

Ahora bien, lo primero que debemos saber para entender el artículo 25.2 es quién o quiénes son titulares de este derecho, para lo cual tenemos que responder a la pregunta sobre qué quisieron decir los primeros redactores de la Declaración con *maternidad* e *infancia*. Para ello, se deben aclarar ciertas cuestiones.

---

1 Glendon, Mary Ann, "Un mundo Nuevo Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos", trad. Pallares Pedro, Fondo de Cultura Económica, 2011, pág. 143.

2 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

3 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989

4 Adoptada el 18 de diciembre de 1979

En primer lugar, la referencia a la *maternidad* puede ser debatible, ya que se puede entender de diversas formas: como una función individual exclusiva de las mujeres, como función familiar, o incluso como función social[5]. En segundo lugar, los actuales debates sobre interrupción del embarazo nos obligan a preguntarnos cuál es el momento en el que inicia la maternidad, ¿se es madre desde el embarazo o a partir del nacimiento de un hijo o hija? Tercero, aunque podría ser discutible el momento en el que se inicia, no se discute que una vez que una mujer es madre, lo será por el resto de su vida; entonces, ¿la protección del artículo abarca todo este periodo? Y, finalmente, los actuales debates sobre los derechos de mujeres trans nos obligan a dar una mirada más amplia al concepto.

Para efectos del presente trabajo resulta importante delimitar el periodo de *maternidad* sujeto de protección. Una referencia útil para este propósito puede ser el artículo 10 del PIDESC, que establece que "se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto." Hasta ahora no existe interpretación sobre lo que significa "tiempo razonable" en relación con este artículo, pero podemos citar muchas referencias que dan cuenta de lo crucial que resultan para niños y niñas los cuidados de la mujer desde el inicio de su embarazo y de los cuidados filiales (incluidos los maternales) durante la primera infancia. La Convención sobre los Derechos del Niño es basta en ese sentido.

Otra referencia útil la encontramos en la recomendación que el Comité sobre los Derechos del Niño dirige a los Estados Partes en su Observación General 7, en el sentido de "adoptar todas las medidas posibles para mejorar la atención perinatal para madres y lactantes".[6]

---

[5] El artículo 5.b de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece que: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para... b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como *función social*"

[6] ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr 10

De estos dos antecedentes y por la relación que el artículo 25.2 hace sobre maternidad e infancia, podemos inferir que la maternidad se refiere a las etapas de vida reproductiva de la mujer, que va desde el embarazo, parto, postparto y crianza (que incluye lactancia y cuidado de hijos e hijas).[7]

Por lo que toca al concepto de infancia, el Comité de los Derechos del Niño (Comité DH) señala que "es un período de crecimiento constante que va del parto y la lactancia a la edad preescolar y la adolescencia"[8], aunque en el preámbulo de la CDN se prevé la protección y cuidado especiales desde antes del nacimiento[9], los cuales sólo se pueden entender mediante la protección de la mujer embarazada. El artículo 1º de la Convención entiende la *niñez* desde el nacimiento hasta los 18 años.

Con base en lo anterior, podemos incluir en la titularidad del derecho a *cuidados y asistencia especiales* por un lado a niños, niñas y adolescentes (NNA)[10]; y por el otro, aunque podría ser de-

7 Para GIRE, "Las etapas reproductivas de las personas incluyen el embarazo (en este caso quien lo tiene es una mujer con la excepción de los hombres trans, pero en muchos casos, comparte la expectativa del nacimiento con su pareja del sexo que sea, o con los padres de intención en el caso de una gestación subrogada); el parto (en este caso también es una mujer quien lo tiene pero muchas veces su pareja se encuentra presente e involucrada en el proceso); la crianza, incluyendo la lactancia materna, durante períodos que pueden ir de unas semanas a años; y el cuidado de las y los hijos, que inicia con necesidades de cuidados intensivos que se van reduciendo a medida que pasan los años pero que no terminan sino hasta que las y los hijos llegan a la adultez y obtienen independencia y autonomía completas. Durante gran parte de estas etapas, tanto las mujeres (embarazadas o en etapa de posparto), como los recién nacidos necesitan apoyo adicional, como el seguimiento y la atención médica, alimentos adecuados, la asistencia y el asesoramiento para reducir el estrés, y el descanso para reponer energía." GIRE, "Horas hábiles, corresponsabilidad en la vida laboral y personal" 2017, pág 113

8 ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), CRC/C/GC/15, parr. 20

9 "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales... tanto antes como después del nacimiento" Convención sobre los Derechos del Niño, preámbulo:

10 Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley

batible el periodo de maternidad al que se refiere dicho artículo, mujeres embarazadas y madres de hijos e hijas durante la primera infancia.[11] Con este párrafo no se pretende dar una interpretación restrictiva del contenido de la Declaración, pues únicamente se trata de delimitar el análisis del presente trabajo reconociendo que el análisis de estos conceptos debe ser mucho más amplio.

Cuidados y asistencia especiales

Una vez identificados quiénes son incluidos en la titularidad de este derecho, la siguiente pregunta obligada versa sobre cuáles son esos cuidados y asistencia especiales a los que se tiene derecho. Para ello, tendremos que revisar un poco los antecedentes de la Declaración.

La primera vez que se introdujo este derecho fue en el segundo borrador de la Declaración elaborado por René Cassin. El jurista francés lo incorporó como parte del artículo relativo a la *seguridad social*[12], que desde el primer borrador de Humphrey se

---

que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

11 Las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los 4 años de edad. En otros países, esta transición tiene lugar en torno a los 7 años. En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar. En consecuencia, el Comité propone, como definición de trabajo adecuada de la primera infancia, el período comprendido hasta los 8 años de edad; los Estados Partes deberán reconsiderar sus obligaciones hacia los niños pequeños a la luz de esta definición. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr. 4

12 "Toda persona tiene derecho a la seguridad social. La comunidad debe adoptar medidas para prevenir el desempleo y para organizar con las contribu-

entendía como la posibilidad de contar con algún tipo de seguro que permitiera hacer frente a circunstancias como el desempleo, la vejez o alguna enfermedad[13]. En la versión final de la Declaración, la redacción del derecho a la seguridad social cambió[14], pero la necesidad de contar con garantías para hacer frente a circunstancias que pudieran reducir nuestros medios de subsistencia de manera autónoma se mantuvo en otro artículo.

Es así que el derecho a *cuidado y asistencia especiales a la maternidad e infancia* se incorporó como parte del artículo dedicado al derecho al disfrute de un *nivel de vida adecuado*,[15] en el

ciones de quienes hayan sido afectados, seguros contra la discapacidad, la enfermedad, la vejez u otros casos de pérdida de trabajo o medios de subsistencia por circunstancias inmerecidas e independientes de su voluntad. Las madres y los niños tienen derecho a cuidados, atenciones y recursos especiales" Artículo 40 del borrador de Cassin, consultado en Glendon, Mary Ann, *Un mundo Nuevo Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, trad. Pallares Pedro, Fondo de Cultura Económica, 2011

13 Artículo 41. Toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado debe ofrecer soluciones efectivas para la prevención del desempleo y para establecer seguros por desempleo, accidentes, discapacidad, enfermedad, vejez y cualquier otra pérdida de medios de subsistencia por circunstancias inmerecidas o independientes de su voluntad. Borrador de Humphrey, consultado en Glendon, Mary Ann, *Un mundo Nuevo Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, trad. Pallares Pedro, Fondo de Cultura Económica, 2011

14 Art. 22 Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

15 Art. 25 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

que, además de contemplar la necesidad de contar con seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y pérdida de otros medios de subsistencia, se establece el reconocimiento de derechos como la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales.

El artículo 25.2 necesariamente debe leerse en el marco de estos dos conceptos -derecho a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado-, ya que, como sabemos, durante la primera infancia somos incapaces de proveernos de medios de subsistencia de manera autónoma, y quienes asumen esa responsabilidad (generalmente madre y padre), se enfrentan con mayores retos para proporcionar los cuidados necesarios, al tiempo de proveerse a sí mismos y a quienes tienen bajo su cuidado de los recursos para disfrutar de un nivel de vida adecuado. De tal suerte que se consideraron necesarios apoyos particulares para garantizar la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales, particularmente de NNA y de la mujer principalmente durante el periodo perinatal.

Cuidados y asistencia especiales en la infancia, especialmente para la primera infancia

Para los primeros redactores de la Declaración era clara la necesidad de lo que ahora llamamos *protección especial* de NNA por sus características particulares. Es decir, desde entonces, ya se reconocía la titularidad de NNA -en tanto personas- de todos los derechos humanos, así como la exigencia de adoptar *medidas específicas* destinadas a asegurar su pleno desarrollo físico, psicológico y emocional.

En el marco jurídico que posteriormente se fue desarrollando en materia de protección de derechos de NNA se ha destacado el rol crucial que tiene la familia y de la corresponsabilidad de ésta con el Estado y con la comunidad para lograr la plena realización de los derechos de NNA[16], de tal manera que estos tres actores

[16] Los Estados "prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño", según se garantiza en el artículo 18, párrafo 2. OG 7, párr.

están llamados a garantizarles las condiciones básicas de supervivencia, pero también de dotarles de un ambiente tal que les permita su pleno desarrollo.

El Comité de los Derechos del Niño también ha destacado la importancia de los primeros años de vida para el desarrollo de la persona[17]. Es durante la primera infancia[18] que se establecen las bases para la construcción de habilidades personales y sociales que definirán el rol de esa persona en la sociedad[19]; en materia de salud, se trata de la etapa en la que se puede prevenir muchas de las enfermedades crónicas de la vida adulta.[20] De acuerdo con el Comité DN, "los niños pequeños tienen necesidades específicas de cuidados físicos, atención emocional y orientación cuidadosa"[21], y para cubrirlas requerirán de cuidados y asistencia de los adultos que les rodean.

15, 16, 18, 19, 20. Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, párr. 147; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

17 *Cfr.* ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr 6. Existen muchos estudios que dan cuenta de lo importante que es invertir en nutrición, salud, medio ambiente, educación en niños pequeños, por ejemplo: UNICEF, *La primera infancia importa para cada niño"* 2017, se puede consultar en *https://www.unicef.org/spanish/publications/files/UNICEF_Early_Moments_Matter_for_Every_Child_Sp.pdf*

18 ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 10: "En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar."

19 *Cfr.* ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 6

20 *Cfr.* ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Dainius Pūras, A/HRC/29/33, 2 de abril de 2015, párr. 87

21 *Cfr.* ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 5

Particular mención merece el aspecto emocional y el ambiente social como un componente importante de la salud y desarrollo de NNA, tan vital como lo es cubrir sus necesidades fisiológicas.[22] Algunos especialistas y expertos en infancia[23] han destacado la importancia para el desarrollo saludable de NNA de mantener relaciones emocionales estables y afectuosas.[24] De ahí lo fundamental que revisten los cuidados parentales, principalmente durante la primera infancia.

De esta suerte, NNA tienen derecho a que se le dote de lo necesario para la vida, la supervivencia y el desarrollo[25]: derecho a la protección social como lo señala el artículo 25.2 -independientemente de si nace fuera o dentro de matrimonio-; derecho a una vida en familia, derecho a una alimentación adecuada, derecho a acceder a servicios de salud, derecho a la recreación, derecho a la educación, entre otros. No se debe de dejar de mencionar la importancia de la interdependencia de los derechos de NNA, pues en la medida en la que se restrinja el ejercicio de un derecho, se verán amenazados los demás.

Para ello, es indispensable que los gobiernos generen las condiciones adecuadas a través de la adopción de leyes y programas que faciliten a padres y madres cumplir sus obligaciones filia-

---

22 *Cfr.* ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 10. HCHR, Europe Regional Office, *The rights of vulnerable children under the age of three*. E*nding their placement in institutional care,* pag. 17, consultable en *https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/Children_under_3.pdf*

23 Dainius Puras, actual relator sobre el derecho a la salud y quien anteriormente fuera integrante del Comité sobre los derechos del niño, en un estudio sobre institucionalización, cita las teorías del apego de John Bolwi para explicar la evolución sobre el entendimiento de las necesidades de la infancia. *Cfr.* HCHR, Europe Regional Office, *The rights of vulnerable children under the age of three.* E*nding their placement in institutional care,* pag. 17, consultable en *https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/Children_under_3.pdf*

24 *Cfr.* ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 19

25 *Cfr.* ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 10

les.[26] Tampoco puede quedar de lado la corresponsabilidad de otros actores en esta tarea, tales como empleadores, colegas de trabajo, proveedores de servicios –por ejemplo, educativos o de guarderías-, redes de apoyo y en general la comunidad.

No se trata sólo de una obligación jurídica. Para el Relator de Salud, por ejemplo, invertir en la protección de NNA contribuye al desarrollo de las economías al tiempo de promover sociedades sanas y cohesivas:

> "Al invertir en la buena salud mental de los niños y los jóvenes, no solo se realiza una contribución sustancial al desarrollo sostenible de nuestras economías, para lo que son necesarias unas buenas capacidades emocionales y cognitivas, sino que también se hace frente a las causas profundas de la intolerancia y la exclusión social, y se promueven sociedades sanas y cohesivas."[27]

De tal manera, el principio de protección especial de NNA implica que la situación de sus derechos constituye una cuestión de orden e interés públicos.

Cuidados y atención especiales para la maternidad y la infancia

En el apartado anterior se ha señalado lo fundamental del derecho a la salud y el desarrollo de NNA, particularmente durante la primera infancia. De acuerdo con el Comité de DN, "entre los determinantes de la salud, nutrición y desarrollo del niño, cabe mencionar la realización del derecho de la madre a la salud y el papel de los progenitores y otros cuidadores".[28]

---

[26] *Cfr.* ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 20

[27] ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Dainius Pūras, A/HRC/29/33, 2 de abril de 2015, párr. 78

[28] ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 15 (2013) *sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*, CRC/C/GC/15, parr. 18

De esta forma, creemos que entre los cuidados y atención especiales a los que se refiere el artículo 25.2 de la Declaración Universal, se encuentran aquellas medidas dirigidas a promover la salud de la madre antes y después del parto[29] y de aquellas para facilitar a los progenitores cumplir con sus obligaciones de cuidado.

Aunque puede existir un número mayor de medidas encaminadas en estas dos direcciones, tales como medidas de promoción y protección de la salud reproductiva, para combatir mortalidad materno-infantil, para proteger el empleo de mujeres embarazadas, apoyos para asumir costos de cuidados no parentales, entre otras; sólo me enfocaré en dos de ellas que parecen urgentes de tratar en el contexto actual mexicano: primero, las licencias de maternidad, paternidad y parentales; y segundo, las medidas para facilitar y promover la lactancia materna.

Licencias de maternidad, paternidad y parentales en relación con derechos de la infancia

Cabe recordar que el derecho a los *cuidados y asistencia especiales que tiene la maternidad y la infancia* se planteó en el apartado relativo a los llamados DESC y se encuentra después del artículo relativo a los derechos laborales, lo cual no parece casualidad. El artículo 25.2 tiene mucho que ver con los derechos laborales de las madres y padres trabajadores necesarios para cumplir con sus obligaciones de cuidadores frente a los derechos de sus hijos e hijas.

Una referencia obligada para el estudio de los derechos laborales de mujeres en sus diferentes etapas de vida reproductiva es el Convenio 183 de la OIT relativo a la protección de la maternidad[30]. En su artículo 4 se establece el derecho que tienen

[29] Ver artículo 10 del PIDESC

[30] Adoptado en 1919, incluso antes de la Declaración Universal. Este Convenio ha sido revisado en dos ocasiones desde entonces con el fin de tomar en cuenta la evolución de la legislación y de la práctica nacionales. De la primera revisión en 1952, surge el Convenio 103, En este sentido, la 88ª Conferencia lnternacional del Trabajo, celebrada en junio del 2000, revisó

las mujeres a solicitar licencia de maternidad por una duración mínima de 14 semanas. En el artículo 6 prevé la obligación de otorgar prestaciones pecuniarias que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. El artículo 11 de la CEDAW también establece una referencia sobre la adopción de estas licencias.

Esto se traduce en contar con un permiso para no laborar durante un tiempo determinado sin perder el empleo ni los medios para proveerse de un nivel de vida adecuado. Estos permisos dependerán de las políticas de empleadores, pero deben estar sujetas a las reglamentaciones y apoyos que los Estados establezcan en favor de los derechos de la *maternidad* y la *infancia*, desde una lógica de corresponsabilidad.

En su Recomendación 191, la OIT señala que los Miembros deberían procurar extender la duración de la licencia a 18 semanas por lo menos y otorgar el 100% de la remuneración percibida antes de la licencia.[31] Además de la licencia de maternidad y la de paternidad, en esta recomendación se prevén las licencias que denomina "parentales", que, de acuerdo con este documento, son aquellas que se pueden solicitar una vez expirada la licencia de maternidad.

Este tipo de medidas son adoptadas bajo dos lógicas de protección; por un lado, atiende a las necesidades propias de la mujer durante el periodo perinatal, y por otro lado, la corresponsabilidad que se adquiere sobre los cuidados del neonato. Sin embargo, en el diseño y aplicación de este tipo de medidas, encontramos diferencias abismales entre países.

---

el Convenio 103 y dio paso a la adopción del Convenio l83. Este mantiene los principios fundamentales de la protección de la maternidad, y entre otros cambios amplia su campo de aplicación a todas las mujeres empleadas; la protección no solo a las enfermedades que sean consecuencia del embarazo o parto sino también a las complicaciones que puedan derivarse de estos; prevé un período de protección al empleo más largo y; que todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo.

31 OIT, *Recomendación sobre la protección de la maternidad*, Recomendación 191, 15 junio 2000, se puede consultar en *https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312529:NO*

Algunos Estados se centran en la importancia que reviste el cuidado del niño o niña durante la primera infancia. Así por ejemplo, en Australia no se prevén normas sobre licencias laborales antes del nacimiento; pero sí se prevén las licencias por maternidad de hasta 12 meses posteriores al mismo, con posibilidades de ser prorrogadas hasta por 12 meses más.[32] En las Islas Baleares, el Tribunal Superior de Justicia reconoció el derecho de una mujer transgénero de gozar de 16 semanas de licencia de maternidad tras la adopción de un niño nacido mediante gestación subrogada, fundamentado su decisión en la protección del menor y en la necesidad de facilitar el cuidado familiar.[33]

En otros lugares, este tipo de medidas son establecidas con una visión centrada en la protección de la salud de la mujer trabajadora durante el periodo de embarazo, parto y puerperio. Un reciente fallo del Tribunal Constitucional español así lo interpretó al resolver un asunto en el que el progenitor alegaba discriminación por la normativa que establece un periodo mayor para las licencias de maternidad que para las de paternidad. [34]

Dependiendo de lo que cada país considere prioritario, entre las necesidades maternas y las de cuidados filiales, se define también el periodo del que se puede gozar de licencias de maternidad y la previsión o no de licencias de paternidad y/o parentales. Suecia es el ejemplo a destacar sobre las políticas de licencias laborales con el enfoque en el interés superior del niño. En ese país, ambos progenitores pueden permanecer fuera del

---

32 *Cfr.* Fairwork Ombudsman, Australia Government *Maternal and paternal leave,* consultado el 12 de septiembre de 2018 *https://www.fairwork.gov.au/leave/maternity-and-parental-leave*

33 20 minutos, *Una sentencia confirma la baja de maternidad tras adoptar por gestación subrogada,* consultada el 6 de agosto de 2018 en: *https://www.20minutos.es/noticia/3410229/0/confirman-baja-maternidad-adopcion-gestacion-subrogada/#xtor=AD-15&xts=467263#xtor=AD-15&xts=467263*

34 Tribunal Constitucional de Espala, Gabinete del Presidente Oficina de Prensa, E*l TC avala que no es discriminatorio que el permiso de paternidad tenga una duración de tiempo inferior que el de la madre,* nota informativa Nº 104/2018, 23 de octubre de 2018, se puede consultar en *https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_104/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20104-2018.pdf;*

trabajo hasta que su hijo/a cumpla 18 meses (sin goce de sueldo), además tienen derecho a licencia parental remunerada hasta por 16 meses, que pueden dividirse entre ellos según lo deseen y cuyo tiempo puede guardarse hasta que el niño o la niña cumpla 8 años.[35] Por otro lado, en países como Ghana, no se prevén licencias para padres.[36]

Entre las políticas de diferentes Estados encontramos también diferencias en relación con la remuneración por el tiempo que no se está laborando. En el ejemplo dado sobre Australia, que prevé licencias de hasta por dos años, la remuneración durante el periodo de licencia es por un monto determinado (que puede ser menor al salario que se percibía antes de la licencia) y con un límite de 18 semanas. En Suecia la remuneración también es menor a las percepciones anteriores a la licencia e incluso se prevé un periodo sin goce de sueldo. En Ghana, las licencias de maternidad son hasta por un máximo de 12 semanas, pero se continúa percibiendo el mismo salario[37]. Lo mismo sucede en Holanda, donde se prevén licencias de hasta 16 semanas con las mismas percepciones.[38]

Es importante llamar la atención sobre la necesidad de prever las licencias de paternidad desde un punto de vista de los *cuidados y atención especial para la maternidad y la infancia*. Como lo ha establecido el CDN, los cuidados parentales son fundamentales para garantizar el pleno desarrollo de NNA[39], además establece la igualdad en las obligaciones de ambos progenitores para el cuidado de los hijos e hijas. [40]

---

35 Sweden Sverige, *10 things that make sweden family-friendly*, Apartado 2, consultada el 28 de octubre de 2018 https://sweden.se/society/10-things-that-make-sweden-family-friendly/

36 Ver *https://mywage.org/ghana/labour-law/maternity-work,* consultada el 28 de octubre de 2018

37 *Idem*

38 *Cfr https://dutchreview.com/expat/health/maternity-leave-in-the-netherlands/ consultada el 28 de octubre de 2018*

39 *Cfr.* ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr 15

40 *Cfr.* ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 19

Involucrar a padres en la crianza genera beneficios tanto para ellos como para hijos e hijas, al tiempo de paliar algunas desigualdades entre hombres y mujeres. En términos de *conciliación entre la vida personal, familiar y laboral,* es importante que tanto hombres como mujeres tengan las mismas oportunidades de desarrollarse en estos tres ámbitos de su vida para el propio ejercicio del derecho a un *nivel de vida adecuado*.

Por otro lado, debido, entre otras cosas, a la idea preconcebida de que serán cuidadoras en su vida adulta, las niñas tienen mayores dificultades para entrar o permanecer en la escuela que los niños. Cambiar esa percepción es crucial para el acceso a los derechos en condiciones de igualdad para NNA, de tal manera que el establecimiento de políticas que impulsen la participación del padre en la crianza también puede ser visto como medida en favor de la igualdad entre hombres y mujeres.

En México se prevén diferentes políticas dependiendo del lugar en el que se labora. Para las licencias de maternidad, la política dependerá de si la madre trabaja en la iniciativa privada o al servicio del Estado. Entre otras diferencias, encontramos que se otorgan 12 semanas para las primeras y tres meses para las segundas[41]. Por otro lado, para quienes laboran en la Ciudad de México se prevén normas que regulan licencias de maternidad por adopción.[42]

El Estado otorga las retribuciones al cien por ciento del último salario recibido por la mujer antes de gozar de la licencia. Para las trabajadoras de la iniciativa privada es a través del Instituto Mexicano del Seguro Social que se recibe este subsidio,[43] de tal forma que, a diferencia de las licencias de paternidad, la iniciativa privada no se ve afectada por otorgar licencias de maternidad, por lo que tienen la posibilidad de contratar de

41 Art 123 de la Constitución.

42 Art 21 de la Ley de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres en el Distrito Federal "Para contribuir al reparto equitativo de las responsabilidades familiares y en cumplimiento a la igualdad sustantiva en el Distrito Federal se reconocerá el derecho de: 1. Las madres, por adopción, a un permiso por maternidad de quince días naturales y;

43 Art. 101 de la Ley del Seguro Social

manera temporal a otra persona para cubrir sus demandas de trabajo.

No obstante, además del corto tiempo que se prevé en comparación con las recomendaciones de la OIT, encontramos diversas problemáticas para que este derecho sea verdaderamente ejercido. En primer lugar, existe un amplio porcentaje de mujeres que realizan trabajo informal, tan solo 34% de las mujeres con trabajo remunerado están afiliadas al IMSS y 6% al ISSSTE[44], de tal manera que el resto de las mujeres con trabajo remunerado no tienen acceso a estas prestaciones. En segundo lugar, a algunas trabajadoras este derecho les es negado.

En relación con las licencias de paternidad, también encontramos diferencias dependiendo del lugar en el que se labora. La regla base la encontramos en el artículo 132, fracción XXVIII Bis de la Ley Federal de Trabajo, que establece que: "son obligaciones de los patrones... Otorgar permiso de paternidad de cinco días laborables con goce de sueldo, a los hombres trabajadores, por el nacimiento de sus hijos y de igual manera en el caso de la adopción de un infante". En diferentes instituciones públicas se prevén regulaciones que amplían el tiempo que puede gozar un padre para estas licencias.

En términos de *atención y cuidados especiales para la maternidad e infancia,* el tiempo establecido para gozar de licencias para padres parece estar muy por debajo de las necesidades de NNA. Por otro lado, al no establecer subsidios públicos, quienes asumen estas obligaciones son los empleadores, de tal manera que la ampliación de las licencias para padres dependerá totalmente de la voluntad del mismo. Otro problema, que no es exclusivo de México, es que muchos padres no solicitan este tipo de licencia[45], lo cual puede atender a diversas razones, entre otras la idea de que el cuidado de los hijos e hijas es tarea exclusiva de la mujer y porque en general, en sociedades capitalistas, se conciben a las tareas de cuidado como tareas no productivas y por lo tanto no valiosas.

[44] GIRE, *Horas hábiles, corresponsabilidad en la vida laboral y personal* 2017,Tema 4.1

[45] GIRE, *Horas hábiles, corresponsabilidad en la vida laboral y personal* 2017.

En México, el mayor problema para adoptar medidas *de atención y cuidados especiales para la maternidad y la infancia* son los horarios laborales que no permiten una conciliación. Este problema tiene otras consecuencias graves en términos de igualdad, ya que, frente a la imposibilidad de que ambos progenitores puedan cumplir con los horarios de trabajo remunerado al tiempo de cumplir con sus obligaciones de cuidado, uno/a de ellos/as, casi siempre la mujer, se ve obligada a renunciar al trabajo remunerado para dedicarse al cuidado de los hijos e hijas, lo cual fomenta mayores desigualdades.

Medidas para facilitar y promover la lactancia materna

La Organización Mundial para la Salud (OMS) y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), agencias internacionales especializadas en salud e infancia respectivamente, han liderado un esfuerzo por promover y generar condiciones que faciliten la lactancia materna.

De acuerdo con estas agencias, la lactancia materna es la mejor práctica para la salud, desarrollo y nutrición, persiguiendo múltiples beneficios tanto para madres como para niños y niñas, e incluso, para la economía[46], al ser una medida que disminuye riesgos en salud y previene enfermedades.[47] Según sus investigaciones, invertir en lactancia materna puede salvar la vida de 520,000 niños y niñas en todo el mundo[48]. Además, dan algunas estimaciones en relación con las pérdidas económicas que representa para los países la falta de inversión en esta práctica.[49]

---

[46] *Cfr https://www.unicef.org/breastfeeding/ consultada el 10 de noviembre de 2018*

[47] *Cfr https://www.unicef.org/mexico/spanish/guialactancialess.pdf , pág 5; https://www.unicef.org/breastfeeding/*

[48] *Cfr https://www.unicef.org/breastfeeding/ consultado el 10 de noviembre de 2018*

[49] UNICEF, OIT, *GLOBAL BREASTFEEDING SCORECARD, 2017 Tracking Progressnfor Breastfeeding Policies and Programmes* "Countries lose more than $300 billion annually because of low rates of breastfeeding (0.49

Las recomendaciones de OMS y UNICEF están dirigidas a promover que la lactancia materna inicie en la primera hora de vida, debe ser el único alimento durante los primeros 6 meses de vida y debe continuarse por lo menos hasta los 24 meses, complementada con otros alimentos.[50]

Para lograr esto, no basta con informar a las madres sobre los beneficios que tiene la lactancia materna para su salud y la de su hijo o hija. Aún más importante que ello, es generar las condiciones que facilite a las madres llevarla a cabo. Se trata de *crear capacidades,* en el sentido que Nussbaum y Sen dan a este concepto:

> -Las capacidades- "son las respuestas a la pregunta ¿qué es capaz de hacer y de ser esta persona? Por decirlo de otro modo, son lo que Sen llama <<libertades sustanciales>>, un conjunto de oportunidades (habitualmente interrelacionadas) para elegir y actuar. Según una de las definiciones del concepto típicas de Sen, <<la "capacidad" de una persona hace referencia a las combinaciones alternativas de funcionamientos que le resulta factible alcanzar. La capacidad viene a ser, por lo tanto, una especie de libertad: la libertad sustantiva de alcanzar combinaciones alternativas de funcionamientos>>. Dicho de otro modo, no son simples habilidades residentes en el interior de una persona, sino que incluyen también las libertades o las oportunidades creadas por la combinación entre esas facultades personales y el entorno político, social y económico."[51]

De esta manera, cualquier política encaminada a promover la lactancia materna debe tener generar las oportunidades para que las mujeres estén en capacidad de elegir y actuar. Es decir, se deben adoptar las políticas que faciliten la lactancia materna, de tal manera que el entorno político, social y económico no re-

---

percent of GNI)." Se puede consultar en *https://thousanddays.org/wp-content/uploads/Global-Breastfeeding-Collective_Breastfeeding-Scorecard.pdf*

50 UNICEF, OIT, *GLOBAL BREASTFEEDING SCORECARD, 2017 Tracking Progressnfor Breastfeeding Policies and Programmes*. Se puede consultar en *https://thousanddays.org/wp-content/uploads/Global-Breastfeeding-Collective_Breastfeeding-Scorecard.pdf*

51 Nussmaum, Marta C, "Crear capacidades Propuesta para el desarrollo humano", Paidós Estado y Sociedad. Pág 40

presente barreras que impida a las mujeres tomar su decisión en condiciones de libertad.

En los últimos años se ha desatado diversos debates acerca de las políticas encaminadas a promover la lactancia materna, por un lado, y la necesidad de respetar la decisión de cada mujer sobre practicarla o no, por el otro. En España y Gran Bretaña, por ejemplo, organizaciones de mujeres han sido especialmente activas en generar reclamos por la presión que se ejerce sobre ellas para practicar lactancia materna.[52]

De esta manera, para la adopción y ejecución de estas medidas, se debe partir de la premisa de respetar las decisiones libres de cada mujer. Entre las condiciones sin las cuales no es posible la toma de decisiones en libertad, podemos mencionar el contar con opciones y el tener acceso a toda la información relevante sobre las mismas tanto las consecuencias positivas como las negativas. Para lograrlo se requieren diversas acciones que deberán estar interrelacionadas.

La OMS y UNICEF promueven 7 acciones específicas, a saber:

1. Incrementar el financiamiento
2. Adoptar y monitorear el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna.[53]
3. Promover políticas de licencia familiar remunerada y de lactancia materna.
4. Implementar los Diez pasos para una lactancia exitosa en instalaciones de maternidad.[54]
5. Mejorar el acceso a asesoramiento especializado en lactancia materna en establecimientos de salud.
6. Fortalecer los vínculos entre los establecimientos de salud y las comunidades para apoyar la lactancia materna.
7. Monitorear el progreso de las políticas, programas y fondos para la lactancia materna.

---

52 *https://www.elmundo.es/papel/historias/2018/07/12/5b4627afe5fdea08168b45b2.html*

53 Se puede consultar en *https://www.unicef.org/republicadominicana/Codigo_Intl_Comercializacion_Sucedaneos_Leche_Materna.pdf*

54 Se puede consultar en *https://www.unicef.org/spanish/nutrition/breastfeeding.html*

Los *Diez pasos para la lactancia exitosa* prevén medidas encaminadas a fomentar esta práctica (por ejemplo, proporcionar asesoría sobre sus beneficios), mientras que el *Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna* prevé medidas encaminadas a evitar prácticas que puedan disuadirla, (por ejemplo, la prohibición para los agentes de salud de proporcionar muestras de preparaciones para lactantes). Tanto en el Código como en los Diez pasos, se prevé la obligación de los Estados de proporcionar la información necesaria a las familias sobre las implicaciones de la lactancia materna; en el caso particular del Código, se establece que dicha información debe ser "objetiva y coherente".

El apartado anterior se ha dedicado a las licencias parentales y su importancia para la protección de la maternidad y la infancia desde el punto de vista de las necesidades de niñas y niños durante la primera infancia. Vale la pena mencionar aquí que estas licencias son igualmente necesarias para facilitar la lactancia materna, ya que sin estas disposiciones, las mujeres con trabajo remunerado se ven obligadas a regresar al trabajo demasiado pronto.[55] Incluso si se establecieran los umbrales más bajos de las recomendaciones de la OIT (18 semanas) resulta difícil para una madre trabajadora cumplir con la recomendación de UNICEF y OMS de proporcionar lactancia materna exclusiva durante los primeros 6 meses de vida.

Otras medidas en los lugares de trabajo pueden ser promovidas para facilitar la lactancia materna; por ejemplo, disposiciones sobre horarios de trabajo flexibles para amamantar o para la extracción de leche, además de la instalación de espacios adecuados destinados a ello (lactarios).[56]

Cabe destacar que las medidas de prevención de violencia obstétrica también son claves para fomentar que el recién nacido pueda ser alimentado durante la primera hora de vida.

El monitoreo sobre el progreso de las políticas, programas

[55] *https://thousanddays.org/wp-content/uploads/Global-Breastfeeding-Collective_Breastfeeding-Scorecard.pdf , pág 5*

[56] Art. 9 de la recomendación 191 de la OIT.

y fondos para la lactancia materna es fundamental. La OMS y UNICEF han realizado un estudio sobre los niveles de implementación de las 7 acciones referidas con antelación en tres regiones: África, Asia y América.

De acuerdo con estos indicadores, México se encuentra entre los países como un índice aceptable de bebes alimentados con leche materna durante la primera hora de vida, con un promedio de 51%. Sin embargo, este porcentaje disminuye significativamente conforme van creciendo, ya que el 30.8% de los lactantes son amamantados durante los primeros 5 meses, y tan sólo el 24.4% son amamantados durante los primeros dos años de vida.

En cuanto a las políticas establecidas en México para favorecer una lactancia materna, está calificado como aceptable en tanto implementa algunas previsiones del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de leche Materna, pero muy bajo en cuanto a las medidas de implementación de los Diez pasos para la lactancia exitosa, con menos de 20%.

Sería importante que México no sólo adoptara estos dos instrumentos promovidos por OMS y UNICEF, sino que también se adhiriera a las recomendaciones de la OIT en materia de protección a la maternidad. Si bien, la adopción de este tipo de políticas depende de recursos, lo cierto es que invertir en la salud de las personas durante la primera infancia es mucho más redituable para cualquier Estado, tanto en términos económicos como sociales.

Para terminar, quisiera destacar lo que Eleonora Roosevelt, principal impulsora de la Declaración Universal, señaló mientras abogaba por un mayor acceso de las mujeres a posiciones de decisión, "el verdadero problema consistía en el reconocimiento pleno, por parte de los que elaboraban las políticas públicas, de las necesidades de las mujeres y sus circunstancias"[57] y yo agregaría, y de las de NNA.

[57] Glendon, Mary Ann, "Un mundo Nuevo Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos", trad. Pallares Pedro, Fondo de Cultura Económica, 2011, pág. 151

Conclusiones

La incorporación de este artículo en la Declaración Universal, hace notar que desde hace 70 años existe un consenso internacional sobre la importancia que reviste la función de la maternidad en cualquier sociedad; además que niños y niñas son titulares de derechos y que durante la maternidad y la infancia se presentan necesidades particulares que deben ser vistas desde una mirada de responsabilidad pública y no sólo privada.

Los derechos culturales en México, a 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

*Roberto Antonio Reyes Mondragón**

Sumario: I. Introducción. II. Los derechos culturales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. III. Desarrollo normativo de los derechos culturales, a partir de la Declaración Universal. IV. La vigencia de los derechos culturales en México, a 70 años de la Declaración Universal. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

El 10 de diciembre de 2018, se cumplieron setenta años de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el instrumento normativo de mayor reconocimiento a nivel internacional en su calidad de referente de contenido, aprobación y legitimidad respecto a los derechos humanos.

A siete décadas de vigencia, resulta oportuno detenernos a reflexionar las implicaciones que un documento internacional de esa naturaleza representa para el continuo de la vida ordinaria de las personas, así como el grado de cumplimiento alcanzado por parte de las instituciones públicas encargadas de velar por la vigencia de sus postulados.

* Licenciado y maestro en Derecho por la UNAM, dedicado a la defensa de los derechos humanos de orden económico, social, cultural y ambiental en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Es así que el trabajo que se presenta a continuación, tiene por finalidad reflexionar sobre al menos uno de los derechos contenidos en la Declaración Universal, esto es, los derechos culturales, de los que se intenta realizar algunas consideraciones en torno a su contenido, a partir de elementos propuestos por mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, principalmente, la Experta Independiente en la esfera de los Derechos Culturales, con posterioridad denominada Relatora Especial sobre Derechos Culturales de las Naciones Unidas.

En un segundo momento, se realiza un esbozo de los principales instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, en los que se aprecia la influencia de la Declaración Universal, lo cual devino en la generación de un conjunto consistente de normas jurídicas de carácter internacional abocadas a la definición, promoción y protección de los derechos culturales.

Una vez identificado el desarrollo normativo de los derechos culturales, se propone presentar un panorama general, sobre la vigencia de estos derechos en el ámbito del sistema jurídico mexicano; lo cual se hace teniendo en consideración el papel desempeñado por los poderes públicos en nuestro país, acorde a las facultades conferidas en la materia al legislativo, ejecutivo y judicial.

Al final, se busca hacer un llamamiento a reforzar el compromiso de mantener vigentes los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dado que en siete décadas la humanidad se ha enfrentado a nuevos desafíos, transformaciones, luchas y aún más complejas amenazas a la paz mundial, lo cual de ninguna manera debe orillarnos a dejar de preservar la dignidad inherente e intrínseca que nos otorga el simple hecho de pertenecer a la "familia humana".

II. Los derechos culturales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye un instrumento jurídico de relevancia capital en la escena inter-

nacional, a partir de su proclamación el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas[1], se constituyó en el esfuerzo de los países del mundo por impulsar las condiciones mínimas de convivencia pacífica y respeto a la dignidad humana entre las naciones del orbe, agraviadas por los efectos de la Segunda Guerra Mundial.

El contenido de la Declaración Universal representa la conciliación de las diferentes visiones jurídicas vigentes en las discusiones previas a su aprobación y la incorporación de un componente mínimo de derechos humanos en su versión final configura una ganancia de la humanidad entera, al llegar a puntos de coincidencia respecto a los elementos jurídicos que daban sustento a la esencia de la dignidad humana, una "síntesis compuesta por todas las tradiciones jurídicas"[2], sin importar nacionalidad, género, edad, identidad racial o étnica, condición económica, ideológica o política, esto a partir de los derechos humanos inherentes a cualquier persona reconocidos por el conjunto de naciones del mundo convocadas para su elaboración y posterior promulgación.

Bajo estos términos, se expresó la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales de las Naciones Unidas, en su más reciente Informe, al estimar que:

> (...) la Declaración Universal de Derechos Humanos se entiende como una manifestación del derecho internacional consuetudinario y como una declaración autorizada de las obligaciones contraídas en virtud de las disposiciones relativas a los derechos humanos de la Carta de las Naciones Unidas. Sus disposiciones se han afirmado y adoptado en constituciones de países de todas las regiones y en tratados jurídicamente vinculantes[3].

---

1 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

2 Glendon, Mary Ann, "Un mundo nuevo. Eleonor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos", Fondo de Cultura Económica, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Universidad Panamericana, México, 2011, p. 243.

3 Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Sra. Karima Bennoune, "Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales", del 25 de julio de 2018, A/73/227, p. 7.

De tal manera, a partir del contenido de la Declaración Universal, podemos afirmar que el derecho internacional de los derechos humanos ha delineado sus alcances y, en muchos sentidos, representa el mínimo esencial presente en cualquier instrumento jurídico de los distintos países que conforman el concierto internacional de naciones. Por tanto, constituye un referente ineludible para gobiernos, legislaturas, judicatura y sociedad en general, al momento de configurar el andamiaje normativo de cualquier Nación que se precie respetuosa de la dignidad humana y del bienestar de sus habitantes.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de *patrimonio común* de las Naciones, constituye un instrumento vital para conjuntar las divergencias culturales presentes en las regiones del planeta, así lo reflejan las deliberaciones previas a su emisión, según podemos apreciar del siguiente texto:

> A pesar de la diversidad en sus culturas y construidos desde distintas instituciones, los miembros de las Naciones Unidas poseen ciertos e importantes principios en común. Creen que los hombres y las mujeres de todo el mundo tienen el derecho a vivir una vida libre del tormentoso miedo a la pobreza y la inseguridad. Creen que deben tener un mayor y pleno acceso, en todos sus aspectos y dimensiones a la herencia de la civilización, dolorosamente construida por el esfuerzo humano. Creen que la ciencia y las artes deben colaborar en servicio de la paz y el bienestar tanto espiritual como material, de todos los hombres y mujeres sin discriminación de ningún tipo[4].

De las líneas transcritas, podemos observar que concentrar los esfuerzos de las naciones del mundo en un texto declarativo de derechos a nivel internacional, debió sustentarse en fuertes pilares de identidad y comunidad del género humano, elementos indiscutiblemente asociados a las instituciones, valores, principios y conciencias compartidas a través de la cultura, así como de la expresión de sus diversas manifestaciones.

Dentro de este logro a nivel internacional, la incorporación de los derechos culturales debe verse entonces como elementos esenciales para garantizar la dignidad de las personas, al tratarse

[4] Glendon, Mary Ann, op.cit. p. 133.

de componentes facilitadores del libre desarrollo de la personalidad en la vida comunitaria. Por tanto, a partir de la lectura de los artículos 22 y 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos advertimos las previsiones que dan sustento a la protección jurídica a la cultura y al disfrute de sus beneficios, dentro del conjunto de derechos humanos atribuibles a cualquier persona por el simple hecho de serlo.

Bajo esta configuración, la Declaración Universal aloja los derechos culturales y a formar parte de la vida cultural, en los términos que a continuación se exponen:

> **Artículo 22**
>
> Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.
>
> **Artículo 27**
>
> Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
>
> Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Los preceptos transcritos dan cuenta de la coincidencia de las diversas naciones del mundo en garantizar el acceso a la cultura y al disfrute de los derechos culturales de cualquier persona, con la finalidad de incidir en el pleno desarrollo de su personalidad y, en mayor medida, establecer las condiciones adecuadas para preservar su dignidad, para así contribuir al "advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias"[5].

[5] *Preámbulo* de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

El artículo 22 de la Declaración Universal refleja el acuerdo multilateral de compeler a los Estados a realizar un esfuerzo nacional, con apoyo de la solidaridad internacional para satisfacer los derechos culturales indispensables a la dignidad y al desarrollo de la personalidad; de tal suerte, se advierte un contenido esencial para la comprensión del alcance de los derechos culturales, al hablarse de la necesaria intervención del aparato gubernamental para generar las condiciones mínimas que permitan cumplir los ideales del referido instrumento internacional.

Por su parte, el contenido del artículo 27 es más específico al enunciar que todas las personas tienen el derecho de acceder a la vida cultural de su comunidad, a las artes, a los beneficios del progreso científico y a recibir protección en cuanto a sus creaciones de carácter material o intelectual. Son previsiones que buscan incentivar el desarrollo de la personalidad y la dignidad humanas en cuanto a la participación de las personas en el entorno en el que se encuentran inmersas. Se refiere a la posibilidad de recibir protección del Estado al momento de crear, innovar, diseñar, inventar, en fin, cultivar la esencia humana a través de la vida cultural.

No obstante los ideales plasmados en el *Preámbulo* de la Declaración Universal, de respetar estos derechos, así como asegurar medidas progresivas de carácter nacional e internacional, para su reconocimiento y aplicación universal efectiva, conviene destacar que relativo a la cuestión de los derechos culturales ha pasado por un desarrollo normativo internacional paulatino sino es que lento en su evolución, vigencia e implementación a nivel local en las distintas regiones del mundo, que además se ha visto entorpecido por "situaciones políticas e ideológicas, además de otros factores, que han impedido que tuvieran desde su proclamación, el mismo desarrollo"[6].

[6] Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Aproximaciones sobre el derecho internacional de los derechos humanos y su vinculación con la eficacia del derecho a un medio ambiente saludable" en Carmona Tinoco Jorge y Fojaco, Hori (Coords.), "Derechos humanos y medio ambiente", Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de investigaciones Jurídicas-SEMARNAT, México, 2010, p.56.

En términos del estudio formulado por la Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales, en su primer Informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas[7], existe la consideración de que los derechos culturales se encuentran en un estado subdesarrollado en comparación con otros derechos humanos y dada la insuficiencia de atención que se les ha prestado tiende a considerarse que ostentan menor prioridad.

A efecto de contrarrestar esta consideración, la Experta Independiente destacó que los derechos culturales forman parte integrante de los derechos humanos, por lo que poseen las mismas características, es decir, son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes. Asimismo, los concibe fundamentales para el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, dado que protegen el desarrollo y la expresión de diversas visiones del mundo, en lo individual y lo colectivo, aspectos que abarcan libertades relacionadas con cuestiones de identidad.

Al tener en cuenta esta caracterización, la Experta Independiente apuntó que *los derechos culturales son instrumentos esenciales del desarrollo, la paz y la erradicación de la pobreza, la consolidación de la cohesión social, y el respeto de la comprensión recíproca entre individuos y grupos, en toda su diversidad*[8].

En vista del conjunto de elementos que conforman los derechos culturales auspiciados por la Declaración Universal, la mencionada Experta Independiente al realizar un análisis de su significación encuentra una relación con distintos temas, los cuales son referidos en los siguientes términos:

> (...) los derechos culturales se relacionan con gran diversidad de asuntos, como la expresión y la creación, incluso en diversas formas materiales y no materiales de arte, la información y la comunicación, el idioma, la identidad y la pertenencia a comunidades múltiples, diversas y cambiantes, la formulación de visiones específicas del mundo y la búsqueda de formas específicas de vida, la edu-

[7] Informe de la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, Sra. Farida Shaheed, presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/14/36, 22 de marzo de 2010. p. 3.

[8] Ibídem.

> cación y la capacitación, el acceso, la contribución a la vida cultural y la participación en ella, la realización de prácticas culturales y el acceso al patrimonio cultural tangible e intangible[9].

Para la Experta Independiente, los derechos culturales protegen a las personas en su esfera individual y colectiva, debido a su papel decisivo en el desarrollo y expresión *de su humanidad, su visión del mundo y el significado que dan a su existencia y su desarrollo mediante, entre otras cosas, valores, creencias, convicciones, idiomas, los conocimientos y las artes, las instituciones y las formas de vida.* A este mismo respecto, considera *que los derechos culturales protegen a las personas en el acceso al patrimonio cultural y a recursos que permiten que esos procesos de identificación y desarrollo tengan lugar.*[10]

En otro momento de la interpretación del contenido de los derechos culturales, la Relatora Especial sobre la cuestión de los Derechos Culturales, al delinear el contorno de su significación, en la emisión de su Informe Especial de 2018 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, los identifica como una expresión de la dignidad humana y un elemento imprescindible para lograrla; en su conceptualización tales derechos además se constituyen en "firmes vectores de la universalidad y la diversidad cultural"[11].

En su reciente informe especial, la Relatora destaca la vinculación entre los derechos culturales, la diversidad cultural y la universalidad, la cual califica de piedra angular del sistema de protección internacional de derechos humanos, misma que sitúa en el centro del debate para hacer frente a los distintos desafíos asociados al relativismo cultural y las diferentes posturas e ideologías que han hecho mella en tales principios. En el mismo espacio de reflexión aprovecha la oportunidad para recordar la importancia de la universalidad como un eje que atraviesa los derechos humanos, dado que "representa un proyecto humano

9 Informe Experta Independiente, op. cit. p. 6.

10 Ibídem.

11 Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Sra. Karima Bennoune, "Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales", del 25 de julio de 2018, A/73/227, p. 18.

global y permanente, que ha pasado a formar parte de las culturas del mundo"[12].

III. Desarrollo normativo de los derechos culturales, a partir de la Declaración Universal

El sistema internacional de los derechos humanos ha sido enriquecido en aras de la mayor protección de la dignidad de las personas, por el contenido de la Declaración Universal al situarse como referente en la elaboración de instrumentos jurídicos en todo el orbe; por lo que, con base en el compromiso asumido por los Estados Miembros de asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, se ha fortalecido la creación de un orden jurídico sustentado en los principios y derechos establecidos en el *Preámbulo de la* propia Declaración Universal.

En estos términos, sirva mencionar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966[13], cuyo Preámbulo reconoce que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos", a este efecto, en su artículo 15 concentra el reconocimiento del derecho a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico en sus aplicaciones y c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Por su parte, el artículo 15 impone a los Estados integrante del Pacto el deber de adoptar las medidas necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura,

[12] Ídem, párrafo 43, p. 15.

[13] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

así como la obligación de respetar la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora, con la consideración del beneficio que deriva del fomento y desarrollo de la cooperación y las relaciones internacionales.

De forma paralela y complementaria a las disposiciones de la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también es posible advertir en otros instrumentos internacionales, la protección de los derechos culturales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (artículo 5); en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 13); en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 31); en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 30) y en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, (artículos 31, 43.1, inciso g; 45.1, inciso d).

Los derechos culturales relativos a las minorías encuentran sustento en diversos instrumentos, en especial el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

A su vez, mención especial merece la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural de 2001, en cuyo Preámbulo se reafirma la adhesión a la plena realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y se recuerda que una de sus funciones es "la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituye un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua"[14].

[14] Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, del 2 de noviembre de 2001. Disponible en: http://portal.unesco.org.

En la propia Declaración de la UNESCO se concentra un esfuerzo por la protección de la diversidad cultural, al establecerse en su artículo tercero que en las sociedades cada vez más diversificadas "resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas".

Por lo que hace a la protección de los derechos culturales, la Declaración de la UNESCO reafirma su pertenencia a los derechos humanos al apreciarlos universales, indisociables e interdependientes; de tal manera, considera que el desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales.

De relevancia central para el tema que venimos desarrollando es la consideración contenida en el artículo 5 de la citada Declaración, al preceptuar el goce de los derechos culturales en los siguientes términos:

> "(...) toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; toda persona debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"[15].

Ahora si queremos apreciar la labor de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido un organismo clave en el establecimiento del alcance de los derechos culturales, la cultura y la participación en la vida cultural, aspectos que han sido delineados de manera general en la Declaración Universal y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual llevó a la formulación de la Observación General número 21[16], a través de la que se reafirmó la caracterización

[15] Idem, artículo 5.

[16] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Observación general Nº 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural

de los derechos culturales al igual que el resto de los derechos humanos previstos por diversos instrumentos internacionales, se establecieron las obligaciones de los Estados en la esfera cultural, a la vez que se delimitaron los mecanismos de implementación, vigilancia y los estándares mínimos para considerar vigente su satisfacción por parte de los Estados.

En el ámbito interamericano, podemos presumir la influencia de los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988[17], en cuyo Preámbulo se reafirma el propósito de consolidar en el continente americano, "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre", a la vez que reconoce que los "derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria".

Este instrumento regional de protección de los derechos humanos además considera que existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, como "un todo indisoluble basado en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana", por lo cual "exige una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su plena vigencia, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros". De tal manera, en su artículo 14 incorpora el reconocimiento del derecho a los beneficios de la cultura, en términos similares a lo establecido en el Pacto.

(artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)". E/C.12/GC/21/Rev.1, del 17 de mayo de 2010.

17 Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. "Protocolo de San Salvador". Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

A su vez, debe resaltarse que dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, podemos encontrar la intensiva labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sentado precedentes importantes para generar "un verdadero progreso en la tutela de los derechos humanos" en la región, por lo que con justa razón es considerada un referente en la protección de la personas a través de la emisión de sus sentencias[18].

En el plano del reconocimiento y protección de los derechos culturales, la Corte los ha considerado desde la perspectiva de los grupos humanos representativos de ciertas condiciones sociales y con apoyo de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha determinado la progresividad y no regresividad de las medidas estatales y de las disposiciones relativas al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales[19].

Al brindarnos un panorama sobre el papel de la jurisprudencia interamericana, Sergio García Ramírez observa que las decisiones relativas al régimen de reparaciones otorgadas por la Corte Interamericana "responden a necesidades de individuos o grupos que conciernen al sentido de los derechos económicos, sociales y culturales, al decretar medidas genéricas o específicas de desarrollo, atención a patrones culturales, acciones acerca de educación y salud, así como protección de la cultura".[20]

Bajo estos términos, encontramos en la sentencia del caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, que la Corte Interamericana al abordar el tema de los derechos culturales, en específico el derecho a la identidad cultural, sustenta sus consideraciones en diversos instrumentos internacionales, entre otros la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural, al afirmar que:

---

18 García Ramírez, Sergio. Panorama de la Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2018, páginas 45 y 46.

19 Ídem. p. 158.

20 García Ramírez, op. cit. p. 159.

> (...) el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio No 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a "asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven"[21].

Hasta este punto estimamos evidente la influencia del contenido de los derechos culturales emanados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en distintos instrumentos internacionales o regionales; lo cual necesariamente conlleva a la exigencia de su vigencia en el entorno nacional, debido a que el Estado mexicano es parte en su mayoría de los diferentes instrumentos enunciados en el apartado que nos ocupa, por tanto se encuentra obligado a velar por su cumplimiento.

IV. La vigencia de los derechos culturales en México, a 70 años de la Declaración Universal

La idea del respeto pleno de la dignidad de la persona y la realización de su humanidad, en su entorno de vida comunitaria, representó un gran desafío para las naciones que suscribieron la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la eficacia de los postulados de ese instrumento angular en el contexto de la vida jurídica internacional es un reto para cualquier gobierno o sociedad que pueda ser calificada de democrática, progresiva y garante de los derechos humanos de sus habitantes.

[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador.* Sentencia de 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones). Párrafo 217.

En nuestro contexto nacional, hasta fechas recientes, con motivo de la reforma constitucional del 2011, se pensaba a los derechos humanos como una expectativa a realizar en el plano de la filosofía o las buenas intenciones de la política, más aun tratándose de disposiciones dimanadas de una declaración de derechos. Si bien el constitucionalismo social en México tiene su origen en la Constitución federal de 1917, "al incluir en su texto diversos derechos no dirigidos a la persona en lo individual, sino cuando formaba parte de un grupo específico o jugaban un rol social determinado"[22], la eficacia plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales ha sido tardía e incluso cuestionable dados los niveles de desigualdad que se viven en diversos sectores de la sociedad, contexto que dificulta "lograr un nivel de bienestar inclusivo para la población"[23].

Las aspiraciones de la Declaración Universal se han visto suspendidas o bien, postergados debido a que su implementación requiere no solo la voluntad del Gobierno en turno, sino un verdadero andamiaje institucional a nivel legislativo, administrativo y judicial para conseguir los preceptos enarbolados por el consenso internacional plasmado en ese instrumento; aunado a la necesaria conciencia social de la dignidad de las personas, basada en el respeto de sus derechos humanos y su consecuente incidencia en el ámbito público.

En este contexto, para realizar un análisis de la vigencia de los derechos culturales en México desde un enfoque jurídico, lo pertinente es hacer una revisión de la actuación de los entes públicos del ámbito legislativo, administrativo y judicial, a fin de determinar si tales acciones son acordes con los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como el grado de cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano, al momento de suscribir instrumentos o tratados de derechos humanos atinentes a la protección de las personas, en el caso concreto en la esfera cultural.

---

22 Carmona Tinoco, op. cit. p. 56.

23 El Colegio de México, "Desigualdades en México 2018", El Colegio de México, 1ª. Ed., Ciudad de México, México: El Colegio de México, Red de Estudios sobre Desigualdades, 2018, p. 33.

En una primera aproximación, encontramos que, en el sistema jurídico nacional, la incorporación de los derechos culturales en el texto constitucional se configuró el 30 de abril de 2009, con una adición al artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disposición jurídica de relevancia por el reconocimiento que otorga a distintos derechos económicos, sociales y culturales a los que se encuentra vinculado el Poder público en nuestro país[24].

En este rubro, el párrafo décimo tercero del artículo 4 de la Constitución federal fue adicionado para establecer lo siguiente:

> "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".

Al contenido anterior, debemos agregar que la protección de la cultura como bien tutelado a nivel constitucional también se hallaba inmersa en otras disposiciones constitucionales en las que se reconocen los derechos culturales a partir de la identidad cultural de los pueblos y las comunidades indígenas (artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y el derecho a la educación basado en la continuidad, fortalecimiento, acrecentamiento y difusión de la cultura mexicana (artículo 3 de la Constitución), lo cual refleja un sistema de protección del derecho a la cultura y los derechos culturales a nivel individual y colectivo.

Por cuanto hace al ámbito de la legislación ordinaria, el día 19 de junio de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Federal, la nueva Ley General de Cultura y Derechos Culturales, en orden de reglamentar el contenido del artículo 4 de la Constitución

[24] Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "Artículo 4.: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales", CNDH-INEHRM, México, 2015. p. 11 y ss.

federal en la materia, así como sentar las bases del diseño y la coordinación de la política cultural en nuestro país.

Del contenido del texto normativo enunciado, destaca la visión del órgano legislativo federal contenida en su artículo 3, al postular lo siguiente:

> Las manifestaciones culturales a que se refiere esta Ley son los elementos materiales e inmateriales pretéritos y actuales, inherentes a la historia, arte, tradiciones, prácticas y conocimientos que identifican a grupos, pueblos y comunidades que integran la nación, elementos que las personas, de manera individual o colectiva, reconocen como propios por el valor y significado que les aporta en términos de su identidad, formación, integridad y dignidad cultural, y a las que tienen el pleno derecho de acceder, participar, practicar y disfrutar de manera activa y creativa.

En vista de lo descrito, es posible advertir que, aunque tardía, la vigencia de los derechos culturales en México en el plano legislativo se encuentra garantizada al situarlos en el máximo grado de protección a nivel constitucional, es decir, la norma suprema del país establece la obligación de las autoridades públicas de velar por su cumplimiento, en consideración de su naturaleza de derecho humano, la cual se refuerza con la legislación ordinaria emitida para el adecuado desarrollo normativo de su contenido.

Por cuanto hace al plano del ámbito administrativo, valga referir que a cargo del Poder Ejecutivo se encuentra la preservación, protección y promoción del patrimonio cultural tangible e intangible que lo conforma, mismo que representa "una vasta riqueza cultural que relata la historia de México e impulsa su grandeza hacia el futuro", a decir de la entonces Secretaria de Cultura federal,

> Cuando hablamos de patrimonio cultural, evocamos más de 50 mil sitios con vestigios arqueológicos y 110 mil edificaciones construidas entre los siglos XVI y XIX. Pensamos en los pueblos que destacan por su traza, su singularidad arquitectónica, por sus ritos y creencias, por su belleza. Nuestra vasta riqueza cultural nos relata la historia de México e impulsa su grandeza hacia el futuro. Este rico acervo le ha dado a nuestro país un lugar privilegiado en el mundo. Con 35 sitios en la Lista del Patrimonio Mundial de la

> Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés) somos la nación del continente americano con el mayor número de bienes inscritos. Nuestra excepcional riqueza cultural está en el corazón de cada pueblo, en cada rincón del país.[25]

En consideración de la amplitud de los bienes culturales a cargo de la administración pública, el panorama es desfavorecedor respecto al cumplimiento de las obligaciones del Poder Ejecutivo, al menos de orden federal, en materia de derechos culturales puesto que en nuestro país, es sabido que la cultura se ha desarrollado al amparo de la política pública del gobierno en turno, en consonancia con su visión, su ideología y valores, lo cual ha repercutido en la vigencia plena de tales derechos, lo cual lleva a concluir que "en México las instituciones públicas y agencias públicas y los mecanismos de derecho público han demostrado recurrentemente su insuficiencia por desarrollar las acciones culturales y con ello la cultura misma"[26].

Los obstáculos en orden de garantizar la plena eficacia de los derechos culturales a partir de la acción del poder ejecutivo pasan por "la falta de presupuesto, el aumento de la actividad turística mal gestionada, el crecimiento urbano no controlado alrededor de los sitios Patrimonio Mundial y el deterioro causado por la contaminación ambiental, el cambio climático", [27] entre otros tantos factores que revelan la inadecuada vigencia y garantía de los derechos culturales de la población, en términos de lo que hemos desarrollado en las líneas precedentes.

Por otro lado, mención particular merece la afectación al patrimonio cultural tangible de México, azotado por los sismos del año

---

25 Secretaría de Cultura, "Sismos y Patrimonio Cultural. Testimonio, Enseñanza y Desafíos, 2017 y 2018", Secretaría de Cultura, México, 2018, pág. 11.

26 Sánchez Cordero, Jorge, "Cultura" en Fix-Zamudio Héctor y Valadés, Diego (Coord.), "Instituciones Sociales en el Constitucionalismo contemporáneo", Serie Doctrina Jurídica, número 581, Instituto de Investigaciones Jurídicas-El Colegio Nacional, México, 2011, pp. 352 y 353.

27 López Morales, Francisco Javier y Vidargas, Francisco (editores), "Gestión y Manejo del patrimonio mundial en México. Problemática, acciones y retos". Secretaría de Cultura-INAH. México, 2016, pp. 120-122.

2017, lo cual puso en evidencia que la alta sismicidad en la que se ubican muchas zonas patrimoniales deviene en factor determinante para el diseño de las políticas públicas en la materia y concita a la intervención urgente del aparato gubernamental, para la pronta restauración de los bienes culturales daños a consecuencia de los eventos sísmicos, legado histórico de la Nación, desde la óptica de la garantía efectiva de los derechos culturales en nuestro país.

A partir de los propios reportes de la Secretaría de Cultura, se tiene documentado el daño al patrimonio cultural de once estados de la República, a saber: 2340 inmuebles históricos, construidos entre los siglos XVI al XIX, algunas edificaciones y murales del siglo XX y varias decenas de estructuras arqueológicas resultaron afectadas. La gran mayoría de los edificios son templos, conventos y capillas virreinales, aunque también hay obras civiles, arquitectura vernácula y museos. Además, hay 5789 bienes muebles lastimados, entre esculturas, murales, pintura de caballete, retablos, órganos, campanas y mobiliario histórico[28].

Las afectaciones al patrimonio cultural de nuestro país, cuya restauración o reparación representa una inversión considerable de recursos, así como un tiempo prolongado para su recuperación, refleja la alta vulnerabilidad de la riqueza cultural de la Nación, frente a los fenómenos naturales y puso en evidencia la deficiente o nula capacidad del aparato público para prevenir y contrarrestar los daños; si bien los sismos constituyen una situación poco previsible, es necesario que el espectro gubernamental en atención de sus obligaciones internacionales en materia de derechos culturales, implemente los mecanismos idóneos para garantizar el resguardo, protección y conservación de los bienes culturales patrimonio de México.

En consideración de lo apuntado, se puede afirmar que no basta el reconocimiento de los derechos culturales, sino que debe existir una política cultural del Estado enfocada en la protección de las personas a través de su identidad cultural y las diversas manifestaciones que de ella devengan, así como una intervención decidida en la preservación del patrimonio cultural tangible e intangible de México, ante las diversas amenazas que enfrenta,

[28] Secretaría de Cultura, op. cit. p. 34.

con miras del cumplimiento de los propósitos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de "lograr el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad".

Ahora bien, por cuanto hace a la vigencia de los derechos culturales a partir de la intervención del ámbito judicial, debe decirse que la acción de los tribunales y órganos jurisdiccionales de nuestro país es reciente, dada la consideración de que la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales compete a órdenes de carácter legislativo o administrativo, lo cual deviene del propio diseño normativo del sistema jurídico mexicano que exige cargas procesales complejas para hacer exigibles los derechos culturales en sede judicial.[29]

No obstante, el propio desarrollo de la jurisprudencia nacional, ha venido constituyéndose en elemento progresista de tutela de los derechos humanos, es así que, conviene destacar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su carácter de garante de la vigencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al interpretar el alcance del respeto de los derechos económicos, sociales y culturales ha estimado que:

> (...) la obligación del Estado de garantizar de manera inmediata la protección del núcleo esencial de cada uno de los derechos que integran a los DESC, se justifica porque su violación atentaría directamente contra la dignidad de las personas. Por lo tanto, cuando uno de estos derechos se viola, corresponde a los tribunales valorar la gravedad de la vulneración, analizar si ésta afecta la dignidad de las personas, y si fuera el caso, declarar el daño a su núcleo esencial y ordenar su inmediata protección[30].

A este respecto, a manera de referente sobre la justiciabilidad de los derechos culturales, baste mencionar el análisis realizado

[29] Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Justicia Constitucional., Ombudsman y Derechos Humanos", Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1997, pp. 423 y ss.

[30] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Resoluciones relevantes del Poder Judicial de la Federación". Disponible en: https://www.scjn.gob.mx, sección derechos humanos.

por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la alegada vulneración al derecho a la cultura de un grupo de personas inconformes con el Gobierno de Nayarit en continuar con la construcción de un centro cultural, asunto que llevó a ese órgano del máximo tribunal del país a determinar los alcances de los derechos culturales, con base entre otros, en el contenido del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El caso fue estudiado por el Alto Tribunal en el amparo en revisión 566/2015, de cuyo contenido destaca la conceptualización del derecho a la cultura como un derecho prestacional a tener acceso a bienes y servicios culturales, lo cual debe concordar con las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales, es decir: a) Proteger el núcleo esencial del derecho; b) Realizar progresivamente el alcance del derecho, y c) No adoptar injustificadamente medidas regresivas[31].

Al analizar la protección esencial del núcleo del derecho, con sustento en el principio de progresividad y no regresividad, la Primera Sala determinó que los tribunales deben analizar (una vez que hayan comprobado la satisfacción del núcleo esencial) si el acto impugnado se inscribe dentro de un marco de razonabilidad, y si bien los jueces pueden evaluar la razonabilidad de una medida, son las autoridades administrativas y legislativas las que se ubican en una mejor posición para determinarlo, por lo que "deben ser deferentes con dichas autoridades.

Bajo estas consideraciones, si bien el esfuerzo del máximo órgano judicial del país representa un avance en la consecución de los ideales plasmados en los instrumentos jurídicos atinentes a la esfera de los derechos culturales, en especial al hacer expreso el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al momento de resolver el amparo en revisión, se determinó que "la omisión reclamada no afectaba el núcleo esencial del derecho a la cultura, se inscribió dentro de una política pública

[31] Amparo en revisión 566/2015, sesionado en el día 15 de febrero de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=181069.

razonable que buscaba el pleno goce del derecho a la cultura y no fue una medida regresiva".

De tal manera, advertimos que la resolución contrasta en términos reales con el esperado avance de la vigencia y protección de los derechos culturales en sede judicial, aspecto que resultó evidenciado en el voto disidente emitido por el entonces ministro Cossío Díaz quien alertó sobre un posible "retroceso en el complejo camino de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", debido a que la sentencia adoleció de exhaustividad en el análisis de la política pública cultural del estado de Nayarit; exhibe una deficiente argumentación en torno a su *razonabilidad* y, de manera central, al no establecerse un concepto claro respecto a lo que constituye un daño a la dignidad, por lo que se abre la puerta a la arbitrariedad ya que se posibilitaría sostener que:

> "(...) cuando no haya condiciones para el goce de derechos como la libertad sindical, seguridad social, educación o el goce del progreso científico, todos reconocidos en el PIDESC, que tales violaciones no dañan la dignidad de las personas, sin la necesidad de realizar un razonamiento al respecto"[32].

A la luz de lo considerado por el máximo Tribunal del país, resulta indispensable continuar el escrutinio de sus decisiones, así como fomentar el impulso de recursos legales para la salvaguarda y protección de los derechos culturales en nuestro país; dado que no basta el reconocimiento, si no se cuenta con recurso efectivo que provea de las herramientas jurídicas necesarias para garantizar su vigencia en beneficio de la colectividad.

V. Consideraciones finales

La Declaración Universal de los Derechos Humanos representa el patrimonio jurídico común de la humanidad esforzada por

[32] Amparo en revisión 566/2015, Voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz, párrafo 29, en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=181069.

la consecución de la paz y la protección de la dignidad de las personas, a través de un instrumento jurídico fruto del consenso de los intereses enarbolados por la distintas naciones del orbe. A 70 años de su proclamación, debemos asumir un compromiso colectivo orientado a la realización de acciones decididas para mantener vigentes sus postulados.

La inclusión de los derechos culturales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye una apuesta encaminada a la consolidación de un entendimiento internacional, basado en la diversidad cultural de las distintas agrupaciones de personas integrantes de la familia humana. Su vigencia, desarrollo y plena eficacia es un factor clave para garantizar una armónica relación entre las diferencias, diversidades y relativismos culturales, hoy presentes en el complejo entramado de vínculos sociales a nivel internacional que incluso se contraponen al universalismo de la Declaración, debido a las cambiantes circunstancias fácticas, políticas, ideológicas y económicas que la propia evolución del género humano trae aparejadas.

En cuanto a la vigencia de los derechos culturales enarbolados por la Declaración Universal, en el contexto del Estado mexicano, pareciera que siete décadas han sido insuficientes para lograr eficacia plena de los anhelos consagrados en su *Preámbulo* y en cada uno de los artículos que la componen; en el caso específico de la realización efectiva de los derechos culturales, advertimos que si bien contamos con avances significativos en la legislación, aún quedan muchas tareas por cumplir en el ámbito de la administración pública, lo cual necesariamente llama a la elaboración de mejores políticas públicas en materia cultural, designación de mayores recursos presupuestales para la protección de los bienes culturales tangibles e intangibles de México, así como diseñar mecanismos de protección adecuados en caso de desastres naturales o cualquier otra contingencia que atente contra el patrimonio cultural de la Nación.

En el mismo sentido, si bien una sentencia o un conjunto de estas, no refleja la postura del Poder Judicial de la Federación, aún queda un largo trecho que recorrer para la garantía de los derechos culturales en sede judicial, aspecto que solo avanzará con la decidida promoción de la sociedad en su conjunto, a tra-

vés no solo de las acciones legales pertinentes que impulsen el desarrollo de los criterios judiciales, con miras a dar efectividad a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, sino también por medio de la participación activa en el ejercicio de tales derechos, aunado a la exigencia continúa por el respeto de la salvaguarda de la dignidad, identidad y desarrollo de la personalidad, a través de la realización de los derechos de orden cultural.

A setenta años de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, debemos reafirmar nuestro compromiso con la paz, la armonía y el entendimiento, a través de su incontrovertible vigencia, en cada ámbito donde las relaciones humanas se establezcan. Debemos comprometernos en cada uno de nuestros ámbitos de acción para ser promotores auténticos de los postulados afirmados en el año de 1948, por las Naciones del mundo, así como asumirnos en portavoces de su contenido, hacia una finalidad última que es el progreso y el bienestar de la humanidad en su conjunto.

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental a la unidad familiar de extranjeros (madre extranjera de niña mexicana). Inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios

*Fernando Silva García**

Sumario: Antecedentes. Consideraciones. Cuestión previa. Estudio. Derecho a la unidad familiar. Efectos de la sentencia de amparo. Resolución. Recurso de revisión. Cumplimiento de sentencia.

Antecedentes[1]

Una mujer de nacionalidad colombiana inició el trámite migratorio de regularización por unidad familiar con motivo del matrimonio que contrajo con un mexicano, el cual lo realizó ante la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, autoridad que resolvió negar su regularización de situación migratoria, debido a la consulta que realizó a las listas de control migratorio en la que encontró su registro vigente.

---

* Juez de Distrito.

1 Sentencia de veintidós de enero de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, en el Juicio de amparo 680/2017.

Ante tal circunstancia, la mujer colombiana inició nuevamente el trámite migratorio de regularización por unidad familiar, ahora, con motivo del nacimiento de su hija, sin embargo, le fue negada la regularización de situación migratoria por el motivo antes descrito.

Motivos por los cuales promovió un juicio de amparo por propio derecho y en representación de su hija y solicitó el amparo y la protección de la Justicia Federal ante los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, contra las siguientes autoridades:

El Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos; la Secretaría de Gobernación; el Director de Atención a Trámites "B" del Instituto Nacional de Migración; y el Subdirector de Atención a Trámites "F" de la Dirección de Atención a Trámites "B" del Instituto Nacional de Migración.

Los actos reclamados consistieron en la inconstitucionalidad del artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración; el Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público; el artículo 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios; y el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete, por medio del cual le negaron a la parte quejosa el trámite migratorio de regularización por unidad familiar, en consecuencia, se le concedía un plazo improrrogable de veinticinco días naturales, contados a partir del día siguiente en que surtiera efectos la notificación de dicho oficio, para salir del país.

La parte quejosa manifestó que el acto reclamado violaba en su perjuicio los derechos fundamentales contenidos en los artículos 1, 4, 8, 14, 16, 33 y 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

> Se previno a la parte quejosa para que: a) exhibiera documento idóneo con el que acreditara la patria potestad que ejerce sobre su hija; b) precisara si el deseo de reclamar de manera destacada el Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, pues no se advertía que el mismo guardara relación alguna con la litis planteada en el presente juicio constitucional; c) en caso de reclamar dicho Reglamento manifestara si lo realizaba con motivo de su entrada en vigor, o bien, con motivo de su primer acto de aplica-

ción; d) aclarara si señalaba como autoridad responsable al Director de Atención a Trámites "F" o al Director de Atención a Trámites "B" del Instituto Nacional de Migración, habida cuenta que en el apartado de autoridades responsables hacía referencia al "F" y en el apartado de actos reclamados señalaba al "B"; e) manifestara bajo protesta de decir verdad cuándo le fue notificado el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete y si alguna de las autoridades señaladas como responsables había pretendido, con fundamento en el oficio que se reclamó o en uno diverso, deportarla; f) exhibiera copias del escrito aclaratorio, en virtud de que resultaban necesarias para el traslado de las autoridades responsables.

Aunado a lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Amparo, se concedió la suspensión de plano para el sólo efecto de que las autoridades responsables no obligaran a abandonar el país a la parte quejosa; lo anterior, en virtud de que, de consumarse el acto reclamado, se ocasionarían daños y perjuicios de imposible reparación.

Asimismo, a efecto de que el Juzgado Federal contara con mayores elementos para analizar la admisión de la demanda de amparo se requirió al Subdirector de Atención a Trámites del Instituto Nacional de Migración, para que en el plazo de veinticuatro horas remitiera copia certificada del expediente migratorio de la quejosa, del oficio reclamado y de la constancia de notificación de este.

El Subdirector de Atención a Trámites en la Dirección de Atención a Trámites "B" en la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, exhibió las constancias relativas al trámite migratorio de: "*Regularización de su Situación Migratoria por Unidad Familiar*" y el seguimiento de trámite migratorio de la "*Expedición de tarjeta de residente por renovación*."

El Presidente de la República y el Secretario de Gobernación realizaron manifestaciones en torno a la suspensión de plano concedida a la parte quejosa, asimismo, la parte quejosa desahogó la prevención formulada por el Juzgado de Distrito.

Se tuvo por recibido el escrito presentado por la parte quejosa en cumplimiento al requerimiento formulado en autos, sin embargo toda vez que se advirtieron discrepancias en relación con las manifestaciones formuladas por la quejosa, ya que del acta de naci-

miento de su hija se advirtió que la quejosa manifestó ser de nacionalidad egipcia no obstante que señaló en el escrito inicial de demanda ser de nacionalidad colombiana, por tal motivo, se requirió a la peticionaria de amparo para que aclarara dicha circunstancia.

La parte quejosa desahogó la prevención y el Juzgado de Distrito admitió a trámite la demanda de amparo, solicitó el informe justificado a las autoridades responsables, se dio la intervención que legalmente le corresponde al Agente del Ministerio Público de la Federación de su adscripción y se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia constitucional.

Las autoridades responsables rindieron sus informes justificados y se requirió al Titular de la Dirección General de Control y Verificación del Instituto Nacional de Migración para que en el plazo de tres días informara el origen, motivo, causas inmediatas y/o fundamentación de la alerta migratoria restrictiva en contra de la quejosa, así como de las constancias que tomó en consideración para emitir la misma.

Posteriormente, el Subdirector del Centro Nacional de Alertas del Instituto Nacional de Migración, informó que la parte quejosa de nacionalidad colombiana se encontraba relacionada en un proceso de investigación en el cual se detectaron personas extranjeras que presentaron trámites ante la oficina del Instituto Nacional de Migración en Tlalnepantla de Baz, Estado de México exhibiendo documentación presuntamente falsa, razón por la cual el Instituto Nacional de Migración en ejercicio de sus atribuciones inició una denuncia penal en contra de diversas personas de las cuales se generó la noticia criminal radicada en la Fiscalía de Asuntos Especiales de la Procuraduría de Justicia del Estado de México.

Por tal motivo, se requirió al Director de Atención a Trámites "B" de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, para que remitiera las constancias de notificación realizadas a favor de la parte quejosa respecto de las resoluciones emitidas e informara si la quejosa interpuso algún medio de defensa contra dichas resoluciones.

Al respecto la parte quejosa realizó manifestaciones con relación a las constancias exhibidas por las autoridades del Instituto Nacional de Migración, posteriormente, se le concedió término

legal para ampliar su demanda, derecho que ejerció con oportunidad en el que señaló como nuevas autoridades responsables:

La Subdirectora de Atención a Trámites "C" de la Dirección de Trámites "A" de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México; el Director de Atención a Trámites "A" y el Jefe de Atención a Trámites "C", ambos del Instituto Nacional de Migración.

Los nuevos actos reclamados consistieron en la inconstitucionalidad del artículo 146, último párrafo del Reglamento de la Ley de Migración; el artículo 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, publicados en el Diario Oficial de la Federación el ocho de noviembre de dos mil doce con motivo del primer acto de aplicación consistente en el oficio de 30 de marzo de 2017, por medio del cual se negó a la parte quejosa el trámite migratorio de regularización por unidad familiar, en consecuencia, se le concedió un plazo de veinticinco días naturales, para salir del país; y el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, a través de la cual se le negó a la quejosa el trámite migratorio de regularización por unidad familiar, en consecuencia, se le concedía un plazo de veinte días naturales para abandonar el país.

Las autoridades responsables rindieron sus informes justificados respecto de la ampliación de la demanda de amparo.

Posteriormente, una vez substanciado el juicio de amparo en todas sus etapas, y desahogadas las pruebas ofrecidas por las partes, la audiencia constitucional inició el diecinueve de enero de dos mil dieciocho.

Consideraciones

El Juzgado de Distrito reconoció el riesgo inminente que tuvo la quejosa derivado de los actos del Instituto Nacional de Migración, ya que iniciaría en su contra un proceso migratorio con la finalidad de proceder a su deportación o a su retorno asistido y obligarla a abandonar el territorio nacional al surtirse en la especie el supuesto previsto en el artículo 115 de la Ley de Migración.[2]

[2] El artículo 115 de la Ley de Migración establece: *"El Instituto contará con los mecanismos de retorno asistido y deportación para hacer abandonar el territo-*

Al respecto, en el caso, cobró especial relevancia la excepción contenida en la fracción IV, artículo 17 de la Ley de Amparo, que alude a que la demanda podrá presentarse en cualquier tiempo, cuando los actos importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, *deportación*, destierro, cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o la incorporación forzosa al servicio del Ejército, Armada o Fuerza Aérea Nacionales.

Por ello, al consistir el acto reclamado en la deportación de la quejosa -ante su situación migratoria irregular-, el juicio de amparo puede ser promovido en cualquier tiempo y no está sujeto al plazo legal genérico previsto en el artículo 17 de la Ley de Amparo para el ejercicio de la acción constitucional.[3]

Ahora, con fundamento en el artículo 74, fracción I de la Ley de Amparo, se precisaron los siguientes actos reclamados:

Autoridades responsables	Actos reclamados
Presidente de la República	La expedición, orden de publicación, rúbrica, refrendo y expedición del Reglamento de la Ley de Migración publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de septiembre de dos mil doce, en específico, el artículo 146, último párrafo.

rio nacional a aquel extranjero que no observó las disposiciones contenidas en esta Ley y su Reglamento".

[3] Para mayor referencia, consúltese la tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito Época, Décima Época, Registro: 2004829, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXVI, noviembre de 2013, tomo 2, Materia: Común, Tesis: IX.3o.17 K (10a.), página: 981, cuyo rubro es el siguiente: ACTOS DICTADOS FUERA DE PROCEDIMIENTO QUE AFECTAN A LA LIBERTAD PERSONAL. CONFORME AL ARTÍCULO 17, FRACCIÓN IV DE LA LEY DE AMPARO, LA DEMANDA PROMOVIDA EN SU CONTRA NO ESTÁ SUJETA A PLAZO ALGUNO.

Autoridades responsables	Actos reclamados
Secretario de Gobernación	Artículo 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, publicados en el Diario Oficial de la Federación el ocho de noviembre de dos mil doce.[a]
Subdirectora de Atención a Trámites "C" de la Dirección de Trámites "A" de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México.	El oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa y se le concedió el plazo de veinte días naturales contados a partir de que surtiera efectos la notificación de dicha resolución para salir del país.
Comisionado del Instituto Nacional de Migración.	
Director de Atención a Trámites "A", del Instituto Nacional de Migración.	
Jefe de Atención a Trámites "C", del Instituto Nacional de Migración.	
Subdirector de Atención a Trámites "F" de la Dirección de Trámites "B" de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México.	El oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la quejosa y se le concedió el plazo de veinticinco días naturales contados a partir de que surtiera efectos la notificación de dicha resolución para salir del país.

[a] El artículo 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, establece: "*El Instituto negará la regularización de situación migratoria a la persona extranjera en los siguientes casos:*

[...]

III. Cuando sus antecedentes en los Estados Unidos Mexicanos o en el extranjero puedan comprometer la soberanía nacional, la seguridad nacional o la seguridad pública.

Lo anterior, aun cuando las personas extranjeras se encuentren en las hipótesis previstas en los artículos 133 y 134 de la Ley."

El Juez de Distrito determinó la inexistencia del acto reclamado consistente en el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa y se le concedió el plazo de veinte días naturales contados a partir de que surtiera efectos la notificación de dicha resolución para salir del país, toda vez que al rendir sus respectivos informes con justificación negaron el acto que les fue reclamado, por lo que, ante la negativa de las responsables correspondía a la parte quejosa el ofrecimiento de pruebas para desvirtuarla sin que lo hicieran así.

Por lo anterior, cobró firmeza la negativa de las autoridades de mérito y se sobreseyó el juicio de amparo respecto del acto que se les atribuyó, de conformidad con el artículo 63, fracción IV, de la ley de la materia.

Ahora, se tuvo por cierto el acto reclamado al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos consiste en la expedición, orden de publicación, rúbrica, refrendo y expedición del Reglamento de la Ley de Migración publicado en el Diario Oficial de la Federación veintiocho de septiembre de dos mil doce, en específico el artículo 146, último párrafo, así como el acto reclamado al Secretario de Gobernación consistente en los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, toda vez que su certeza quedó plenamente acreditada, en tanto que por su naturaleza, son de conocimiento general, al haberse publicado tales ordenamientos en el Diario Oficial de la Federación y, por consiguiente, no son objeto de prueba en términos de los artículos 86 y 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente a la Ley de Amparo.

Asimismo, se tuvo por cierto el acto reclamado al Subdirector de Atención a Trámites “F” de la Dirección de Trámites “B” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, consistente en el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa y se le concedió el plazo de veinticinco días naturales para salir del país, toda vez que al rendir su informe con justificación reconoció la existencia del acto reclamado.

También se tuvo por cierto el acto reclamado de la Subdirectora de Atención a Trámites "C" de la Dirección de Trámites "A" de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, consistente en el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa y se le concedió el plazo de veinte días naturales para salir del país, toda vez que al rendir su informe con justificación reconoció la existencia del acto reclamado.

Ahora, se analizó el cambio de situación jurídica respecto del oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se negó a la parte quejosa la regularización de su situación migratoria por unidad familiar con motivo del matrimonio contraído con un mexicano, por lo que se advirtió de oficio la causal de improcedencia contenida en la fracción XVII del artículo 61 de la Ley de Amparo.

En ese sentido, derivado de que la parte quejosa solicitó nuevamente la regularización de su situación migratoria por unidad familiar con motivo del nacimiento de su hija en el territorio nacional, de las constancias de autos no obró probanza alguna que acreditara que el vínculo matrimonial entre la quejosa y el mexicano aún subsista.

De modo que se consideró consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas por cuanto hace al oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, pues no tuvo efecto práctico alguno pronunciarse respecto si debió o no resultar procedente la regularización de la situación migratoria de la quejosa, debido a que existe un nuevo procedimiento incoado por la parte quejosa en la que solicitó por segunda ocasión la regularización de su situación migratoria, pero por razones diferentes.

En ese orden de ideas, se consideró que la resolución contenida en el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete cambió la situación jurídica de la quejosa, respecto de su situación migratoria determinada previamente a través del diverso oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, por lo que se colige que la determinación contenida en este último oficio ya no podría surtir sus efectos.

Por tanto, es inconcuso que se actualice la causa de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XVII, de la Ley de Amparo respecto del oficio con número de folio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, en consecuencia, se sobreseyó el juicio en cuanto a este acto reclamado con fundamento en el artículo 63, fracción V, de ese ordenamiento.

Cuestión previa

Derecho fundamental de residencia de una persona extranjera por ser progenitora de una niña nacional a la luz de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Gerardo Ruiz Zambrano contra la Oficina Nacional de Empleo de Bélgica.

El Juzgado de Distrito motivó la sentencia de amparo con el asunto C-34/09 resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, correspondiente al *Caso Ruiz Zambrano contra la Oficina Nacional de Empleo de Bélgica,* cuya litis consistió en el alcance del derecho de residencia de nacionales de un Estado tercero, progenitores de dos niños ciudadanos de la Unión Europea.

El señor Gerardo Ruiz Zambrano -de nacionalidad colombiana- demandó un pronunciamiento respecto de la posibilidad de extender el derecho de residencia en un Estado miembro de la Unión Europea -Bélgica- por ser progenitor de dos ciudadanos comunitarios, ya que en su calidad de ascendente es responsable de la manutención de sus hijos -de nacionalidad belga- al tiempo que también solicitaba se le eximiera del requisito de obtener un permiso de trabajo en el Estado miembro de acogida para tal efecto.

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que la no concesión del permiso de residencia al progenitor de dos ciudadanos comunitarios implicaría que deberían abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores.

En consecuencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que la denegación de un permiso de residencia a una

persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro de la Unión en el cual residen sus hijos, cuya manutención asume y la negativa de conceder un permiso de trabajo a esta persona tiene por efecto privar a los niños el ejercicio pleno de los derechos que les confiere el Estatuto de Ciudadanos de la Unión Europea, así como una violación al derecho a la vida en familia.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió en el sentido de que el Derecho de la Unión se opone a que un Estado miembro deniegue, por un lado, a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos, ciudadanos de la Unión Europea, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, conceder un permiso de trabajo a dicho nacional de un Estado tercero, en la medida en que tales decisiones privarían a los niños el disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión Europea.

Estudio

El estudio de la sentencia de amparo se realizó en primer momento respecto de la inconstitucionalidad de los artículos 146, último párrafo del Reglamento de la Ley de Migración, y 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, para ello analizó el derecho a la igualdad y no discriminación, desde la perspectiva del principio de universalidad, el derecho a la unidad familiar, tal y como se expone a continuación.

Principio de universalidad de los derechos fundamentales. En la doctrina se hace referencia a la universalidad de los derechos fundamentales como concepto de titularidad de los derechos que se adscriben a las y los seres humanos, lo que se encuentra íntimamente relacionado con el principio de igualdad.

Se ha pensado que lo que convierte en fundamental un derecho en términos valorativos y teóricos es su estructura igualitaria; es decir, el hecho de proteger intereses o necesidades tendencialmente generalizables o incluyentes, y por ello, indisponibles e inalienables. Eso sería, precisamente, lo que distinguiría un de-

recho fundamental de un privilegio, cuya estructura es, por definición, tendencialmente selectiva, excluyente y alienable.[4]

Se ha entendido que los rasgos principales de los derechos humanos se centran en la racionalidad, la abstracción, así como en la pretensión de validez general de los criterios de moralidad contenidos en aquéllos,[5] lo que genera que sean válidos para cualquier momento y espacio de la historia. Así, desde una perspectiva filosófica y como *deber ser* externo al derecho positivo, se ha afirmado que todos los derechos fundamentales tendrían que estar anclados en la condición de persona y/o de capaz de obrar, y no ya en la ciudadanía.[6]

En ese orden de ideas, se ha dicho que el universalismo de los derechos fundamentales representa:

1) Que con el requisito de ser humano se es titular de los derechos humanos, y basta sólo con esa condición en cualquier contexto y circunstancia;
2) Que los derechos fundamentales no se sitúan en el ámbito del derecho positivo, pues ello supondría una contextualización y una diferencia de acuerdo con el tenor de cada sistema jurídico. Para esta tesis son excluyentes la universalidad de los derechos y su atribución exclusiva a sujetos de un ordenamiento jurídico concreto;
3) Que los derechos humanos están inscritos en el campo de la ética; de ahí su denominación como derechos morales (valores universales);
4) Que la descontextualización de los derechos les desvincula de instituciones concretas, de culturas históricas, y de escuelas filosóficas o religiosas;
5) Que ello conduce a la consideración de todos los seres humanos como agentes morales, con la superación de las moralidades positivas *locales*, en favor de una ética co-

[4] Véase Pisarello, Gerardo. *Los Derechos Sociales y sus Garantías, op. cit.,* p. 37-38.

[5] Se hará referencia central a la posición mantenida en Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General,* Madrid: UC3M, 1999, p. 297-320.

[6] Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia,* p. 120.

mún y general, de un código realmente impersonal de acción moral; y,

6) Que, ese planteamiento, exige una gran abstracción en la formulación de los derechos y la ausencia de un escenario concreto, lo que supondría la presencia de obligaciones generales, y no meramente posicionales.[7]

En la práctica jurídica, el tema relativo a la titularidad de los derechos fundamentales guarda relación con la capacidad jurídica abstracta para estar comprendido dentro de la protección que suponen las normas sobre derechos y libertades. En relación con ese aspecto, la doctrina ha señalado que la adquisición de la personalidad puede identificarse con la capacidad para ser titular de los derechos inviolables reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional. Se ha dicho, en consecuencia, que, aunque el ordenamiento haya querido dispensar un trato desigual a los gobernados y no convertirlos simultáneamente en titulares de todos los derechos, distinguiendo, por ejemplo, entre nacionales y extranjeros, sí ha decidido conferirles a todos la misma abstracta capacidad para alcanzar dicha titularidad desde el momento en que adquieren personalidad.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha comenzado a hacer realidad, paulatinamente, la universalidad de los derechos humanos, por ejemplo, en el tema migratorio, a través de las siguientes directrices, presentes en los casos que se indican a continuación:

a) La política migratoria de los Estados miembros debe respetar los derechos humanos de las personas migrantes. Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos, por lo tanto, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.[8]

---

7 *Ídem*.

8 Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

b) El principio de no discriminación debe respetarse tratándose de migrantes. La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas, por ello los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Derecho a la unidad familiar

Derecho de la niñez a la convivencia familiar. Separación injustificada de la niña de su núcleo familiar. Inconvencionalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las niñas y niños tienen derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, además, está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[9] V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,[10] 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el disfrute mutuo de la conviven-

[9] El artículo 12.1 establece: "*nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*"

[10] El artículo v dispone: "*toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.*"

cia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos no sólo tiene como objetivo preservar el individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sino que, además, este artículo supone obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar.

En relación con el derecho a la familia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niñas y niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana[11] (Caso la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211).

Derecho de las niñas y niños en procedimientos de expulsión de sus padres en materia migratoria. Las autoridades deben considerar el interés superior de la niñez al emitir sus determinaciones. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niñas y niños. En ese sentido, el Tribunal Interamericano ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección a favor de la niñez, sino también a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.[12]

Por ende, la separación de niñas y niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho,[13]

---

11 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

12 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 66; y Caso Forneron e hija Vs. Argentina, párr. 116.

13 Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 71 y 72, y Caso Forneron e hija Vs. Argentina, párr. 116.

pues inclusive las separaciones legales de las niñas y niños de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior de la niñez, son excepcionales y, en lo posible, temporales.[14]

Además, la separación de niñas y niños de sus madres y padres, pueden en ciertos contextos poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de estos, los cuales deben ser garantizados por el Estado según lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de las niñas y niños, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo.[15]

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la participación de niñas y niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes contra su familia, sus madres y padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de la niñez, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados. En atención a los criterios señalados, la Corte Interamericana consideró que en ese caso las y los niños tenían el derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que derivaron en su expulsión y la de sus madres y padres. En ese sentido, la Corte

[14] Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 77.

[15] Cfr.- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 66 y 71. En el mismo sentido, el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" dispone que "*todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre*".

Interamericana advirtió que Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo debieron haber sido considerados parte interesada o activa por las autoridades en esos procedimientos, pues resultaba evidente que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses.

De esta forma, el Tribunal Interamericano señaló que independientemente de si fue presentada una solicitud específica de asilo a su favor en atención a su situación migratoria y sus condiciones, el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión. Sin embargo, no consta en ninguna de las decisiones de la Fiscalía o del SENAMIG que se tomara en cuenta, así fuera mínimamente, el interés de la niñez.

Es decir, el Estado trató a los niños como objetos condicionados y limitados a los derechos de la madre y padre, lo cual atenta contra su calidad como sujetos de derechos[16] y contra el sentido del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En conclusión, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos consideró que el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección de los niños y de la familia, recono-

[16] La consideración de las y los niños como verdaderos "*sujetos de derecho*" es un nuevo paradigma instaurado por el derecho internacional de los derechos humanos, ya que ha sido reconocido por diferentes Tribunales, Cortes Constitucionales y Cortes Supremas de la región. En este sentido, véase en general, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-356/11 y C-357/11, sentencia del 6 de diciembre de 2012, párr. 75 y 82; Corte Constitucional de Colombia, Caso Raquel Estupiñón Enríquez, en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores de edad, presenta acción de tutela c/Resolución 230 del Departamento Administrativo de Seguridad, Sentencia T-215/96, del 15 de mayo de 1996; y Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, recurso de amparo, interpuesto por Edwin Zumbado Duarte, a favor de Noemi Cruz Izaguirre, contra Director General de Migración y Extranjería, sentencia del 5 de diciembre de 2008.

cidos en los artículos 19 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 8.1, 22.7, 22.8, 25 y 1.1 de la misma (Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.).

Principio de unidad familiar. En materia migratoria, la autoridad de los Estados para regular quién puede ingresar, permanecer o abandonar su territorio, está limitada por el derecho internacional, "*especialmente por el principio de unidad familiar como eje rector y el reconocimiento del interés superior de la niñez*".[17]

El derecho a la unidad familiar ha sido establecido en varios instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 163 contempla a la familia como "*elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*"

Una de las razones más frecuentes para la disolución de la unidad de la familia de la persona migrante es la expulsión del país huésped, "*en estos casos, los países huéspedes están obligados por la ley internacional a encontrar el justo equilibrio entre sus propios intereses (orden público o seguridad) y el derecho fundamental de los migrantes al respeto de su vida y unidad familiar en una relación de proporcionalidad.*"[18]

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 23 de noviembre de 2010, dictada en el caso Vélez Loor *vs* Panamá, señaló que en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migra-

17 Derechos de la infancia, migrantes y unidad familiar. UNICEF 2010.

18 Migración y familia. Fundamentos de Gestión de la Migración. Vol. II. Organización Internacional para las Migraciones, pág. 13. Consultable en la liga: http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v2/v2s05_cm.pdf

torias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos de las personas migrantes.

Los artículos 17.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señalan que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y que toda niña o niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de ser menores requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Asimismo, el diverso 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que dicho artículo forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia.[19]

En relación con el principio de unidad familiar y el correlativo deber del Estado de impedir que un niño sea separado de sus padres velando por el interés superior de la niñez, se desprende que "*cualquier decisión relativa a la separación de las niñas o niños y su familia, debe estar justificada por su interés superior*".[20]

Por su parte, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé la obligación que tienen los Estados de velar porque la o el niño no sea separado de su madre y padre contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior de la niñez. Dicho artículo, en su párrafo cuarto, contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores.

Respecto al derecho a la vida familiar de las niñas y niños en el marco de procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios, la Corte Interamericana

---

19 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, supra*, párr. 170.

20 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17/2002, párrafo 73.

de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, sostuvo que en aquellos supuestos en que la niña o niño tienen derecho a la nacionalidad, ya sea por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados -a raíz de una situación migratoria irregular- o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta axiomático que el menor conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como consecuencia de ello, el disfrute de la convivencia con sus padres.

En la citada opinión, la Corte Interamericana sostuvo que la ruptura de la unidad familiar mediante la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño resulta desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al padre a abandonar el territorio por causa de una infracción administrativa, por lo que señaló que cualquier órgano que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño.

A fin de sopesar los intereses en conflicto -facultad del Estado de implementar su política migratoria frente al derecho de los niños al disfrute de la vida de familia- el citado Tribunal señaló que es necesario evaluar que la medida impuesta por el Estado esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática.

En esa tesitura, resulta patente que existe un derecho fundamental de ambos progenitores extranjeros y de la niñez nacional a la unidad familiar por lo que es obligación del Estado impedir que un niño o niña sean separado de sus padres cuando ello no encuentre justificación en su interés superior.

Ahora, en México, el artículo 4 Constitucional señala que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, que 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, y el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Asimismo, los artículos 13, fracción IV y 22 de la Ley General de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reconocen el derecho de éstos a vivir en familia y señalan que las autoridades -federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México- en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de niñas, niños y adolescentes de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Migración señala que el Estado mexicano garantizará a las personas migrantes que pretendan regularizar su situación migratoria en el país el derecho a la preservación de la unidad familiar.

Respecto a la regulación migratoria, el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes, y que el ejercicio dicho derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil y de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

La Ley de Migración, en su título sexto denominado: "*del Procedimiento Administrativo Migratorio en Materia de Regulación Migratoria*", prevé la regulación relativa a los procedimientos para la regularización migratoria de personas extranjeras.

En específico, el artículo 132 de la Ley de Migración señala que las personas extranjeras tendrán derecho a solicitar la re-

gularización de su situación migratoria, cuando: carezcan de la documentación necesaria para acreditar su situación migratoria regular; la documentación con la que acrediten su situación migratoria se encuentre vencida, o hayan dejado de satisfacer los requisitos en virtud de los cuales se les otorgó una determinada condición de estancia.

Al respecto, el diverso 43 de la Ley de Migración señala que las autoridades migratorias podrán negar la expedición de la visa, la internación regular a territorio nacional o su permanencia a los extranjeros que se ubiquen en alguno de los siguientes supuestos:

> *"I. Estar sujeto a proceso penal o haber sido condenado por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, o que por sus antecedentes en México o en el extranjero pudieran comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública;*
>
> *II. Cuando no cumplan con los requisitos establecidos en la ley, su reglamento y otras disposiciones jurídicas aplicables.*
>
> *III. Cuando se dude de la autenticidad de los documentos o de la veracidad de los elementos aportados.*
>
> *IV. Estar sujeto a prohibiciones expresas de autoridad competente, o*
>
> *V. Lo prevean otras disposiciones jurídicas..."*

Por su parte, el artículo 133 de la Ley de Migración establece que el Instituto podrá regularizar la situación migratoria de las personas extranjeras que se ubiquen en territorio nacional y manifiesten su interés de residir de forma temporal o permanente en territorio nacional, siempre y cuando cumplan con los requisitos de la citada ley, su reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables. Asimismo, el citado precepto señala con independencia de lo anterior, tienen derecho a la regularización de su situación migratoria las y los extranjeros que se ubiquen en territorio nacional y que, entre otros supuestos, acrediten ser padre, madre, hija, hijo o tener la representación legal o custodia de persona mexicana o extranjera con condición de estancia de residente.

Principio de jerarquía normativa. El principio de jerarquía normativa, tutelado en el artículo 133 constitucional, consiste en que la validez de las disposiciones reglamentarias o administrativas, para efectos de aplicación, interpretación o integración normativa, se encuentra supeditada a que guarden congruencia con las normas legales existentes sobre la materia específica de regulación de que se trate y se sujeten a los principios jurídicos que emergen directamente de la ley, de la Constitución Federal y de los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte.

Lo anterior implica que los acuerdos y disposiciones reglamentarias, antes que oponerse, deben tener fundamento en normas sustentadas en otras de nivel superior, como lo son las leyes —al emanar del poder legislativo— las cuales, a su vez, están supeditadas, en cuanto a su validez, a otras normas de mayor jerarquía, que culminan en la Ley Fundamental del país, la cual entraña la suprema razón de validez del orden jurídico. Por tanto, las normas contenidas en un reglamento u otro ordenamiento administrativo, aun siendo expresas, no pueden válidamente regir contra la voluntad manifiesta del texto de la ley ni oponerse a sus lineamientos normativos.[21]

Jerarquía normativa tratándose de restricciones a los derechos humanos. Con relación a las restricciones a los derechos humanos, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de éstos no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana sobre Derecho

[21] Tesis: I.4o.A.496 A del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, septiembre de 2005, Tomo XXII, página 1529, de rubro: "PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA. DEBEN RESPETARLO LAS DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS O ADMINISTRATIVAS PARA SU VALIDEZ EN CASOS DE APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN O INTEGRACIÓN."

Humanos es permitida a la luz del artículo 30 de dicho tratado, consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por una ley en sentido formal y material.[22] En materia migratoria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, señaló que tratándose de medidas restrictivas del derecho a la preservación de la unidad familiar, deben estar previstas en una ley en sentido formal y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Ahora, ante tales consideraciones el Juzgado de Distrito advirtió que la litis consiste en analizar la constitucionalidad y convencionalidad de los artículos 146, último párrafo del Reglamento de la Ley de Migración y 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, así como del oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la quejosa a la luz de los derechos fundamentales a la igualdad, unidad familiar y legalidad -cuya violación alegó la parte quejosa en sus conceptos de violación-.

La parte quejosa tildó de inconstitucionales e convencionales la fracción III, inciso b), y último párrafo del artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración, así como el diverso 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, al estimar que son violatorios del principio de jerarquía de la norma, al establecer mayores requisitos que la Ley de Migración para el otorgamiento de la regularización migratoria por unidad familiar e igualdad, al establecer un trato discriminatorio -entre personas extranjeros y nacionales- respecto a la protección del derecho a la unidad familiar.

---

22 *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 176, y *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 27 y 32.

En primer término, se analizó el contenido del artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración, el cual, contrario a lo que alegó la parte quejosa, no establece mayores requisitos que la Ley de Migración para el otorgamiento de la regularización migratoria, pues éste únicamente señala que -en general- para la atención de las solicitudes de regularización de situación migratoria, la autoridad, previa verificación del cumplimiento de los requisitos aplicables y de las listas de control migratorio, emitirá la resolución que corresponda, esto es, el precepto invocado establece como pautas para que la autoridad migratoria atienda las solicitudes de regularización la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en las disposiciones aplicables y de las listas de control migratorio, sin limitarla a que niegue las solicitudes por algún supuesto en específico.

Asimismo, el artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración tampoco prevé algún límite a lo señalado por el artículo 133 de la Ley de Migración, relativo a que las personas extranjeras que acrediten ser padre, madre, hija o hijo de persona con condición de estancia de residente tienen derecho a la regularización de su situación migratoria con independencia de que cumplan con los requisitos previstos la normativa aplicable.

En ese sentido, se destaca que el artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración no niega el derecho a la unidad familiar, en tanto que no contiene supuestos que impliquen la separación del menor de sus padres injustificadamente.

En relación a los principios de igualdad y unidad familiar, se consideró que el citado artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración tampoco los inobserva, pues si bien tanto la Ley de Migración como su reglamento establecen diversos requisitos para que las personas extranjeras puedan permanecer en el país, tales como adjuntar a la solicitud de regularización el documento oficial que acredite su identidad, así como documento del que se desprenda el vínculo con mexicano o persona extranjera con residencia regular en territorio nacional; el pago de la multa respectiva; la verificación del cumplimiento de los requisitos aplicables y las listas de control migratorio; el documento migratorio vencido en caso de que se hubiera excedido el período de estancia inicialmente otorgado; comparecer ante la autoridad

migratoria para solicitar la regularización cuando así se le cite; los cuales no son exigibles tratándose de personas nacionales, tal distinción resulta proporcional, pues está sustentada en las políticas migratorias del Estado mexicano encaminadas a controlar el ingreso y salida de su territorio respecto de personas que no son nacionales.

Al respecto, se debe tener presente que para que las diferencias normativas puedan considerarse proporcionales, es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Para lograrlo, la justificación objetiva y razonable a que se remite debe ser valorada ya sea con base en lo expuesto en el proceso legislativo o inclusive lo expresado en el propio texto de la ley, a efecto de contar con elementos suficientes que permitan determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto o preceptos reclamados.

Lo aseverado es así, si se considera que las normas legales son producto de un proceso legislativo que únicamente constituye una herramienta interpretativa de ley, en la medida en que el juzgador considere que las razones ahí contenidas son determinantes para fijar el alcance y sentido de la norma, por lo que si el legislador omite expresar las razones por las cuales se considera necesario emitir una norma, de ninguna manera pueden conllevar a que por ese sólo hecho resulte inconstitucional un precepto legal al carecer de argumentos que sustenten su finalidad e idoneidad, pues con ello no se determina inequívocamente el resultado del test de constitucionalidad respectivo.

En ese sentido, el más Alto Tribunal ha sostenido que tratándose de actos de autoridad legislativa el requisito de fundamentación se satisface cuando el legislador actúa en el ámbito y límites de la Constitución y la motivación se colma cuando las leyes que emite se refieren a relaciones sociales que deben regularse jurídicamente y, si bien del derecho humano de igualdad ante la ley

deriva un mandamiento vinculante para el legislador ordinario, que le exige dar trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual; lo cierto es que dada la posición constitucional del legislador, en virtud de su legitimidad democrática, no se exige que toda diferenciación normativa deba ser justificada en la exposición de motivos o bien, en todo el proceso legislativo, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable.

Establecido lo anterior, en el caso no se actualizó un trato desproporcional a las personas extranjeras que buscan regularizar su situación migratoria derivado del contenido del artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración ya que los requisitos para tal efecto, a saber: adjuntar a la solicitud de regularización el documento oficial que acredite su identidad, así como documento del que se desprenda el vínculo con mexicano o persona extranjera con residencia regular en territorio nacional; el pago de la multa respectiva; la verificación de la inexistencia de registro vigente en las listas de control migratorio; el documento migratorio vencido en caso de que se hubiera excedido el período de estancia inicialmente otorgado; comparecer ante la autoridad migratoria para solicitar la regularización cuando así se le cite; todos ellos forman parte de los mecanismos de control de la política migratoria del Estado México.

Sobre este tema la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que los Estados guardan un ámbito de amplia discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias por lo que en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias,[23] pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos hu-

[23] La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, entre otros) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 163.

manos establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[24]

Máxime que tal como se precisó con anterioridad, el artículo 10 de la propia Ley de Migración señala que el Estado mexicano garantizará a los migrantes que pretendan regularizar su situación migratoria en el país el derecho a la preservación de la unidad familiar. Y es precisamente en aras de garantizar el citado derecho que el diverso 133 de la Ley de Migración establece que las personas extranjeras que acrediten ser padre, madre, hija o hijo, o tener la representación legal o custodia de persona mexicana o extranjera con condición de estancia de residente, tienen derecho a la regularización de su situación migratoria con independencia de que cumplan con los requisitos previstos la normativa aplicable.

Por tales motivos, el artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración no resultó inconstitucional ni inconvencional, de ahí que se negó el amparo a la quejosa.

Ahora, la quejosa también reclamó el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2011, emitidos por el Secretario de Gobernación, así como la resolución de treinta de marzo de dos mil diecisiete, como primer acto de aplicación de dicha norma.

El artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios viola el derecho fundamental de ambos progenitores y de la niña o niño a la unidad familiar en tanto que propicia la ruptura de dicho lazo al impedir la regularización de la situación migratoria de un progenitor de una niña o niño mexicano.

Sobre el particular, la Corte Interamericana sostuvo que la ruptura de la unidad familiar mediante de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la

[24] Asunto *Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de agosto de 2000, Considerando cuarto.

restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño resulta desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al padre a abandonar el territorio por causa de una infracción administrativa, por lo que señaló que cualquier órgano que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño.

En esa tesitura, resulta inconcuso que el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios vulnera el derecho fundamental a la unidad familiar del progenitor y del menor nacional, máxime que es obligación del Estado impedir que un niño sea separado de sus padres cuando ello no encuentre justificación en el interés superior del menor.

Asimismo, el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios resulta violatorio del principio de jerarquía normativa -consistente en que la validez de las disposiciones administrativas se encuentra supeditada a que guarden congruencia con las normas legales existentes sobre la materia de que se trate- pues la citada norma limita la procedencia de la regularización migratoria en los casos referidos en el párrafo anterior, con independencia de que se trate de extranjeros que sean madres o padres de hijas e hijos mexicanos, no obstante el artículo 133 de la Ley de Migración establece que en tales casos las personas extranjeras tendrán derecho a la regularización migratoria aun cuando no se acrediten los requisitos previstos en la normativa aplicable.

Esto es, aun cuando el artículo 133 de la Ley de Migración reconoce el derecho a la unidad familiar de hijas e hijos mexicanos -por lo que no les exige que acrediten los diversos requisitos que la ley prevé para regularizar su situación migratoria- el diverso 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios lo desconoce; de ahí que sea violatorio del principio de jerarquía normativa.

Aunado a lo anterior, el artículo impugnado contraviene el principio de legalidad, toda vez que como se precisó párrafos atrás, las restricciones al goce y ejercicio de los derechos humanos deben estar previstas en una ley en sentido formal y material y, en el caso, la restricción al derecho a la unidad familiar de las personas extranjeras se encuentra contenida en uno de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios emitidos por el Secretario de Gobernación, ordenamiento que no constituye una ley en sentido formal, por lo que existe una clara inobservancia al principio de legalidad y de jerarquía normativa.

Máxime que tal como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, la medida impuesta por el Estado debe cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, lo que no ocurrió en el caso, porque limita de forma generalizada la regularización migratoria en supuestos genéricos, sin prever la posibilidad de un análisis individualizado de cada caso, no obstante que, como ya se precisó, tales restricciones deben contemplar la posibilidad de analizar las circunstancias particulares en aras ponderar el derecho al disfrute de la vida familiar frente a la política migratoria del Estado, de lo que se sigue que dicho límite tampoco es proporcional, pues una medida que no limitara de forma genérica el derecho citado sería menos restrictiva, máxime que para que el Estado pueda implementar sus políticas migratorias y, en específico, sancionar infracciones administrativas relacionadas con irregularidades migratorias, no es necesario establecer un límite indiscriminado en los casos referidos en párrafos que preceden.

Lo anterior también resultó violatorio al principio de igualdad y de universalidad de los derechos humanos, máxime que, desde la perspectiva del Juzgado de Distrito, el artículo 1 Constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impide que los poderes públicos emitan actos o normas que impliquen un trato diferenciado exclusivamente por razones de nacionalidad, que priven o restrinjan a las personas extranjeras del derecho a la unidad familiar en los términos expuestos.

Por tales motivos, el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios es contrario a los principios

de igualdad, legalidad, jerarquía normativa, al interés superior de la niñez, a los derechos a la vida familiar y a que las niñas y niños no sean separados de ambos progenitores contra la voluntad de éstos, en consecuencia, lo procedente fue conceder el amparo y protección de la justicia a la parte quejosa.

Ahora, el Juzgado de Distrito consideró que la autoridad administrativa negó la regularización migratoria a la parte quejosa porque de la revisión en las listas de control migratorio se encontró registro vigente a su nombre, sin que la responsable señalara mayores elementos o razones por las que el hecho de que se haya encontrado tal registro implicaba, per se, la negativa al citado trámite.

La determinación alcanzada por la autoridad migratoria es violatoria al derecho fundamental de la progenitora y de la niña a la unidad familiar, ya que ordenó a la parte quejosa a abandonar el país sin considerar que las infracciones administrativas derivadas de su internamiento irregular al territorio nacional no son motivo suficiente y justificado para expulsarla del país.

Efectivamente, las infracciones cometidas por la parte quejosa deben seguir su cauce procesal respectivo, en el que en su caso, la autoridad migratoria de estimarlo conducente, se encuentra en la posibilidad de imponer las sanciones administrativas o realizar las denuncias correspondientes, sin embargo, en ningún caso se justifica que pueda sancionarse a la personas extranjera infractora -progenitora de la niña mexicana- con la expulsión del territorio nacional en tanto que dicha medida resultó desproporcionada en estos supuestos por los motivos que supuestamente se le atribuyen.

Al respecto, se sostiene que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño resulta desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al padre a abandonar el territorio nacional por causa de una infracción administrativa, habida cuenta que cualquier medida que implique la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del

mismo modo, una decisión individual, evaluando y determinando el interés superior de la niñez, lo que en el caso no acontece.

Fijado lo anterior, respecto a la alerta migratoria que motivó la expulsión de la quejosa del territorio nacional ante la negativa del Instituto Nacional de Migración de regularizar su situación migratoria, el Subdirector del Centro Nacional de Alertas del Instituto Nacional de Migración comunicó que la quejosa se encontraba relacionada en un proceso de investigación en el cual se detectaron un número aún no definido de personas extranjeras que presentaron trámites ante la oficina del Instituto Nacional de Migración en Tlalnepantla de Baz, Estado de México, exhibiendo documentación presuntamente falsa, razón por la cual el Instituto Nacional de Migración en ejercicio de sus atribuciones e inició denuncia penal en contra de diversas personas de las cuales se generó la noticia criminal incoada en la Fiscalía de Asuntos Especiales de la Procurador General de Justicia del Estado de México.

Sin embargo, la noticia criminal no puede considerarse motivo suficiente para negar la regularización migratoria por unidad familiar, pues tal como se precisó con anterioridad, tratándose de separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores se deben contemplar las circunstancias particulares del caso concreto para garantizar una decisión individual en la que se evalúe el interés superior de la niñez.

En efecto, si bien el Subdirector de Atención a Trámites "F" de la Dirección de Trámites "B" de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México señaló que se actualizaban en contra de la quejosa los supuestos previstos en el artículo 43, fracciones I y IV de la Ley de Migración, no precisó cuál de dichos supuestos se actualizaba al haberse encontrado el registro referido, lo que implicó una deficiente fundamentación y motivación de la resolución impugnada y, por ende, inobservancia al principio de legalidad.

De esta forma toda vez que de los actos reclamados no se puede conocer con certeza el origen y los hechos que motivaron la emisión de la alerta migratoria en contra de la quejosa y su registro en las listas de control migratorio, por ser precisamente el

sustento de la negativa del trámite migratorio por unidad familiar solicitado por ésta, es que los oficios reclamados carecieron de la debida y suficiente fundamentación y motivación.

En ese orden de ideas, el Juzgado de Distrito arribó a la convicción de que tornó ilegal el acto reclamado, la circunstancia de que la negativa a regularizar la situación migratoria de la quejosa, haya sido con motivo del registro vigente en las listas de control migratorio, respecto de la cual se desconoce su origen, así como la autoridad que la emitió.

Aunado a lo expuesto, se consideró que el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa, violó el derecho a la vida familiar, toda vez que el hecho de detectar un registro vigente a nombre de alguna persona en las listas de control migratorio o cualquier otra irregularidad, por sí, no puede considerarse motivo suficiente para negar la regularización migratoria por unidad familiar, pues tal como se precisó con anterioridad, tratándose de separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores se deben contemplar las circunstancias particulares del caso concreto para garantizar una decisión individual en la que se evalúe el interés superior de la niñez, lo que no ocurrió en el caso, pues la responsable se limitó a señalar que la negativa a la regularización solicitada se debió a los resultados obtenidos del "*registro vigente en las listas de control migratorio*", sin exponer mayores razones por las que arribó a tal negativa.

Por tales motivos, ante la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa, se procedió a conceder el amparo y protección de la justicia federal.

Efectos de la sentencia de amparo

El amparo y protección de la justicia federal se otorgó para el efecto de que el artículo 47, último párrafo de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios se desincorporara

de la esfera jurídica de la parte quejosa y no le sea aplicado en el futuro.

Concesión que se hizo extensiva al oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la quejosa, a fin de que emitiera una nueva en la que aplicara el artículo 133 de la Ley de Migración, y otorgara la regularización migratoria por unidad familiar a la parte quejosa.

Resolución

El Juzgado de Distrito determinó sobreseer el juicio respecto del acto reclamado al Comisionado del Instituto Nacional de Migración, al Director de Atención a Trámites "A" y al Jefe de Atención a Trámites "C", ambos del Instituto Nacional de Migración consistente en el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se negó el trámite migratorio a la quejosa y se le concedió el plazo de veinte días para salir del país; así como el acto reclamado a la Subdirectora de Atención a Trámites "C" de la Dirección de Trámites "A" de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México consistente en el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se negó el trámite migratorio y se le concedió el plazo de veinte días naturales para salir del territorio nacional.

Asimismo, la Justicia de la Unión no amparó ni protegió a la quejosa contra el artículo 146, último párrafo del Reglamento de la Ley de Migración reclamado al Presidente de la República y al Secretario de Gobernación.

Finalmente, la Justicia de la Unión Amparó y Protegió a la quejosa contra el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios y contra el acto que reclamó al Subdirector de Atención a Trámites "F" de la Dirección de Trámites "B" de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, consistente en el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través de los cuales se le negó el trámite migratorio y se le concedió un plazo para abandonar el país.

Recurso de revisión

La autoridad responsable Secretaría de Gobernación, interpuso recurso de revisión en contra de la sentencia que dictó el Juzgado de Distrito, quien por turno correspondió conocer al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito,[25] y mediante resolución dictada en la sesión de veintiséis de abril de dos mil dieciocho, se confirmó la sentencia recurrida.

Cumplimiento de sentencia

El Juzgado Federal inició el procedimiento cumplimiento de la ejecutoria de amparo y requirió a las autoridades responsables realizar las acciones correspondientes para dar cumplimiento a la ejecutoria. Derivado del análisis de las constancias exhibidas por las autoridades responsables, el Juzgado Constitucional solicitó constancias para mejor proveer a la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración, respecto de la cancelación de alerta migratoria a nombre de la quejosa; dicha autoridad desahogó el requerimiento e informó que otorgó la condición de estancia residente permanente a favor de la parte quejosa, porque acreditó ser madre de una niña mexicana.

Por tales motivos, el veintinueve de junio de dos mil dieciocho, el Juzgado de Distrito dictó el pronunciamiento de cumplimiento de la ejecutoria de amparo, mediante el cual analizó las gestiones realizadas por las autoridades responsables y tuvo por cumplido el fallo protector, en consecuencia, remitió al archivo judicial el expediente de amparo como asunto concluido.

[25] El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, admitió a trámite el recurso de revisión interpuesto por la autoridad responsable y lo registró con el número de expediente: RA-55/2018.

Parte III
El presente y el futuro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Los Desafíos de la globalización y la era tecnológica para los Derechos Humanos

*Bernardo Anwar Azar López**
*María de Jesús Medina Arellano***

Sumario: 1. Cómo razonar los derechos humanos y el acceso al desarrollo tecnológico. 2. Nunca separar los Derechos Humanos, el acceso a las tecnologías y la biomedicina. 3. Políticas públicas y desarrollo tecnológico. 4. Ejemplos de problemáticas ambientales y algunas soluciones que la academia ha proveído para las comunidades. 5. Biotecnología y su relación con los Derechos Humanos. 6. Unos cuestionamientos sobre la universalidad que no es universal ni lineal en todos los contextos nacionales. 7. Derecho al Desarrollo en los avatares científicos y tecnológicos. 8. Conclusiones. Fuentes de información.

1. Cómo razonar los derechos humanos y el acceso al desarrollo tecnológico

No cabe duda que la humanidad, en un afán de evolucionar ha creado tecnologías y métodos que han permitido evolucionar las maneras en que se satisfacen las necesidades esenciales como techo, alimentación, vestido, salud y producción de riqueza.

* Profesor de la Facultad de Derecho, de la UNAM.

** Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I del CONACYT.

Es indispensable, antes de seguir con esta exposición que, a los Derechos Humanos se les debe apreciar desde diferentes perspectivas como la sociológica, la política, la jurídica y la económica;[1] sin dejar de precisar un concepto que quedaría así: *conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales.*[2]

Más allá de un debate doctrinal a ese respecto, nosotros sostenemos que esos derechos están a favor del hombre, y que los mismos son necesarios para que el ser humano tenga una vida digna tanto en sentido material, como para el desarrollo de todas sus potencialidades

En otras palabras, los mismos están al servicio del hombre y el hombre se reflexiona —a su vez— desde la Antropología Jurídica, misma que asevera que toda institución debe estar al servicio del ser humano.

Por ello, el Estado debe tomar en cuenta en todo momento la adecuada repartición de la riqueza y la satisfacción de las necesidades esenciales de las sociedades contemporáneas cada vez más exigentes de calidad en todo servicio y bien público que se le provea.

Sin lugar a dudas, será esencial tener sensibilidad en la problemática que se trate, para diseñar soluciones locales para las comunidades regionales.[3]

---

1 Puede leerse: Courtis, Christian, Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, 2ª ed., Madrid, Eudeba. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2009, pp. 19-38, 135-210, 397-429.

2 Quintana Roldán, Carlos F. y Norma D. Sabido Peniche, Derechos Humanos, 5ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 21.

3 Obsérvese el caso indígena canadiense: por un lado, se tiene la Estrategia Biotecnológica Nacional y la Canadian Environmental Protection Act, respecto a la aplicación de la ciencia y la tecnología en el uso de los organismos vivos, convirtiéndose en uno de los puntos focales de la política

Finalmente, podemos señalar que al hablar de Derechos Humanos y relacionarlos con el Desarrollo Económico y Humano, se puede notar, que no se puede universalizar todo, para tampoco generar debates doctrinales fútiles.

2. Nunca separar los Derechos Humanos, el acceso a las tecnologías y la biomedicina

Una vez que recordamos la esencia de los derechos humanos, se puede observar la regulación del uso de las tecnologías de la información más allá del Derecho Competencial, ya que se puede analizar la reglamentación de estas nuevas tecnologías para ver cuál será la actuación del Estado en los efectos sociales de las mismas en que se preserven en todo momento los derechos de seguridad jurídica, el derecho al desarrollo (más riqueza y su mejor distribución de la misma), en que el cuidado del aspecto social respete en todo momento el derecho de legalidad previsto en el primer párrafo, del artículo 16 constitucional (como la protección de los datos personales o habeas data), la garantía de los derechos de acceso a la banda ancha, su cobertura social y el acceso a los avances científicos y tecnológicos.

O sea, podemos hablar de los mismos principios constitucionales pero, con otra dimensión de los derechos al ciberespacio, derecho de la comunicación, derecho de acceso a las tecnologías de la información, disfrutar de los descubrimientos e inventos de la Biomedicina.

económica y como una manera de contribución con la industria farmacéutica nacional el que las empresas biotecnológicas busquen acercarse a los pueblos indígenas para firmar acuerdos para obtener información sobre sus conocimientos centenarios, puede leerse: Ocman Azueta, Claudia Anait, "Los derechos al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas canadienses en materia de biotecnología. Compromisos internacionales", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 311-329, http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222189014

2.1. Avances tecnológicos y el desarrollo nacional[4]

Actualmente, se habla de la cuarta revolución industrial, en que los conocimientos científicos y los conocimientos técnicos son los que determinan la pauta de varias políticas públicas, de la educación, de la salud, sobre la investigación, el mercado laboral; por lo que, la tecnificación y la innovación dictarán las pautas en todos los rubros dichos. La misma Biotecnología es producto de lo aducido anteriormente, mas allá de las técnicas que ha desarrollado en las últimas décadas *que han tenido por objeto la explotación industrial de los microorganismos de las células animales, vegetales y sus componentes.*

Es así que, observamos que la revolución de la informática, las computadoras, los dispositivos digitales, los robots, la ingeniería agrícola, el descubrimiento del código genético provocan profusos cambios en la sociedad y en la empresa de este siglo.[5] Aspectos que, cualquier gobierno deberá tomar en cuenta en sus planes sectoriales o como plan nacional de desarrollo.

2.2. Algunas reflexiones que nos apoyaran en la cuestión enunciada al principio de este epígrafe

Sin tener temor de equivocarnos, es recordar un punto de donde debe partir cualquier trabajo tecnológico o de ciencia que se lleve a la práctica, en que sea un común denominador la cultura del permanente esfuerzo por parte de los investigadores en avanzar en sus trabajos de búsqueda de la verdad de un hecho o fenómeno dado.

Sin tolerar casos de malas praxis científicas, mismos que se pueden prever con un adecuado marco conceptual sólido; así

[4] Pueden leerse todos los tomos de Kaplan, Marcos, Revolución Tecnológica, Estado y Derecho. Ciencia, Estado y Derecho en la Tercera Revolución, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Pemex, 1993 (Serie E: Varios, número 56).

[5] Léase Díaz Müller, Luis T., Derecho de la Ciencia y la Tecnología del Desarrollo, México, Porrúa, 1995, pp. 37-41.

como despertar una consciencia ética en toda actividad que se haga en nombre de la ciencia, ya que la misma debe buscar insoslayablemente el bienestar de la humanidad.[6]

a. El porqué de la ciencia y su Ética: la ciencia debe ser universal, misma que no sea exclusiva de una cultura o tiempo determinado, con el común denominador del esfuerzo común de la contribución del esfuerzo común de varias personas. Los científicos deben estar dispuestos en todo momento a dejar de lado una preconcepción o teoría asumida ante las nuevas evidencias.
b. Determinar el bien en la praxis de investigación de la ciencia en nuestro país: no dejar de lado la escuela de la ética de la virtud, deontología y consecuencialismo.

a) Ética de la virtud: con base en la concepción de Platón y Aristóteles la base del bien consistía en cultivar un buen carácter, para ello se tenían que desarrollar ciertas virtudes.
b) Deontología: proporciona una guía de la acción, no se trata de mejorar el carácter, se deben acatar ciertos deberes. En caso de basarse en la Teoría del Derecho nuestra responsabilidad se basará en reconocer y proteger los diversos derechos como la vida, la propiedad, las posesiones.
c) Consecuencialismo y utilitarismo: recordar la teoría del filósofo Jeremy Bentham, sobre el deseo del placer y el soslayo del dolor mismos que son universales.
d) El aparato crítico que se debe formar alrededor de todo producto científico y tecnológico que se conciba: es así que podemos observar la obra o producto para que sea probado, confrontado, cuestionado o destruido.
e) Propiedad intelectual y ciencia: cada investigador en cada obra que realice debe estar consciente sobre la autoría y expresar la misma en cada producto que presente ante la comunidad científica y la sociedad.

Comprender a la naturaleza, sus procesos, así como explicarlos y preverlos es la finalidad de la actividad cien-

[6] Puede leerse: R. Koepsell, David y Manuel H. Ruiz de Chávez, Ética de la investigación. Integridad científica, México, CONBIOÉTICA-CONACYT, 2015.

tífica; por ello, los objetivos de la ciencia deben estar separados pero alineados, la ciencia avanza *step by step*. En esa tesitura, los Comités de Ética deberán atender estos conflictos ya sea los públicos o privados, nunca descuidar la imparcialidad, la labor de las agencias que piden transparencia sobre cada proyecto científico elaborado, nunca descuidar el compromiso ético de toda labor científica.

f) Dignidad: tener el consentimiento informado en toda labor de experimentación o de investigación que se haga.
g) Beneficencia y no maleficencia: el beneficiar a alguien no tiene nada que ver con evitar causar daño. Causar un bien es mucho más importante y más plausible, como el cultivo de la ciencia en beneficio de los problemas nacionales.
h) Los Comités de Ética: mismos que nacieron para el cuidado y regulación de la actividad científica, ante las faltas de ética científica, guiados por los principios enunciados en el Código de Nuremberg y la Declaración de Helsinki, con la finalidad de que la sociedad mantenga la confianza en la ciencia.

   En los estudios preclínicos la revisión es más somera, pero, si se lleva a la clínica debe ser una revisión más minuciosa, al intervenir en muchas ocasiones organismos gubernamentales, empresas privadas o entes sociales. Es recomendable que se hagan verificaciones de las actividades científicas por un tercero al azar, en que no intervenga algún interés, sin descuidar la calidad de las investigaciones que se hagan.
i) Grupos vulnerables y justicia: para el caso de poblaciones vulnerables, los Comités de Ética deben vigilar del consentimiento informado y los debidos cuidados de beneficio de la actividad científica (Códigos de Nuremberg).

3. Políticas públicas y desarrollo tecnológico

Al hablar del pilar del desarrollo tecnológico y el desarrollo de la ciencia, cualquier país puede mejorar su estatus de subdesarrollo, pero ello requiere de mayor financiamiento para la investiga-

ción y el desarrollo, incentivos fiscales, importancia de la Ciencia Básica; construir redes de investigación a nivel regional e internacional que atiendan los problemas comunes y los problemas globales.

Pasamos por una etapa histórica en que se dan problemas por la contaminación de la tierra, el agua, el manejo de residuos sólidos; la existencia de nuevos materiales (cerámica); la nueva estructura de la empresa; la aplicación industrial de la biología molecular a partir del conocimiento del código genético contenido en el ADN; la nueva división del trabajo; las nuevas formas de generar riqueza y las nuevas metodologías de la enseñanza.

En la ingeniería genética se da una gran metamorfosis en el proceso de producción, capaz de hacer muchas reducciones en los costos; pero, todos esos conocimientos que se trabajan y han evolucionado en unas cuantas décadas, requieren de procesos de enseñanza y de asimilación, así como de adaptación a las necesidades locales, para no estar en la encrucijada del subdesarrollo permanente.

Desde 1975, con el surgimiento de las técnicas de la ingeniería genética, se abrieron las posibilidades para el uso de los organismos vivos y sus constituyentes en la producción de bienes y servicios. A manera de ejemplo, se encuentra en la agroindustria la compañía Genentechen (Estados Unidos) para iniciar los trabajos con organismos vivos; el desarrollo de la biología molecular y la bioquímica son desarrollos muy importantes al permitir la inmovilización de células y enzimas, incluso, se ha roto, con el curso natural de la evolución biológica (hay áreas de aplicación como en el sector salud, farmacéutico, cría de animales, elaboración de descontaminantes).

Otro ejemplo de los desafíos de la ciencia, se tienen como objetivos para el año 2025: promover la participación de las comunidades en la toma de decisiones relacionadas con el acceso a agua segura, condiciones higiénicas de vida, la utilización de los recursos hídricos para el desarrollo de actividades económicas, producción de alimentos, conservación de los ecosistemas, teniendo como políticas en común la biotecnología, riego de preci-

sión y menos consumo de agua en las actividades agrícolas, cobro de los costos de servicio de agua por suministrarla, admite los subsidios para los sectores de baja renta, cooperación entre estados para el uso de cuencas hídricas.[7]

Por tanto, toda política pública de innovación tecnológica debe contener tres escalas de operación: el laboratorio, la planta piloto y la planta industrial; esto se deriva de los senos de centros de investigación, generalmente realizado en las universidades y en las instituciones que llevan estándares de calidad en sus investigaciones.

4. Ejemplos de problemáticas ambientales y algunas soluciones que la academia ha proveído para las comunidades

4.1. Las tecnologías para el agua

Es indispensable que una vez que hemos mencionado el trabajo tecnológico y científico, también toquemos la reutilización de recursos naturales contaminados; el vital líquido lo podemos tomar como objeto de estudio, en el caso de las aguas negras, cada gobierno a nivel mundial puede estimular fiscalmente la adopción de tecnologías limpias.

Lo anterior se puede coordinar con políticas nacionales y mundiales sobre el calentamiento global, y la forma en que se puede utilizar el vital líquido para generar energía eléctrica. Lo que sin duda ayudaría al desarrollo local de las comunidades más atrasadas.

[7] Este argumento lo sustrajimos de nuestra obra: Azar López, Bernardo Anwar y María de Jesús Medina-Arellano, Derecho Humano de Acceso al Agua: Gestión del Oro Azul, México, Fontamara, 2017, colección Doctrina Jurídica Contemporánea, número 80, pp. 29-30. Además, razonar cómo la ciencia y la tecnología pueden ayudar a resolver algunos problemas ambientales generados, puede hacerse un estudio dogmático de la Ley de Ciencia y Tecnología publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de junio de 2002, así como la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, de la misma fecha.

4.1.2. Un ejemplo académico con repercusiones prácticas PUMAGUA[8]

El Programa de Manejo, Uso y Reúso del agua en la UNAM tiene 3 objetivos esenciales:

a) Reducir en un 50% el consumo de agua potable;
b) Mejorar la calidad del agua potable y la de reúso para riego de jardines, y
c) Lograr la participación de toda la comunidad universitaria.

Con lo anterior, llevar registros localizados y diferenciados del balance hidráulico (agua limpia y tratamiento de aguas residuales); evaluar diversos parámetros del agua potable y agua residual tratada para que su calidad cumpla con las normas respectivas, considerar los usos de abastecimiento, agua tratada para riego de áreas verdes, agua residual tratada para recarga del acuífero; llevar control de las plantas de tratamiento de agua residual; un sistema de información geográfica (SIG o GIS, en su acrónimo inglés) como una integración organizada de datos geográficos con el fin de resolver problemas complejos de planificación y gestión y; conducir a toda la comunidad involucrada en el problema del agua.

5. Biotecnología y su relación con los Derechos Humanos

Antes de hacer una reflexión que bien podría relacionarse con el campo de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es indispensable que recordemos que la ciencia es el conocimiento que se ha obtenido a lo largo de trabajos intensos con la ocupación de un método y, que de ahí se pueden adquirir los conocimientos que se requieren para desarrollar instrumentos que cambien la realidad.

[8] Se remite al portal elaborado por la UNAM sobre el manejo de los recursos hídricos: *http://www.agua.unam.mx/proyectos_pumagua.html* consultado el 21 de diciembre de 2013. Dentro de las localidades, desarrollar remedios para resolver el problema de las aguas contaminadas, como el desarrollo del método biodegradable en la UNAM para tratar efluentes industriales. Véase: López, Patricia, "Comunidad", Gaceta UNAM, México, 5 de diciembre de 2013, pp. 4-5.

La Bioética es una disciplina interdisciplinaria que va mucho más allá de la propia Filosofía de los Derechos Humanos, abarca temas como: intervención en el ámbito de la reproducción humana como el control de la natalidad, aborto, donación de gametos; manipulación del ADN; eutanasia activa o pasiva; trasplantes de órganos; neurocirugía; manipulación de seres y medios vivos no humanos; experimentación con embriones; daño a la vida animal y vegetal; entre otros.

Lo cual involucra a la biotecnología, se argumenta que gracias a sus innovaciones se fabrican más y mejores alimentos a menor costo; mientras, la teoría de los derechos humanos tiene como piedra angular a la dignidad humana (convergencia entre la ciencia y la tradición).[9]

6. Unos cuestionamientos sobre la universalidad que no es universal ni lineal en todos los contextos nacionales[10]

6.1. Después de los diversos contextos económicos, políticos, sociales y hasta filosóficos, a lo largo de este planeta, ¿cuál es el lugar de la Biotecnología?

Sin temor a caer en una falacia, es indispensable cuestionar la cooperación internacional, misma que deberá prever los avances cien-

[9] Sería sano, ante el gran crecimiento de la sociedad mexicana plantear alternativas de desarrollo en el ámbito social, económico, educativo y científico respecto a la biotecnología. Recordar el propio descifrамiento del ADN, como lo ha denominado la UNESCO como patrimonio biológico de la humanidad; otros campos de la biotecnología para facilitar la solución de problemas importantes en sectores como el de la salud, el agropecuario, el industrial y el del medio ambiente (se pueden analizar los programas gubernamentales del CONACYT). Léase: Barranco Cruz, Miguel Ángel, "La Biotecnología, revolución del siglo XXI. Análisis desde la perspectiva filosófica", Mesa temática: ¿Qué hay con la Biotecnología? o cómo la vida se ha vuelto un fetiche, pp. 83-91, verificado en vlex.com el 11 de agosto de 2015.

[10] Cfr. Hermida del Llano, Cristina, "Filosofía del Derecho y Derechos Humanos", en Arriola Cantero, Juan Federico y Víctor Rojas Amandi (coords.), La Filosofía del Derecho Hoy, México, Porrúa, 2010, pp. 107-124.

tíficos y tecnológicos; no dejar de estudiar permanente las normas de carácter general; es necesario un esfuerzo interdisciplinario, para no aprehender un sector reducido de la realidad; tener en cuenta la introducción de genes de una especie en otra. Si no, por el contrario, cualquier erogación de recursos económicos y humanos a lugares de este planeta que estén sumamente rezagados para la satisfacción de necesidades primarias, serán únicamente estadísticas.

Estamos en presencia de las nuevas tecnologías como la robótica, la informática, los nuevos materiales, nuevas conquistas espaciales; pero, también nos muestra, que el conocimiento por sí solo, no se ha convertido en el desarrollo, si no se acompaña de adecuadas políticas públicas y las sinergias indispensables con el sector productivo,[11] que es posible seguir procedimientos biológicos para actividades industriales.[12]

Se puede mencionar un sistema de las redes de neuronas artificiales como un paradigma para observar el sistema nervioso de los animales; por ello, si el cerebro funciona con base en varias interconexiones con procedimientos muy complejos; es posible, que entre ese sistema en determinadas partes se hagan cambios. Lo mismo, se puede hacer, para ir compartiendo y organizar las estructuras gubernamentales en aquellos renglones en que hay deficiencias (por variables económicas, sociales, políticas, culturales); para que, aunado a las acciones gubernamentales-privadas y aprovechamientos provenientes de las tecnologías, se puedan borrar paulatinamente la brecha entre los diferentes países.[13]

---

11 El Derecho al Desarrollo que está consagrado por el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

12 Incluso, el desarrollo de tecnología mexicana para descontaminar aguas, por ejemplo: en depósitos de la potable, se colocaría un sistema contiguo al tinaco, un pequeño reactor fotocatalítico que brindará un tratamiento extra al líquido.

13 Díaz Müller, Luis T., El síndrome de cenicienta. Globalización de la ciencia: Bioética y Derechos Humanos, México, Porrúa, 2007, pp. 179-189. Estos aspectos de administración pública y lidiar con diferentes intereses políticos y económicos que se forman alrededor de políticas públicas de derechos humanos, pueden verse en: Rossi, Andrea y Luis Eduardo Zavala (coords.), Políticas Públicas y Derechos Humanos en México, México, Tecnológico de Monterrey-Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, 2010.

Si se sigue lo anterior, conceptualizamos al Derecho al Conocimiento Científico y Tecnológico, en que el conocimiento se genera a través de la investigación. Esa actividad es la ampliación del saber, del conocimiento, que ha contribuido durante la historia del hombre sobre la faz de la tierra al incremento de las posibilidades de subsistencia; la misma, junto con el conocimiento liberan de la ignorancia, en armonía con otros seres vivos; proporcionar soluciones a los problemas.[14]

Verbigracia de lo anterior, es la investigación clínica y aplicación terapéutica en el funcionamiento de las células troncales para reparar tejidos, regenerar células y crear órganos inmunológicamente compatibles;[15] por ello, los estados y los recursos que se dirijan para la cooperación internacional deben ser ocupados entre otros aspectos, para la educación, en que los beneficios que

[14] Medina Arellano, María de Jesús, "Derecho al conocimiento científico y tecnológico", en María Dolores Cossio Rivera y José Miguel Madero Estrada (coords.), Diccionario de la Constitución Política de Nayarit, Universidad Autónoma de Nayarit, 2013, pp. 161-162.

[15] Un debate que se ha dado y, que excedería por mucho la delimitación de este trabajo, son las células madre, que se pueden desprender de los embriones. Incluso, se pueden expresar otros elementos a favor de esta postura, como los siguientes: entre los nuevos desafíos que se le plantean al Derecho Civil en torno a la persona, paradójicamente, resurge la "teoría de la viabilidad". Según esa postura doctrinal, el ser humano es persona si durante el nacimiento tiene la capacidad de sobrevivir; misma posición que se puede ocupar en el aborto debido a malformaciones o defectos genéticos, así como a los desarrollos biotecnológicos de manipulación del embrión humano. Un caso que debe recordarse es el sentado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo "Roe vs Wade" de 1973, en el cual el embarazo se divide en trimestres y que hasta el tercer semestre el feto es viable, por lo tanto, es cuando se le da importancia a la protección del feto. Lo anterior, que es un resumen muy apretado; se puede confrontar con la concepción civilista tradicional de ocupar como sinónimo de persona al ser humano. Véase: Lafferriere, Jorge Nicolás, "El Derecho Civil ante la persona humana: perspectivas y desafíos con ocasión del Bicentenario", Estudios de derecho civil con motivo del bicentenario, Universidad de Buenos Aires, abril de 2011, mismo que se sustrajo del portal especializado vlex.com el 1 de septiembre de 2015. Y puede leerse de manera profusa la obra: Medina-Arellano, María de Jesús, Regular para innovar: células troncales en México, México, Fontamara, 2018.

genere sean para toda la sociedad,[16] con un carácter laico y libre de toda tendencia prejuiciosa.[17] Ahora, que se habla del bloque de constitucionalidad en el derecho nacional con base, en el precepto 1° de la constitución federal, se ubicarán los instrumentos normativos internacionales a nivel multilateral como: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) y; la Declaración de la UNESCO sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico (1999), misma que establece los objetivos de la ciencia como el estar al servicio del conocimiento, el progreso, la paz, el desarrollo y la sociedad.

7. Derecho al Desarrollo en los avatares científicos y tecnológicos

A nivel internacional se ubica el texto de la Declaración de 1986, en el que se proclamó que la persona humana es el sujeto central del desarrollo, por tanto, el mismo debe entenderse como parte del catálogo internacional de derechos humanos fundamentales; la falta de desarrollo no puede invocarse por los estados para justificar la restricción de otros derechos. Además, de que conforme al numeral 1.1 el Derecho al Desarrollo no sólo afecta los aspectos económicos y sociales, sino que limita para participar en una evolución económica, social, cultural y política para disfrutar de todos los derechos humanos (tanto en el plano individual como en el colectivo).

Sin lugar a dudas, el Derecho al Desarrollo tiene como esencia, la dignidad humana, que el ser humano pueda cubrir sus necesidades básicas tanto físicas como emocionales, por consi-

[16] Las legislaciones que contemplan los lineamientos en las líneas de políticas públicas a nivel nacional en cuanto a la ciencia y tecnología son: Ley de Ciencia y Tecnología publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de junio de 2002, así como la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, de la misma fecha.

[17] Medina Arellano, María de Jesús, "Derecho al conocimiento científico y tecnológico", en María Dolores Cossio Rivera y José Miguel Madero Estrada (coords.), Diccionario de la Constitución Política de Nayarit, Universidad Autónoma de Nayarit, 2013, p. 162.

guiente, el acceso al vital líquido forma parte de este tópico tan extenso, y la variable ambiental siempre será básica en la evolución de cualquier comunidad. Entonces, nunca se debe soslayar que la ocupación de cualquier recurso natural debe hacerse de manera compartida y sustentable para no comprometer el futuro de las siguientes generaciones.

Así que, si el acceso al agua es una combinación de factores naturales y humanos; eso justifica la intervención correctiva del derecho.

A manera de citar el ejemplo de Derecho Humano de Acceso al Agua: si verificamos la situación global de recursos hídricos, 60% de los recursos los concentran países como Brasil, Rusia, China, Canadá y Estados Unidos; frente a países como el Norte de África y Oriente Próximo caracterizados por vivir una tensión hídrica (hay regiones que están por debajo de ello).

A lo mencionado anteriormente, se debe agregar que para el 2025 dos tercios de la población mundial vivirá en condiciones de grave escasez de agua y un tercio carecerá de ella en lo absoluto. América Latina es un ejemplo de una paupérrima distribución e inadecuada administración del agua, ya que se calcula que 130 millones de personas carecen de suministro en sus hogares y que tan sólo una de cada seis cuenta con redes de saneamiento adecuadas (sin tomar en cuenta la contaminación de las fuentes hídricas por desechos industriales y agrícolas).

Otra situación que advierte los desproporcionados patrones de consumo, es que mientras en Estados Unidos el acceso promedio de agua es de 575 litros diarios por persona y, de entre 200 y 300 en la mayor parte de los países europeos, en algunos países africanos como Mozambique es de 10 litros por persona al día.

7.1. La Bioética y el medio ambiente

Vamos a reflexionar sobre los orígenes de la Bioética que antes de entrar al estudio sobre el aborto, la clonación, el suicidio asistido y la eutanasia (dilemas morales); partió de los estudios del medio ambiente y su reflexión por el hombre. Ya que el término

de Bioética se ocupó por primera vez por Potter en 1971 y dicha disciplina tiene poco de que está en el escenario de la Filosofía y del conocimiento en general.[18]

Incluso, razonar y meditar sobre el papel del hombre en este planeta, sus actividades, obras, virtudes y defectos (hablar de un evolucionismo);[19] en el campo jurídico no resolver problemas con procedimientos tradicionales que nos han traído lastres para entender los derechos fundamentales.[20]

7.2. Desarrollo local y globalización

Todo país en el mundo debe hacer un esfuerzo ideológico por elaborar sus propios modelos políticos y jurídicos, sin dejar de adaptarse a la mundialización en todos los aspectos; en el caso de América Latina, cada Estado de la región latinoamericana debe elaborar su propio camino de cambios, que permitan en todo momento una descentralización de gestión del preciado líquido.

Sería sano tener como ejes en la región en mención, que cada Estado conozca sus deficiencias sociales, económicas y políticas para superar sus propias inequidades en infraestructura y adecuado cuidado de sus recursos naturales; por lo que, cada gobierno local debe velar constantemente por la adecuada gestión de los recursos económicos y bienes de la naturaleza.

Si no se cubren esas necesidades, el Derecho al Desarrollo será un mero derecho de papel previsto en diversos instrumentos internacionales signados por diferentes estados en la comunidad latinoamericana o incluso, meras declaraciones constitucionales.

---

18 Se pueden encontrar como reflexiones para entender lo que es Bioética en el siguiente libro: Vázquez, Rodolfo, Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal, México, FCE, 2004, colección ciencia, tecnología, sociedad.

19 Barco Collazo, José Luis, "Evolución humana y Bioética", en García Fernández, Dora y Martha Tarasco Michel (coords.), Bioética. Un acercamiento médico y jurídico, México, Porrúa-Universidad Anáhuac del Norte, 2011, colección de Derecho y Bioética, T. IV, pp. 3-14.

20 Cossío Díaz, José Ramón, Derecho y Ciencia, México, El Colegio Nacional-Tirant lo Blanch, 2015, colección Derecho y..., p. 43.

Se debe tender a preservar ecosistemas, aspectos indígenas, de folclore y sin destruir culturas autóctonas, siempre desde un punto de vista local; que a la vez, genere las condiciones económicas y sociales para el desarrollo de las potencialidades del ser humano como el cultivo de todos sus talentos y la satisfacción de necesidades como la salud, techo, comida, vestido y trabajo (mejor calidad de vida).

Sin lugar a dudas, lo anterior será un reto permanente para cualquier gobierno y que jamás se debe desobligar. Constantemente, inyectar muchos recursos económicos y recursos humanos, con planes a largo plazo en investigaciones de Biotecnología.

Por consiguiente, se deben tomar las medidas locales correspondientes para superar el desigual acceso de los bienes y los servicios que han generado el desarrollo científico y tecnológico de las últimas décadas, al tener en cuenta el aspecto de la globalización mundial; para no ser un mero tema economicista y se contemple en los rubros de acceso a la educación, los servicios de salud, acceso al trabajo, desarrollo sustentable y el propio desarrollo humano. Con ello, se procurará en cualquier política pública, ir dando las posibilidades para que millones de seres humanos nivelen sus condiciones de vida con el desarrollo económico de los grandes centros económicos (que varios seres humanos no estén al margen del progreso).

8. Conclusiones

Tal pareciera en una primera impresión cultural y jurídica, que al tratar el tópico de los Derechos Humanos se hablase de un cosmopolitismo jurídico, donde todas las necesidades e intereses de la humanidad se juntaran *sin ton ni son*.

Una concepción que nos exige un alto criterio jurídico pero, que epistemológicamente representa una alta delimitación y, más si se quieren resolver problemas que afectan a la humanidad como la alimentación, la vivienda, el derecho de acceso a un medio ambiente limpio, el desarrollo sustentable. Por ello, cualquier construcción de discurso político, de instituciones jurídicas y de cooperación para el desarrollo deberá partir de una posibilidad y legitimidad local.

Esa occidentalización de la que están impregnados los derechos humanos reconocidos por nuestra Carta Magna, no manifiesta ni trata de expresar los diálogos interculturales para facilitar las relaciones de poder en los diferentes ámbitos nacionales; así como se expresa en nuestro sistema jurídico el tópico de derechos humanos, en varios estados occidentales se trata únicamente de positivizarlos.

¿Acaso, no se pueden mestizar las relaciones de derechos humanos entre varios Estados de este planeta?, desde luego que consideramos que sí y, entonces, es posible que los avances científicos y tecnológicos puedan beneficiar a varios sectores de la humanidad.

Una propuesta, es organizar por las instituciones y organizaciones de ciudadanos contrahegemónicos diálogos transculturales con el norte de nuestro mundo, sobre diferentes preocupaciones mundiales y, comprender que ninguna cultura está completa; el propio folclore hacerse oír en varios Foros y pueda aportar sus soluciones locales (no es adaptar a los grupos aborígenes en todo lo que dicte el mundo occidental).

Se puede salir de los falsos universalismos y organizar una constelación con significados locales y con relaciones mutuas a nivel nacional e internacional, que las normas jurídicas sean referencias de repartición de poder no de mera imposición de modelos.

Superar la concepción occidental de derechos y deberes desde un punto de vista mecanicista y sin aportar mayor razonamiento, en lugar de contribuir a soluciones de desarrollo translocales.

Fuentes de información

Bibliografía

ARELLANO GARCÍA, Carlos, Segundo Curso de Derecho Internacional Público, 2ª ed., México, Porrúa, 1998.

AZAR LÓPEZ, Bernardo Anwar y María de Jesús Medina-Arellano, Derecho Humano de Acceso al Agua: Gestión del Oro

Azul, México, Fontamara, 2017, colección Doctrina Jurídica Contemporánea, número 80.

BARCO COLLAZO, José Luis, "Evolución humana y Bioética", en García Fernández, Dora y Martha Tarasco Michel (coords.), Bioética. Un acercamiento médico y jurídico, México, Porrúa-Universidad Anáhuac del Norte, 2011, colección de Derecho y Bioética, T. IV.

CÁRCOVA, Carlos María, "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho", en COURTIS, Christian. Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, 2ª ed., Madrid, Eudeba. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2009.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, Derecho y Ciencia, México, El Colegio Nacional- Tirant lo Blanch, 2015, colección Derecho y...

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, Descolonizar el saber, reinventar el poder, tr. José Luis Exeni R., José Guadalupe Gandarilla Salgado y otros, Montevideo, Extensión-Universidad de la República y Trilce, 2010.

——, Si Dios fuese un activista de los derechos humanos, tr. Carlos Martín Ramírez. México, Trotta, 2014.

DÍAZ MÜLLER, Luis T., Derecho de la Ciencia y la Tecnología del Desarrollo, México, Porrúa, 1995.

——, El síndrome de cenicienta. Globalización de la ciencia: Bioética y Derechos Humanos, México, Porrúa, 2007.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución, Valencia, CNDH-Tirant lo Blanch, 2009.

DUQUELSKY GÓMEZ, Diego J., "Derecho y nuevos movimientos sociales. Algunas reflexiones sobre el ambiguo rol del discurso jurídico en los conflictos sociales", en COURTIS, Christian, Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, 2ª ed., Madrid, Eudeba. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2009.

FARIA, José Eduardo, "El poder judicial frente a los conflictos colectivos", en COURTIS, Christian. Desde otra mirada. Textos

de Teoría Crítica del Derecho, 2ª ed., Madrid, Eudeba. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2009.

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, La Globalización y las opciones nacionales (memoria), México, FCE, 2000 (Sección de obras de política y derecho).

GAMBRILL, Mónica (coord.), La globalización y sus manifestaciones en América del Norte, México, UNAM-Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 2002.

GIDDENS, Anthony, La tercera vía y sus críticos, tr. Pedro Cifuentes, Madrid, Taurus Pensamiento, 2001.

HERMIDA DEL LLANO, Cristina, "Filosofía del Derecho y Derechos Humanos", en ARRIOLA CANTERO, Juan Federico y Víctor Rojas Amandi (coords.), La Filosofía del Derecho Hoy, México, Porrúa, 2010.

KAPLAN, Marcos, El Estado Latinoamericano, México, UNAM, 1996 (Serie E: Varios, número 76).

——, Revolución Tecnológica, Estado y Derecho. Ciencia, Estado y Derecho en la Tercera Revolución, T. IV, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Pemex, 1993 (Serie E: Varios, número 56).

MEDINA-ARELLANO, María de Jesús, Regular para innovar: células troncales en México, México, Fontamara, 2018.

NOVOA MONREAL, Eduardo, El derecho como obstáculo al cambio social, 16ª ed., México, Siglo XXI Editores, 2007.

PAUTASSI, Laura C., "Límites en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos", en COURTIS, Christian. Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, 2ª ed., Madrid, Eudeba. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2009.

PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada 'desde abajo'", en COURTIS, Christian, Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, 2ª ed., Madrid, Eudeba. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2009.

PUCHET ANYUL, Martín y Pablo Ruiz Nápoles, Nuevas Leyes de Ciencia y Tecnología y Orgánica del CONACYT. Buenos propósitos, cambios institucionales y concentración presidencial de las decisiones, México, Porrúa-Facultad de Derecho, 2003.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos F. y Norma D. Sabido Peniche, Derechos Humanos, 5ª ed., México, Porrúa, 2009.

R. KOEPSELL, David y Manuel H. Ruiz de Chávez, Ética de la investigación. Integridad científica, México, CONBIOÉTICA-CONACYT, 2015.

ROSSI, Andrea y Luis Eduardo Zavala, Políticas Públicas y Derechos Humanos en México, México, Tecnológico de Monterrey-Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, 2010.

VÁZQUEZ, Rodolfo, Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal, México, FCE, 2004, colección ciencia, tecnología, sociedad.

Diccionario:

MEDINA ARELLANO, María de Jesús, "Derecho al conocimiento científico y tecnológico", en María Dolores Cossio Rivera y José Miguel Madero Estrada (coords.), Diccionario de la Constitución Política de Nayarit, Universidad Autónoma de Nayarit, 2013

Mesografía:

AZAR LÓPEZ, Bernardo Anwar. Apuntes tomados en el Seminario: "Mujeres Artesanas. Retos para el reconocimiento de las artesanías y los Derechos Bioculturales", impartido en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, los días 25 y 26 de noviembre de 2013 (mismo que se puede encontrar en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). Puede verse en: http://www.juridicas.unam.mx/vjv/activ.htm?e=640&t=2

BARRANCO CRUZ, Miguel Ángel, "La Biotecnología, revolución del siglo XXI. Análisis desde la perspectiva filosófica", Mesa temática: ¿Qué hay con la Biotecnología? o cómo la vida se ha vuelto un fetiche, pp. 83-91, verificado en vlex.com el 11 de agosto de 2015.

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "El Derecho Civil ante la persona humana: perspectivas y desafíos con ocasión del Bicentenario", Estudios de derecho civil con motivo del bicentenario, Universidad de Buenos Aires, abril de 2011, mismo que se sustrajo del portal especializado vlex.com el 1 de septiembre de 2015.

OCMAN AZUETA, Claudia Anait, "Los derechos al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas canadienses en materia de biotecnología. Compromisos internacionales", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 311-329, http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222189014

Para enterarse de más historias diarias de vida en África, pueden verse los videos de: *http://www.cnn.com/CNNI/Programs/insideafrica/*

Para leerse el discurso completo de Gabriel García Márquez en la recepción del premio nobel de literatura en 1982, puede consultarse: http://cvc.cervantes.es/actcult/garcia_marquez/audios/gm_nobel.htm

www.dof.gob.mx Ley de Ciencia y Tecnología y Ley Orgánica del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de junio de 2002.

Los desafíos de la globalización y la era tecnológica para los Derechos Humanos "Internet, sociedad, neutralidad y retos"

*Julio Alejandro Téllez Valdés**

Los Derechos Humanos constituyen, actualmente, uno de los principales principios dentro de las sociedades. La conquista de que éstos sean reconocidos se ha visto rebasada; ahora es necesario velar por su cumplimiento, pues día con día se cometen vejaciones contra mujeres, hombres y niños en todas partes del mundo. Vigilar que éstos se ejerzan plenamente podría parecer

* Doctorado en Informática Jurídica y Derecho de la Informática por el Instituto para la Investigación y Tratamiento de la Información Jurídica (I.R.E.T.I.J.), Montpellier, Francia 1981. Investigador de tiempo completo en el área de Derecho y Nuevas Tecnologías en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ-UNAM). Miembro del Sistema Nacional de Investigaciones (SNI III). Coordinador General del Observatorio Electoral 2.0 (seguimiento de Elecciones 2018 en Internet y redes sociales). Profesor de las materias: "Derecho Informático", "Derecho de las Nuevas Tecnologías (TIC)" "Delitos Informáticos" entre otras, a nivel (maestría y doctorado), en Universidades públicas y privadas de México y el extranjero. Multiconferencista nacional e internacional en temas de Derecho y Nuevas Tecnologías. Miembro Honorario de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI). Autor, entre otros, de los siguientes Libros: o DERECHO INFORMÁTICO o (Coautor) VOTO ELECTRÓNICO: DERECHO Y OTRAS IMPLICACIONES o (Coordinador y coautor) LEX INFORMATICS o LEX CLOUD COMPUTING: Aspectos jurídicos del cómputo en la nube en México.

tarea titánica, sin embargo, gracias a las nuevas tecnologías y el Internet se ha convertido en labor más sencilla.

Las nuevas tecnologías se han convertido en herramientas que amplían el alcance y facilitan la impartición de justicia, fiabilidad y celeridad al proceso. Por esta razón, coadyuvan para el pleno ejercicio de los derechos humanos. El avance de éstas a nivel mundial, ha hecho que se vuelva indispensable el uso diario de Internet como herramienta. Siendo piezas claves para el ejercicio pleno de estos derechos, facilitando por su parte la inclusión y contribuyendo a la solución en las problemáticas sociales en un contexto real.

El Internet ha posicionado a los derechos humanos en el debate internacional debido al gran alcance que éste tiene. Empero, no debemos dejar de lado el hecho de que aún en muchas partes del mundo, él cuenta con muchas limitantes, como la falta de infraestructura. Por ejemplo, en México actualmente la brecha digital aún representa un reto para el Estado. Cabe mencionar que la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2011 reconoció que: "El Estado tiene la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo de la libertad de expresión, el acceso a la información, entre otros derechos."[1] A saber, el Internet se reconoció como un derecho humano pues actúa como un medio interdependiente de otros derechos humanos, como la libertad de expresión y el acceso a la información. Sin embargo, en muchos países todavía existe una gran deficiencia en el suministro de este servicio, ya sea por falta de infraestructura o por el desconocimiento de esta herramienta en diversos grupos sociales, los cuales, se encuentran en su mayoría marginados y no cuentan con el acceso ni la información necesaria para ejercer efectivamente este derecho.

Los desafíos de los actuales gobiernos se interrelacionan cada vez más gracias a la era digital; las sociedades de la información y el conocimiento ya no son algo lejano con lo soñábamos, sino que han arribado para quedarse y es necesario repensar las formas de relacionarnos, auxiliándonos de las nuevas tecnolo-

[1] Miranda Bonilla, H. (2016), "El acceso a Internet como derecho fundamental" en *Revista Jurídica IUS,* 15, p. 10.

gías y el Internet. Es evidente que el uso de estas herramientas se hace cada vez más necesario, utilizadas en un principio como medios de comunicación global, en el cual los usuarios interactuaban entre sí desde diversas partes del mundo. No obstante, con el paso de los años y la necesidad de universalizar el acceso a una justicia pronta y expedita, se amplió el campo de aplicación auxiliándose de herramientas que permitieron, entre otras cosas brindar un espacio público de interacción y conocimiento para los usuarios.

Los derechos humanos no son los mismos que hace 100 años. Esto no quiere decir que se han sustituido unos con otros, sino que con el avance tecnológico ha sido necesario repensar en qué sentido algunos de los acontecimientos, como la creación de Internet, fueran tomados en cuenta como derechos fundamentales del individuo. Como anteriormente mencionábamos, el Internet como derecho humano podría devenir en una discusión, pues existen otros derechos primordiales a los cuales habría que atender, como el derecho a la educación o el derecho a la salud. Empero, es innegable el hecho de que actualmente el Internet sustituye algunas prácticas, facilitándolas y, por lo tanto, otorgándonos la mejor herramienta para poder luchar por nuestros derechos. Un panorama ideal sería aquel en donde en todos los lugares se pudiera tener acceso a estas nuevas tecnologías, así como acceso a la red.

De aquí que digamos que existe una necesidad imperante en el hecho de que los derechos humanos echen mano de estas herramientas, pues hemos sido testigos de las últimas revoluciones y acontecimientos políticos de la mano de un teléfono inteligente o de un ordenador. La libertad de expresión, el acceso a la información, así como la intimidad y la protección de datos son algunos de los principales derechos humanos que se cumplen en el ciberespacio. Sin embargo, la violación a estos derechos también sucede en esta arena; la censura, los ciberataques y la falta de neutraildad en la red son algunas de las formas en que éstos derechos no son respetados. No obstante, también dentro de la misma red, en la red profunda (*deepweb*) se pueden observar miles de ejemplos que pueden ilustrar el hecho de que aún la lucha por los derechos humanos es vigente, por ejemplo, la privación

de la libertad de mujeres y niños en foros destinados a pornografía venta de órganos o pedofilia.

El Internet como herramienta facilitadora tanto para el cumplimiento de derechos humanos, pero también como aquella que permite que otros tantos se violen, por ello es necesario la implementación de un marco regulatorio de las prácticas que dentro de este espacio se llevan. La conquista por un mundo incluyente y tolerante en todas las aristas es cada vez más cercana, sin embargo, todos los días es necesario poner en práctica las acciones que nos los permitan.

Podría decirse que el primer derecho que se nos viene a la mente al hablar de Internet es el acceso a la información. Sin este acceso no podríamos tener derecho a la libertad de expresión, fuera de medios tradicionales como periódicos, radio o televisión. Internet ha facilitado este último a partir del acceso a la información. Documentos de índole académica, científica e incluso de dominio público, como los planos de la ciudad en la que se habita, son ahora accesibles a todo público gracias a la red. Un libro que sólo pudiera ser conseguido en Argentina o en Croacia, puede consultarse en algunos portales de acceso libre o comprarse por medio de Internet. La justicia abierta y la transparencia de los gobiernos no podría llevarse a cabo sin el acceso a la información. Por ejemplo, en las actuales elecciones del 2018 en México, fue posible consultar las propuestas de los candidatos gracias que Internet facilitaba esta acción. Es por ello que, el derecho al acceso a la información se convierte, quizá, en el principal Derecho Humano en ser relacionado con el uso de Internet.

La libertad de expresión no se queda atrás, pues actualemente las redes sociales han catapultado las opiniones en todos lados del mundo. Desde subir un video de denuncia ciudadana, una nota crítica sobre algún acontecimiento político en algún país o un meme que satirice a alguna figura política, son algunas de las múltiples expresiones que las redes sociales y el Internet ha protegido en aras de la libertad de expresión. Con el ejemplo anterior de las elecciones del 2018 en México, se puede contrastar el ejercicio de los derechos humanos en el ciberespacio, al poder tener una libertad de expresión que no se vea influenciada o censurada por el proveedor de servicios de Internet. Aquí la relación

e importancia de la neutralidad en la red, ayudando a los derechos humanos y siendo un ejercicio firme en tiempos electorales.

La neutralidad en la red corresponde a la libertad de navegación, uso, búsqueda, y disfrute de contenidos (legales), sin limitación por parte de los ISP, los cuales deben proporcionar a sus usuarios acceso igualitario a todos los contenidos indexados, independientemente cual sea la fuente, suministrando así todos los datos e información en un mismo nivel. Los ISP o pueden bloquear, limitar, reducir la velocidad de tráfico y/o re direccionar, limitar a contenidos con costo por ellos mismos.

Por lo anterior dicho, es de suma importancia que no se vea afectada de ninguna manera, púes tendríamos limitaciones notorias. Sin ella, los proveedores de internet limitarían a solo algunas páginas, búsquedas básicas y la información a la que podrías acceder sería completamente limitada, varios sitios web solo podrían ser visualizados con costos adicionales; y así seguiríamos en una larga lista de servicios adicionales que la neutralidad en la red deja de lado con la premisa de la libertad de búsqueda, navegación y sobre todo la libertad de expresión.

La división de usuarios en clases para obtener los beneficios de un Internet "más libre" ocasionaría un gran colapso global, y el Internet no sería como lo conocemos actualmente, los levantamientos por la lucha de la neutralidad en la red serían constantes, mientras que los proveedores recurrirían a la censura para esto, aquí la libertad de expresión sería nula o inexistente.

Vislumbremos un escenario electoral en el que tu proveedor de servicios de Internet hace que la primera página que abres en cualquier navegador, redirija a las redes sociales de determinado candidato o partido; que ha determinado tiempo se te desplieguen en pantalla completa sitios de candidatos o partidos sin siquiera haber hecho clic o tener el navegador abierto, simplemente tu equipo conectado a Internet; que todas las plataformas de streaming y contenido multimedia solo te permitan visualizar contenido político electoral sin siquiera poder cerrar como cualquier anuncio en estos tiempos de elecciones. Aquí un par de claros ejemplos de lo que pasaría si la neutralidad en la red no existiera por completo y los actores políticos se vieran en alian-

zas con los ISP para fortalecer sus campañas digitales, imperar el contenido con toda la fuerza en el ciberespacio sin derecho a ninguna réplica, pues a final del día como usuario final estarás requiriendo un servicio de Internet a sabiendas que en el contrato final el ISP tiene todo el control del contenido en la navegación.

El control total de un medio masivo como lo es Internet, da lugar a la limitación de contenidos, a visualizar incluso en los buscadores, la censura se haría presente y la libertad de expresión de los usuarios sería inexistente.

En el contexto internacional una de las decisiones más polémicas acontecidas en los últimos meses, que atenta contra los derechos humanos en línea y que ha puesto de cabeza al mundo digital, a las grandes comunidades de Internet y sin lugar a dudas a los ISP[2], ha sido lo acontecido en Estados Unidos, en la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC), cuya decisión fue terminar con la neutralidad en la red.

Un acto que dejó en shock a todos los usuarios, pues la gravedad del asunto en que nos veríamos todos los usuarios inmersos, se reflejaría en actos de limitación y contenidos imperados por los propios proveedores de servicios de Internet (ISP), a lo que muchas personas en todo el mundo se manifestaron en desacuerdo para intentar frenar la decisión tomada. Sin embargo y hasta el día de hoy, el único recurso legal que ha salido a la luz es la ley HB2282 en el estado de Washington[3], cuyo fin es resguardar la neutralidad en la red, prohibir a los ISP de ese estado, limitar, bloquear contenido e incluso detener ralentizaciones de tráfico en función al contenido; dicha ley entrará en vigor el 6 de junio del año en curso. Lo anterior es un gran avance en la lucha para continuar con una red neutral.

Con todo lo anterior dicho, e incluso con argumentos de sobra para describir un escenario digital completamente limitado y

[2] ISP- Siglas de Internet service provider (proveedor de servicios de internet)

[3] Washington becomes first state to pass law protecting net neutrality, Noticia digital, consultado el 7 de Marzo del 2018, recuperado de http://money.cnn.com/2018/03/06/technology/washington-state-net-neutrality-law/index.html

controlado, la neutralidad en la red es un factor que debe permanecer vigente y no verse por nada del mundo afectado, Internet no sería el mismo que conocemos, usamos y disfrutamos día a día.

Simplemente en México, este año electoral ya iniciado, nuestros servicios de Internet no serían los mismos si la influencia de la decisión tomada en la FCC hubiese llegado a repercutir de manera inmediata sobre algunos estándares tomados en nuestro país como modelo de copia por el IFT. La importancia de la mantener día a día un internet libre, neutral y con las libertades ofrecidas en búsqueda y contenidos no debe influir en los ciclos políticos para no dañar la transparencia y viciar las elecciones. En este mismo sentido, ejercer el voto es una de las formas de practicar uno de los derecho más importantes que existen y que nos identifican como una sociedad democrática. Es por ello que el acceso a una red neutral debe promover, entre otras cosas, el acceso a la información y la libertad de expresión o difusión de opiniones, garantizando el pleno ejercicio de éstos y coadyuvando al cumplimiento de otros derechos fundamentales.

La neutralidad en la red es fundamental para evitar la discriminación en las comunicaciones, por ejemplo, supongamos que nuestra compañía de Internet solo permitiera interactuar mediante mensajes en solo cierta plataforma, dejando de lado las otras formas de comunicación; como principio básico los ISP no pueden bloquear, privar, limitar el acceso a todos los servicios que son prestados en línea. Ésta misma garantiza que el servicio ofrecido no se vea afectado por medidas arbitrarias propias de cada compañía proveedora de servicios, o se alente la comunicación, y por mucho menos la visualización de contenidos, pues esto generaría censura.

El usuario de hoy en día recurre a las plataformas de Internet, tales como sitios web, y páginas de redes sociales en su mayoría para buscar información. Durante el proceso electoral el portal del Observatorio Electoral 2.0[4] pudo cuantificar la interacción,

[4] Observatorio Electoral 2.0 *https://electoral.juridicas.unam.mx/mexico-2018*

crecimiento y tendencias en Internet sobre candidatos y partidos en el portal. Con esto se puede afirmar que la neutralidad en la red es un pilar fundamental para el correcto acercamiento y ejercicio de los derechos humanos en Internet, pues al menos para proceso electoral en nuestro país no se vio violentada de ninguna manera, lo que permitió a los ciudadanos interactuar, opinar, expresarse libremente, buscar, identificar y navegar con total libertad en Internet y con ello, disfrutar de los servicios al alcance de unos cuantos clics.

La inviolabilidad de comunicaciones es otra de las grandes prioridades a resguardo del principio de la neutralidad en la red. El ISP no puede intervenir o limitar las comunicaciones de punto a punto entre personas, aquí entramos de lleno a la consulta de ley, dónde solamente serán operadas por mandato judicial y bajo ciertas circunstancias de seguridad, de lo contrario las empresas proveedoras de servicios de Internet no podrán acceder a las comunicaciones privadas de cualquier usuario. En este contexto podemos observar cómo la neutralidad en la red protege varios derechos fundamentales de los usuarios de Internet ante los ISP. Un ejemplo en el mundo material es el de las compañías de correos, que no pueden bloquear ni tampoco rechazar el envío de correspondencia sin caer en una contravención al derecho de inviolabilidad de comunicaciones.

La no discriminación a usuarios se ve también resguardada por la neutralidad en la red, pues las empresas no pueden bloquear los servicios multimedia tipo streaming de música, video y eventos en vivo. Más grave aún, no pueden bloquear la prestación de servicios competitivos, por ejemplo, en el caso de las compañías de redes de llamadas y servicios 4G (red actual en el país), ni los servicios IP de conexión dinámica de voz, con las reformas de los últimos años en materia de telecomunicaciones. El usuario puede cambiar libremente de compañía proveedora de servicios cuándo él lo decida. La protección de la neutralidad en la red deja protegida en cierta medida también a los derechos de los usuarios en su papel de consumidores.

Por otra parte, la censura se ha convertido en una medida de control político, por parte de países en donde ha instaurado un régimen como forma de gobierno, esta censura en las telecomu-

nicaciones y contenido en la red se realiza la justificación de evitar disturbios en la sociedad por la disidencia de los habitantes con su gobierno.

En este sentido, la censura puede aplicarse de manera total o parcial en cualquier ámbito de las telecomunicaciones o del contenido disponible en la red, siendo accesible a unos cuantos grupos privilegiados, lo que evidentemente es una clara violación a un derecho fundamental como el acceso a la información, siendo en este caso, a través de los medios de comunicación, ya sea Internet, radio, televisión, etc. Es por ello que la gran mayoría de usuarios recurren a herramientas de software especializado las cuales permiten acceder a cualquier tipo de información o contenido censurado, evadiendo los filtros que niegan el acceso a éstos.

El acceso a internet, tanto a la infraestructura como a los contenidos que por la red circulan, constituye un elemento clave para combatir la desigualdad y garantizar el goce y ejercicio pleno de los derechos a la igualdad y no discriminación en internet.[5] ¿Por qué decir que da pauta al combate a la desigualdad? Pues bien, Internet es un espacio donde ésta desaparece; es decir, los usuarios interactúan unos con otros sin tener en cuenta clase social, raza, etnia o género. Por ello podría decirse que la red es una pauta que permite combatir uno de los principales problemas de México: la desigualdad. Y aunque la combate en un espacio distinto al material, el ciberespacio no puede ser negado como lugar existente donde varias de luchas por el reconocimiento de múltiples derechos acontecen.

Ya hemos mencionado que con la llegada de Internet se ha facilitado el ejercicio de la libertad de expresión en sus múltiples dimensiones, no obstante no sobra hacer hincapié en que también diversifica y aumenta los medios de comunicación y la audiencia mundial, reduciendo incluso costos y tiempo, a la par de brindar condiciones óptimas para la innovación y como lo

[5] Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 70/125. Documento final de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el examen general de la aplicación de los resultados de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, UN Doc. A/RES/70/125.

hemos visto aquí, ayudando a ejercer otros derechos fundamentales.

El gran impacto de Internet sobre la libertad de expresión, consiste en el cómo las personas reciben, buscan y difunden información; el intercambio de contenidos y opiniones ayuda a la democratización del derecho a la libertad de expresión.

Partiendo de lo anterior, podemos afirmar que las redes sociales específicamente han jugado un rol muy importante en el ejercicio de este derecho, siendo éstas un conjunto de plataformas digitales de esparcimiento e interacción social entre sus diversos usuarios, ya sean personas o empresas, cuyas formas de comunidad y relaciones se han masificado tanto recientemente que han dado pie al establecimiento de toda una comunidad que tendría en lugar en el ciberespacio.

De es forma el uso de estas herramientas han permitido también crear un espacio abierto para la exposición y discusión de ideas, foros de opinión, facilitando e innovando el ejercicio de un renovado y moderno derecho a la libertad de expresión, más concretamente, en el plano digital. Sin embargo, una de las desventajas que más aqueja a la mayoría de usuarios, es la falta de regulación jurídica, prestándose a la desinformación del usuario o en el peor de los casos, a la apropiación de datos personales, entre otros ilícitos.

Por consiguiente, es evidente que el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión se han modernizado de tal forma que han tomado un alcance mayor sirviéndose de las nuevas tecnologias de la información y las comunicaciones como un medio interdependiente para el ejercicio de este derecho. Empero, no olvidemos que al no existir una regulación dentro de las comunidades virtuales que interactúan a través de las redes sociales, depende exclusivamente de nosotros como usuarios hacer un uso correcto de éstas y promover los beneficios que nos proporcionan más allá de la comunicación e interacción; hacer de estos foros un espacio para compartir y escuchar a otros, eliminando barreras y prejuicios sociales.

En consecuencia, otro derecho fundamental que se desprende del uso de las plataformas digitales, sean redes sociales o cual-

quier sitio web disponible en la red, es el derecho a la intimidad, el cual de la misma forma que los derechos anteriormente mencionados, ha ido evolucionando y beneficiándose de las nuevas tecnologías. Es claro que el derecho a la intimidad ha ido cambiado vertiginosamente, alcanzando nuevos matices y adoptando nuevas variantes, una de ellas la protección de datos personales. Pues ahora, con el tratamiento, la recolección, el almacenamiento de datos que antes sólo podía formar parte de la vida íntima de cada ser humano, ha ido variando paulatinamente su entorno y estructura. Es por ello que los datos personales se han convertido en una práctica habitual de control y almacenamiento por parte de los sectores tanto públicos como privados.

Por consiguiente, el derecho a la intimidad ha tenido que ir redireccionando su ámbito de protección, donde además de la facultad del individuo de rechazar invasiones a su ámbito privado, ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso de sus informaciones, es decir, de todo aquella información relativa a su persona. Por lo cual debe de ser exigible la protección de los datos personales, no sólo en las dependencias gubernamentales especializadas en el tratamiendo de datos, sino también en la red, particularmente en las plataformas digitales, las cuales carecen de una regulación por parte del Estado mexicano.

En suma, los efectos de la era tecnológica en la que nos encontramos es que, acualmente, el ser humano, haciendo uso de las nuevas tecnologías es capaz de acceder y recibir en un solo día, una cantidad similar de información a la que recibían los individuos en el siglo XVII durante toda su vida.

Además, otro de los cambios más impresionantes de las tecnologías y el avance vertiginoso de éstas, es que lo que hoy es novedoso, mañana puede dejar de serlo, y en su defecto, se convierten en herramientas obsoletas y dejan de usarse. No así con los derechos humanos, los cuales, atendiendo al principio de progresividad, no pueden adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de protección a los derechos humanos de quienes se sometan al orden jurídico mexicano, debido a que este principio se relaciona no solo con la prohibición de regresividad de los derechos humanos, sino también con la

obligación positiva, de promoverlos de manera progresiva y gradual. Lo cual es claramente visible con la inmersión de las nuevas tecnologias y el Internet, el cual ha permitido y establecido una nueva tendencia de búsqueda de información relativa al ejercicio de los derechos humanos, en donde se busca garantizar que toda persona tenga acceso a los conocimientos necesarios para poder ejercer plenamente los derechos a los cuales está sujeto. A su vez el Estado debe garantizar que ese acceso sea libre y costeable para todos, partiendo de que, si el acceso a Internet es por sí solo un derecho, debemos hacer de esta herramienta un medio para fomentar y favorecer el acceso a la impartición de justicia a toda persona sin distinción alguna, no siendo considerado esto como una posibilidad, sino como una obligación por parte del Estado y sus habitantes.

De lo anterior, podría pensarse que el uso de Intenet exige una jerarquización de los Derechos Humanos. Y aunque sí debe darse uno previamente a los demás, se exige pensar en que en la realidad esta jerarquía solo sirve para comprender que en general, los derechos humanos están interrelacionados unos con otros. Vigilar su cumplimiento no debe ser de manera parcial, sino total.

Así como el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a la información, debe crear acuerdos que posibiliten un costeamiento barato en los dispositivos electrónicos para que éstos faciliten el derecho al acceso a la información. De igual forma, debe proporcionar la infraestructura que posibilite esto, es decir, poner puntos de conectividad para el acceso a Internet. El fomento de espacios públicos y foros de discusión sobre estos temas, también debe ser promovido por las instituciones que están relacionadas al avance científico y tecnológico del país. El correcto cumplimiento de los derechos humanos puede ser labor que se vigile a partir de toda esta infraestructura.

Una buena comunicación entre instituciones, Estado y ciudadanos será lo que facilite que los Derechos Humanos se cumplan, auxiliándose de las nuevas tecnologías, el Internet y de la reconfiguración de la actual sociedad a una de la información y el conocimiento.

Bibliografía

Miranda Bonilla, H. (2016), "El acceso a Internet como derecho fundamental", *Revista Jurídica IUS,* 15, p. 1-23.

Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 70/125. Documento final de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el examen general de la aplicación de los resultados de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, UN Doc. A/RES/70/125.

Observatorio Electoral 2.0 *https://electoral.juridicas.unam.mx/mexico-2018*

Washington becomes first state to pass law protecting net neutrality, Noticia digital, consultado el 7 de Marzo del 2018, recuperado de http://money.cnn.com/2018/03/06/technology/washington-state-net-neutrality-law/index.html

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Los derechos sociales en México.
Reflexiones sobre la Constitución de 1917
Juan Antonio Cruz Parcero (coord.)

Transformaciones del derecho público.
Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales
Armin von Bogdandy
(En coedición con el MPIL y el IIJ-UNAM)

Desaparición forzada en el Sistema
Interamericano de Derechos Humanos.
Balance, impacto y desafíos
Juana María Ibáñez Rivas
Rogelio Flores Pantoja
Jorge Padilla Cordero (coords.)
(En coedición con el IIDH)

El constitucionalismo mexicano
en transformación: avances y retrocesos
Roberto Lara Chagoyán

Interamericanización de los DESCA.
El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH
Mariela Morales Antoniazzi
Liliana Ronconi
Laura Clérico (coords.)
(En coedición con el MPIL y el IIJ-UNAM)

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Comentario. Segunda edición
Christian Steiner
Marie-Christine Fuchs (eds.)
(En coedición con la KAS)